

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Nº 23 - 2º semestre 2012

REFORMAS DE LOS TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y MUTACIONES DE LA UNIÓN

- *Presentación.* Enrique Linde Paniagua y Pilar Mellado Prado.
- *La revisión de los Tratados constitutivos.* Alberto A. Herrero de la Fuente
- *Algunas mutaciones del Derecho originario en el proceso de integración europea.* Alfredo Allué Buiza.
- *La participación de las Instituciones de la Unión Europea en la reforma de los Tratados de la Unión.* Antonio Calonge Velázquez.
- *La reforma del Protocolo nº 36 sobre disposiciones transitorias, anejo al Tratado de Lisboa.* Pilar Mellado Prado.
- *La mutación de la Unión Europea y de su Derecho originario: La modificación del artículo 136 del TFUE, y otros Tratados (Tratados parásitos) suscritos por Estados de la Unión Europea, en particular el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea.* Enrique Linde Paniagua.
- *La Unión Europea y la actividad consular tras el Tratado de Lisboa. Aspectos jurídicos e institucionales.* Mario González Pliego.
- *El (imperfecto) sistema de garantías del Derecho Administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo.* Antonio Bueno Armijo.



Revista de Derecho de la Unión Europea

Madrid. ISSN 1695-1085
Nº 23, julio-diciembre 2012

UNED - COLEX



REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Núm. 23 - 2º semestre 2012



Revista de Derecho de la Unión Europea

Madrid. ISSN 1695-1085
Nº 23, julio-diciembre 2013

UNED COLEX



RELACIÓN DE NÚMEROS PUBLICADOS

1. ¿Quo Vadis Europa?
2. La Unión Europea en el proceso de globalización
3. El futuro de la Unión Europea. La reforma de las Instituciones
4. La Unión Europea, una perspectiva mexicana
5. La Europa social. La Europa de la solidaridad
6. La gobernanza europea
7. Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea
8. La Constitución de la Unión Europea
9. La acción exterior de la Unión Europea en la Constitución Europea
10. La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia
11. La protección de los ciudadanos europeos por el Derecho de la Unión
12. El Proceso de Bolonia en el Espacio Europeo de Educación Superior
13. Las regiones en la Unión Europea
14. La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (la Directiva Bolkestein)
15. Los derechos fundamentales en la Unión Europea: nuevas perspectivas
16. La Unión Europea en la encrucijada de la globalización
17. Cuatro perspectivas sobre la inmigración
18. Sobre el Tratado de Lisboa: Algunas perspectivas críticas
19. Sin título
20. Sin título
21. El sistema de competencias de la Unión Europea de acuerdo con el Tratado de Lisboa
22. Familia y persona en la Unión Europea
23. Reformas de los Tratados de la Unión Europea y mutaciones de la Unión

Copyright © 2012

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) vela por el respeto de los citados derechos.

© UNED

© Constitución y Leyes, S.A.
colex@colex.es
www.colex.es

I.S.S.N.: 1695-1085
Dep. Legal: M-51.747-2001

Preimpresión: Lufiercomp S.L., San Fernando de Henares (Madrid)
Imprime: Edipack Gráfico. Tel.: 91 648 73 24

Consejo de Redacción

Director: Enrique LINDE PANIAGUA (Dpto. Derecho Administrativo)

Director Ejecutivo: Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR (Dpto. Derecho Administrativo)

Secretaria: Pilar MELLADO PRADO (Dpto. Derecho Político)

Vicesecretaria Primera: Pilar CELMA ALONSO (Dpto. Derecho Administrativo)

Vicesecretaria Segunda: Susana VIÑUALES FERREIRO (Dpto. Derecho Administrativo)

Vocales:

Juan CRUZ ALLI TURRILLAS (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Alicia ARROYO APARICIO (Dpto. Derecho Mercantil UNED)

Mariano BACIGALUPO SAGGESE (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Diego CÁMARA DEL PORTILLO (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Marta GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO (Dpto. Derecho Procesal UNED)

Miguel GÓMEZ JENE (Dpto. Derecho de la Empresa UNED)

Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Juan José MONTERO PASCUAL (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Ramón PAIS RODRÍGUEZ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Ramón PARADA VÁZQUEZ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Silvia DEL SAZ CORDERO (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Consejo Asesor

Manuel Ahijado Quintillán (UNED)

Óscar Alzaga Villaamil (UNED)

Francisco Aldecoa Luzárraga

Universidad Complutense de Madrid

Alfredo Allue Buiza

Universidad de Valladolid

Paz Andrés Sáenz de Santa María

Universidad de Oviedo

Enrique Barón Crespo

Expresidente del Parlamento Europeo

Antonio Calonge Velázquez

Universidad de Valladolid

Alberto A. Herrero de la Fuente

Universidad de Valladolid

Mercedes Fuertes López

Universidad de León

José María Gil Robles y Gil Delgado

Expresidente del Parlamento Europeo

Vicente Gimeno Sendra (UNED)

Mónica Guzmán Zapater (UNED)

Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

Expresidente del Tribunal Constitucional

Araceli Mangas Martín

Universidad Complutense de Madrid

Ramón Martín Mateo

Universidad de Alicante

Manuel Medina Ortega

Exdiputado europeo

Luciano Parejo Alfonso

Universidad Carlos III de Madrid

Beatriz Pérez de las Heras

Universidad de Deusto

Ángel Rodríguez-Vergara Díaz

Universidad de Málaga

Álvaro Rodríguez Bereijo

Expresidente del Tribunal Constitucional

Gil Carlos Rodríguez Iglesias

Expresidente del Tribunal de Justicia

de la Unión Europea

Pedro Solbes Mira

Excomisario Europeo

Francisco Sosa Wagner

Universidad de León

Leopoldo Tolivar Alas

Universidad de Oviedo

Carlos Westendorp y Cabeza

Exministro de Asuntos Exteriores

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

Publicación semestral del Departamento de Derecho Administrativo. Centro de Estudios de Derecho de la Unión Europea (CEDUE) Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Precio del número suelto: 20 euros

Suscripción anual, 2 números: 33 euros

SUSCRIPCIONES Y ADQUISICIONES

Editorial Constitución y Leyes, SA (COLEX)

colex@colex.es

www.colex.es

UNED (Difusión y ventas)

C/ Bravo Murillo, 38

28015 Madrid

Fax: 91 398 75 27

NORMAS GENERALES PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN LA REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

1. Todos los estudios y notas deberán ser informados favorablemente por algún miembro de la Dirección, del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor, o por algún especialista, por delegación de esos órganos.
2. Todos los estudios y notas deberán ser inéditos: no se publicarán trabajos publicados ya en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Pero si un autor deseara publicar un trabajo, previamente publicado en la Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE), en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo, deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE).
3. Los originales de los ESTUDIOS no sobrepasarán las 30 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Roman 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
4. Los originales de las NOTAS no sobrepasarán las 15 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Roman 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
5. Debe ser enviado en soporte informático, así como en texto impreso (sistema Word) a la Dirección de la Revista.
6. Los libros enviados a la REDUE serán objeto de publicación en una Lista de libros recibidos. La dirección de la REDUE encargará en determinados casos una breve reseña. Sólo se publicarán las reseñas encargadas por la REDUE.

La correspondencia con la Revista de Derecho de la Unión Europea debe dirigirse a la Secretaría de la misma.

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED
Departamento de Derecho Administrativo

C/ Obispo Trejo, s/n.
28040 Madrid
Tel.: 91 398 61 40
Fax: 91 398 61 24

REFORMAS DE LOS TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y MUTACIONES DE LA UNIÓN

	<u>Págs.</u>
• <i>Presentación</i> . Enrique Linde Paniagua Paniagua y Pilar Mellado Prado	15
• <i>La revisión de los Tratados constitutivos</i> . Alberto A. Herrero de la Fuente	19
• <i>Algunas mutaciones del Derecho originario en el proceso de integración europea</i> . Alfredo Allué Buiza.....	43
• <i>La participación de las Instituciones de la Unión Europea en la reforma de los Tratados de la Unión</i> . Antonio Calonge Velázquez	59
• <i>La reforma del Protocolo nº 36 sobre disposiciones transitorias, anejo al Tratado de Lisboa</i> . Pilar Mellado Prado	73
• <i>La mutación de la Unión Europea y de su Derecho originario: La modificación del artículo 136 del TFUE, y otros Tratados (Tratados parásitos) suscritos por Estados de la Unión Europea, en particular el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea</i> . Enrique Linde Paniagua	87
• <i>La Unión Europea y la actividad consular tras el Tratado de Lisboa. Aspectos jurídicos e institucionales</i> . Mario González Pliego	105
• <i>El (imperfecto) sistema de garantías del Derecho Administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo</i> . Antonio Bueno Armijo	135

REFORM OF THE TREATIES OF THE EUROPEAN UNION AND EUROPEAN UNION MUTATIONS

	<u>P.</u>
• <i>Presentation.</i> Enrique Linde Paniagua y Pilar Mellado Prado.....	15
• <i>The EU founding treaties procedure review.</i> Alberto A. Herrero de la Fuente	19
• <i>Some mutations in the primary law during the European integration process.</i> Alfredo Allué Buiza.....	43
• <i>The participation of the institutions of the European Union on the reform of the treaties of the Union.</i> Antonio Calonge Velázquez	59
• <i>The Protocol amending the Protocol on transitional provisions als. Annexed to the Treaty of Lisbon.</i> Pilar Mellado Prado	73
• <i>Mutation of the European Union and its primary law. The amendment of article 136 TFEU, and other Treaties (Treaties parasites) signed by EU states, including the treaty on Stability, Coordination and Governance in the European Union.</i> Enrique Linde Paniagua	87
• <i>Consular activity and the EU after the Treaty of Lisbon: Legal and institutional aspects.</i> Mario González Pliego.....	105
• <i>The (unfinished) safeguards system of the European Union sanctioning administrative law. On the European Central Bank sanctioning powers.</i> Antonio Bueno Armijo	135

Al profesor Óscar Alzaga Villaamil

PRESENTACIÓN

ENRIQUE LINDE PANIAGUA y PILAR MELLADO PRADO

La crisis económico-financiera ha interrumpido el proceso de fortalecimiento de las instituciones europeas, entre ellas el Presidente del Consejo Europeo, que recibe su autoridad de los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión. Dicho proceso de fortalecimiento en el que insisten los líderes de los Estados miembros y las Instituciones Europeas es cada vez menos creíble. Particularmente desde que en 2008 las dos grandes potencias de la Unión Europea, Alemania y Francia tomaran el mando de la Unión. MERKEL y SARKOZY ejercieron entre 2008 y 2011 una copresidencia efectiva de la Unión Europea sin que ningún otro líder se les enfrentara exigiendo el cumplimiento de la letra y del espíritu de los Tratados de la Unión. El Reino Unido, como ha sucedido a lo largo de la historia de su pertenencia a la Unión, presencié el viraje nacionalista con agrado, sin intervenir, salvo cuando observó que su marginación de las decisiones en materia de política económica, al margen de los Tratados, afectaba o podía afectar a su economía. Italia, durante el mandato de BERLUSCONI, tenía demasiados problemas internos para ocupar una posición de liderazgo, quedando acreditada la autoridad del *tandem* «Merkozy» que obligó a dimitir al presidente italiano, imponiendo un gobierno de tecnócratas al margen de las urnas. Y, los gobiernos españoles han sido incapaces, en este periodo, de mantener una postura coherente, más allá de la expresa subordinación al referido tandem.

El tandem franco-alemán ha supuesto, durante el periodo del mandato del presidente SARKOZY, que todas las decisiones que se han tomado en la Unión Europea en los últimos años hayan exigido la aprobación del mismo. *El viraje franco-alemán* ha supuesto un debilitamiento sustancial de las instituciones europeas, sin que sus promotores, y los que lo han consentido, sean muy conscientes de las graves consecuencias que dicho viraje puede acarrear a la Unión en su conjunto.

La crisis institucional que ha sucedido a la crisis económico-financiera, y que convive con la misma, ha supuesto, también, el abandono de las posibilidades que prevén los Tratados de llevar a cabo cooperaciones reforzadas o cooperaciones estructuradas en la Unión. Dichas cooperaciones son susceptibles de crear diferentes velocidades en la Unión, pero dentro de la Unión, con procedimientos para su creación, para su incorporación y con sometimiento pleno al Derecho de la Unión.

Después del frustrado Tratado de Estabilidad como Tratado de la Unión, no parece probable que se aborde la tarea de modificar en profundidad los Tratados de la Unión. El sistema de unanimidad, que sigue rigiendo las modificaciones de los Tratados, se ha convertido en un escollo que ha traído como consecuencia la iniciación de cooperaciones reforzadas al margen del Derecho de la Unión.

Los indicadores señalados son los que nos determinan a la conclusión que antes anticipábamos. Se ha iniciado la creación de una nueva Unión Europea, al margen de la que es regida por los Tratados, pero esto tiene lugar de un modo excepcionalmente original, creando organizaciones internacionales que parasitan las instituciones europeas y el propio Derecho de la Unión.

El pragmatismo ha sido una virtud a lo largo de la construcción de la Unión Europea, de manera que debemos recibir con cierto optimismo que los jefes de Estado y de gobierno, y en particular los de Alemania y Francia, no hayan desistido de crear una Unión Europea más fuerte, más unida política y económicamente, aunque para ello haya sido necesario emprender un nuevo camino. Ya no estamos en una Unión Europea a varias velocidades. Esta suerte de metáfora servía para explicar el nacimiento de la Unión Económica y Monetaria a la que un grupo de Estados miembros no quiso pertenecer. Ahora se ha comenzado a crear una, valga la metáfora, nueva vía paralela a la creada por los Tratados de la Unión.

Se está fundando una nueva Europa que lleva implícitos grandes riesgos y que puede visualizarse como un paso atrás. Es la Europa de las naciones, por encima de la Unión Europea, en la que sus líderes están confortables. Los líderes europeos no soportan los rigores del *Estado de derecho* que es la Unión Europea. Los jefes de estado y de gobierno en los nuevos escenarios (y en los anteriores reconvertidos) negocian con mayor libertad, como lo hacen, por ejemplo, en otros organismos internacionales difusos como el G-8 o el G-20. En estos foros se eluden los controles internos democráticos, que solo parecen existir en Alemania, aunque la posición de su Tribunal Constitucional no es fruto de una concepción democrática avanzada sino de un nacionalismo jurídico rancio que parecía previsible en otros muchos estados, en particular en los incorporados a partir de 1995, pero no en Alemania.

Para analizar las transformaciones en las capas superiores del Derecho de la Unión, el Departamento de Derecho Administrativo y el Máster en Intervención de la Administración en la sociedad, organizaron unas Jornadas de estudio los días 16 y 17 de noviembre de 2012, que tuve el honor de dirigir junto con la profesora Pilar MELLADO PRADO, cuyas conclusiones se exponen en este número de la *REDUE*. Además hemos incluido un par de trabajos, al margen del tema principal.

Hemos dedicado este número de la *REDUE* a un ilustre jurista, Óscar ALZAGA VILLAAMIL, catedrático de Derecho Constitucional que, afortunadamente, pese a haber cumplido la edad legal de jubilación, sigue impartiendo su magisterio entre nosotros como profesor emérito, de manera que esperamos seguir aprendiendo y

disfrutando de su amistad por muchos años. No es esta mala ocasión para criticar la rigidez de la legislación en materia de jubilación de los profesores universitarios que, a nuestro juicio, carece de sentido, pues no es infrecuente que después de los setenta años la capacidad intelectual, junto con la experiencia, puedan arrojar resultados espléndidos para la docencia y la investigación. De manera que postulamos una legislación más flexible que permita que la universidad y, en consecuencia, la sociedad, pueda seguir recibiendo los frutos maduros de la sabiduría de los que tienen más experiencia (no más edad, que es un dato cronológico que pudiera ser irrelevante), pues de otro modo estaremos (estamos) dilapidando el más preciado de los capitales de las sociedades, el de la inteligencia.

Enrique LINDE PANIAGUA y Pilar MELLADO PRADO
Directores de las Jornadas de Estudio

LA REVISIÓN DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS

THE EU FOUNDING TREATIES PROCEDURE REVIEW

ALBERTO A. HERRERO DE LA FUENTE

Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Universidad de Valladolid

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA EVOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN PREVISTOS EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS: 1. Los Tratados de París (1952) y Roma (1957). 2. El Tratado de la Unión Europea (1992). 3. El Tratado de Amsterdam (1997). 4. El fallido Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa (2007). II. SU PUESTA EN PRÁCTICA: 1. Los trabajos preparatorios: 1.1. Los informes. 1.2. El Grupo de Reflexión. 1.3. La Convención. 2. Las Conferencias Intergubernamentales. 3. Los procesos de ratificación. UNA CONCLUSIÓN FINAL.

INTRODUCCIÓN

Hace ya muchos años que el gran jurista que fue Paul REUTER –además de «padre» del Derecho comunitario europeo– puso de relieve las características especiales que presentaban los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, ya que creaban unas instituciones, sobre todo la primera de ellas, la CECA, que se encontraban a medio camino entre la Organización internacional y el Estado federal¹. Esas características especiales dieron lugar a interesantes problemas jurídicos que hubo que ir resolviendo en los primeros años de su funcionamiento. Entre ellos, alguno relativo al procedimiento de revisión de dichos Tratados constitutivos. Con posterioridad, los problemas que se han planteado en esta materia han tenido más bien carácter político como iremos viendo a continuación.

¹ Vid. REUTER, P., *Organisations Européennes*, Thémis, Presses Universitaires de France, París 1965, pp. 173 y ss.

La revisión de un tratado internacional es el procedimiento mediante el cual se modifica su contenido con la finalidad, por lo general, de adaptarlo a las nuevas circunstancias que el paso del tiempo trae consigo. Se intenta evitar con ello que los tratados se hagan inaplicables cuando ya no responden a esas nuevas circunstancias. Así lo entendió la Sociedad de Naciones cuando estableció en el artículo 19 de su Pacto constitutivo que la Asamblea podría invitar a los miembros de la organización a que procedieran a «un nuevo examen» de los tratados que hubieran dejado de ser aplicables. De tal manera que si todo tratado sufre normalmente el desgaste del tiempo y requiere ser reformado, con mayor motivo los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas que daban comienzo a un proceso progresivo de integración que, por su propia naturaleza, tenía que ir evolucionando hasta lograr como meta final la creación de una Europa federal.

A día de hoy, el término revisión carece de un contenido estrictamente jurídico si tenemos en cuenta que el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 no lo utiliza sino que lo ha sustituido por los de enmienda y modificación de tratados internacionales. En el primer caso, se trata de un revisión en la que todos los Estados que son parte en el tratado tienen derecho a participar, mientras que, en el segundo, la revisión atañe únicamente a algunos de los Estados y sólo en sus relaciones recíprocas; sin afectar, por lo tanto, a los restantes Estados parte. Se podría considerar, no obstante, que la enmienda que reglamenta el Convenio de Viena es más bien una revisión parcial de un tratado mientras que la revisión completa del mismo –su sustitución por un nuevo tratado– encajaría en las disposiciones del citado Convenio en materia de sucesión entre tratados introducidas en el artículo 30 del citado Convenio².

La incorporación a los tratados internacionales de cláusulas relativas a la enmienda o revisión de su contenido constituye una práctica relativamente reciente y es precisamente en los convenios multilaterales concluidos con la finalidad de crear una organización internacional donde más se ha utilizado, al menos inicialmente³. Los tratados de París y Roma creadores de las Comunidades Europeas no constituyen una excepción y en ellos encontramos preceptos relativos a su revisión cuyo contenido, como iremos viendo, ha ido siendo modificado con el paso de los años pero que, en lo sustantivo, se mantiene fiel al procedimiento clásico de revisión de los tratados propio del Derecho internacional en el que los Estados son los actores fundamentales e imprescindibles. Sin embargo, mientras el Derecho internacional permite la enmienda de los tratados por mayoría de sus Estados parte, los miembros de las comunidades europeas, sin duda a causa de la importancia de las parcelas de soberanía que depositaban en manos de las organizaciones que creaban, establecieron la exigencia de la unanimidad que, en materia de revisión, sigue vigente hoy en día en el seno de la Unión Europea. Esa es la razón que impidió la entrada en vigor del tratado que hubiera debido crear la Comunidad Europea de Defensa en 1952 y de que tampoco entrara en vigor el Tratado constitucional firmado en 2004.

² Vid. REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid 1987, pp. 410 y ss.

³ Vid. ROUSSEAU, Ch., *Droit International Public*, Tomo I, Sirey, Paris 1970, p. 232.

El actual derecho originario de la Unión Europea es el resultado de una serie de revisiones que a lo largo de más de medio siglo han ido sufriendo los Tratados concluidos en París y Roma en los años cincuenta del pasado siglo⁴. Una evolución que se ha ido produciendo pausadamente, en la que, de acuerdo con las expectativas del Plan Schuman, cada paso adelante ha ido forzando el paso siguiente y en la que también han influido acontecimientos exteriores a la Europa comunitaria que la han hecho necesaria.

Así fue como la adopción del Acta Única Europea en marzo de 1957 vino exigida, del mismo modo que ha sucedido en posteriores revisiones, tanto por la propia evolución de las Comunidades como por el hecho de que en los años inmediatamente anteriores se hubieran producido ciertos acontecimientos internacionales ante los cuales las Comunidades habían encontrado dificultades para reaccionar adecuadamente. Podemos citar entre estos la adopción del Acta final de Helsinki, la invasión de Afganistán por parte de la Unión Soviética o la aparición en Polonia del sindicato «Solidaridad», primera llamada de atención sobre lo que, a partir de ahí, iría sucediendo en la Europa del Este. De forma muy parecida, la reforma que supuso la adopción del Tratado de la Unión Europea en febrero de 1992 estuvo propiciada tanto por la necesidad de dar continuidad a lo acordado en el Acta Única Europea y, por consiguiente, de proseguir la construcción europea, especialmente en lo relativo a la terminación del mercado interior y a la unión económica y monetaria, como por el desencadenamiento, a partir de la caída del «Muro de Berlín» en noviembre de 1989 y la consiguiente unificación de Alemania, de sucesos de gran calado en el ámbito internacional ante los cuales la Europa comunitaria se encontró sin medios suficientes para actuar en consecuencia.

Las posteriores revisiones de los Tratados, por ser más recientes, son más conocidas y por ese motivo no incidiremos demasiado en ellas. Recordemos, no obstante, que el Tratado de la Unión Europea anunció la revisión de Amsterdam y que el acuerdo que allí se alcanzó en octubre de 1997 previó en el Protocolo n.º 7 sobre las Instituciones una nueva Conferencia de revisión antes de que llegaran a ser veinte los miembros de la Unión. En consecuencia, el Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999 convocó la CIG de 2000 que llevaría al Tratado de Niza –sin que se hubiera producido esa reforma global que aconsejaban los trabajos preparatorios– y el Consejo Europeo de Laeken, de diciembre de 2001, la CIG de 2004. Entre ambas Conferencias, la Declaración n.º 23 que acompañó al Tratado de Niza se refería a la necesidad de suscitar un amplio y profundo debate sobre el futuro desarrollo de la Unión en el que participaran todas las partes interesadas y no solo una Conferencia

⁴ El derecho originario está formado, como se sabe, por los Tratados constitutivos propiamente dichos, que serían los de París y Roma, y por los tratados que, con posterioridad, los han ido modificando, incluidos los Tratados de adhesión de nuevos miembros. Se puede distinguir entre los que han introducido modificaciones parciales y los que, por el contrario, han llevado a cabo enmiendas más importantes, como es el caso del Acta Única Europea (1986), y de los Tratados de Maastricht (1992), Amsterdam (1997), Niza (2001) y Lisboa (2007). *Vid.* LINDE PANIAGUA, E., «El sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea», en E. LINDE PANIAGUA, M. BACIGALUPO SAGESSE Y J. A. FUENTE-TAJA PASTOR, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 5ª Ed., Colex, Madrid 2012, pp. 319 y ss.

intergubernamental. Esto es lo que se hizo en el marco de la Convención convocada al efecto y los resultados de la misma constituyeron la base de negociación de la CIG de 2004 que redactó el Tratado constitucional que no salió adelante. La de 2007, autora del Tratado de Reforma adoptado en Lisboa, volvió, como se ha dicho, al «método tradicional» de revisión⁵.

I. LA EVOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN PREVISTOS EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS

1. Los Tratados de París y Roma

El procedimiento normal de revisión se encontraba originariamente regulado, en términos muy semejantes, en los artículos 96 CECA⁶, 236 CEE y 204 CEEA⁷. La iniciativa correspondía indistintamente tanto a los Estados miembros como a la Alta Autoridad en el caso de la CECA o a la Comisión en el caso de la CEE y de la CEEA. Si el Consejo estaba de acuerdo convocaba una conferencia de representantes de los Estados miembros que, por unanimidad, se encargaba de llevar a cabo la revisión. Ésta entraría en vigor una vez que todos los Estados miembros hubieran procedido a su ratificación de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales.

Se trataba en ambos casos de un procedimiento de revisión institucionalizado puesto que contemplaba la intervención de las Instituciones. Sin embargo, a pesar de sus semejanzas, entre el mecanismo previsto en el Tratado CECA y el estable-

⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, C. *et al.*, *La Unión Europea y su Derecho*, Ed. Trotta, Madrid 2012, p. 40.

⁶ Art. 96 CECA:

«Transcurrido el periodo transitorio, el Gobierno de cada Estado miembro y la Alta Autoridad podrán proponer enmiendas al presente Tratado. Esta propuesta será sometida al Consejo. Si éste emitiera, por mayoría de dos tercios, un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros ésta será convocada inmediatamente por el presidente del Consejo, a fin de adoptar, de común acuerdo, enmiendas que deban introducirse en las disposiciones del Tratado.

Las enmiendas entrarán en vigor tras haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales» (Texto no oficial facilitado por la Secretaría de Estado para las relaciones con las Comunidades Europeas en junio de 1983).

⁷ Arts. 236 CEE y 204 CEEA:

«El Gobierno de cualquier Estado miembro o la Comisión podrá someter el Consejo proyectos encaminados a la revisión del presente Tratado.

Si el Consejo, después de haber consultado a la Asamblea y, en su caso, a la Comisión emitiera un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ésta será convocada por el presidente del Consejo, a fin de adoptar de común acuerdo las enmiendas que deban introducirse en el presente Tratado.

Las enmiendas entrarán en vigor tras haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales» (Texto no oficial facilitado por la Secretaría de Estado para las relaciones con las Comunidades Europeas en junio de 1983).

cido en los Tratados CEE y CEEA había alguna diferencia. Los Tratados de Roma exigían la consulta a la Asamblea antes de que el Consejo deliberara, cosa que no sucedía en el de París. También establecían, a diferencia de este último, la Consulta «en su caso» a la Comisión. La expresión «en su caso» se refería al supuesto de que no fuera la Comisión la que hubiera propuesto la revisión. Por lo demás, el contenido de los tres artículos examinados era coincidente aunque pudiera no parecerlo con respecto a lo establecido con relación a la convocatoria de la Conferencia de representantes. En efecto, en el Tratado CECA se exigía una mayoría de dos tercios del Consejo para convocarla mientras que en los Tratados CEE y CEEA no se decía nada al respecto. Eso significaba que eran aplicables, respectivamente, los artículos 148.1 y 118.1 en los que se establecía que, salvo disposición contraria, el Consejo adoptaría sus decisiones por mayoría de sus miembros, lo que daba como resultado que tanto el Tratado de París como los de Roma exigían el voto favorable de cuatro de los seis Estados miembros.

Junto al procedimiento ordinario de revisión, los Tratados constitutivos contenían disposiciones que preveían otras fórmulas de revisión en las que los órganos comunitarios desempeñaban un papel más importante o, incluso, eran los únicos que intervenían en la revisión cuando se trataba de cuestiones técnicas o de «dignidad jurídica inferior»⁸. Al primer supuesto corresponden los artículos 21.3 TCECA, 138.3 TCEE y 103.3 TCEEA relativos a la elección de los miembros de la Asamblea por sufragio universal directo. La Asamblea debía elaborar un proyecto y el Consejo, por unanimidad, establecería los términos en los que habría de llevarse a cabo. Su aplicación sería sometida por parte de cada Estado a su procedimiento constitucional de ratificación. Es también el caso de los artículos 201 TCEE y 173 TCEEA que preveían la posibilidad de sustitución de las contribuciones financieras de los Estados miembros por recursos propios. En este caso, la Comisión presentaba propuestas al Consejo y éste, tras consultar a la Asamblea, podía, por unanimidad, adoptar las disposiciones pertinentes cuya aplicación tendría que superar los procedimientos constitucionales. La especificidad de ambos supuestos consistía, en definitiva, en que se excluía la Conferencia de los representantes de los Gobiernos.

El único procedimiento de revisión que no preveía la participación de los Estados era el establecido por el tercer párrafo del artículo 95 del TCECA, al que se le denominó «la pequeña revisión»⁹. Aunque en unas condiciones muy estrictas, la Alta Autoridad, en razón de dificultades imprevistas o de un cambio de circunstancias, podía modificar sus competencias de acuerdo con el Consejo, con el dictamen favorable del Tribunal de Justicia y tras la aprobación de la Asamblea por mayoría de tres cuartos de los votos emitidos y de dos tercios de sus miembros. Procedimiento duro que, efectivamente, obviaba a los Estados pero que, por su dureza, tuvo una muy escasa aplicación.

⁸ REUTER, P., *loc. cit.*, p. 175.

⁹ Procedimientos semejantes a la «pequeña revisión CECA» aparecían también previstos en los artículos 8, 14, 33, 38, 157, 165, 166, 177 y 201 TCEE y 76, 85, 90, 126, 137, 138, 150 y 172 TCEEA.

Las disposiciones de los Tratados de París y Roma en materia de revisión llevaron a algunos «padres» de la Europa comunitaria a afirmar que la prevista participación de las Instituciones suponía el establecimiento de un mecanismo federal que se alejaba de los procedimientos propios del Derecho Internacional¹⁰. La realidad, no obstante, era que los Estados disponían siempre de la última palabra y un solo Estado podía impedir cualquier cambio. Si, además, se considera que el Consejo –a pesar de tener una personalidad jurídica diferente a la de sus miembros– lo componen los Estados, queda claro que la llave de cualquier revisión está en manos de éstos. Con todo, en los primeros años de funcionamiento de la Comunidad se planteó el problema de si era posible que los Estados, de mutuo acuerdo, pudieran revisar los Tratados sin respetar el procedimiento de revisión en ellos previsto. La cuestión consistía en determinar si el procedimiento general del Derecho internacional permanecía siempre vigente o si éste había sido sustituido por los preceptos comunitarios¹¹. El problema fue resuelto por el Tribunal de Justicia en la sentencia pronunciada en 1976 en el asunto *Defrenne*, a la que han seguido otras posteriores en el mismo sentido¹².

2. El Tratado de la Unión Europea (1992)

El mecanismo de revisión introducido en los Tratados constitutivos no fue modificado por el Acta Única Europea en 1986. Sí lo fue, por el contrario, por el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992¹³, si bien en lo fundamental las condiciones siguieron siendo las mismas. Su principal interés radicó en el hecho

¹⁰ Entre otros, *vid.* TEITGEN, P. H., *Droit Institutionnel Communautaire*, Les Cours de Droit, Paris 1977, p. 145.

¹¹ En realidad, tanto el Convenio de 27 de octubre de 1956, que modificaba el TCECA como consecuencia de la solución del problema del Sarre, como el Convenio de 25 de marzo de 1957 sobre unificación de la Asamblea y del Tribunal de Justicia, fueron adoptados sin respetar el procedimiento previsto en el art. 96 TCECA. *Vid.* LAMBERS, H. J., «Les clauses de révision des traités instituant les Communautés Européennes», *Annuaire Français de Droit International* 1961, pp. 593 y ss.; DELIÈGE SEQUARIS, M., «Révision des traités européens en dehors des procédures prévues», *Cahiers de Droit Européen* 1980, pp. 539 y ss. y LOUIS, J. V., «Quelques considérations sur la révision des traités instituant les Communautés», *Cahiers de Droit Européen* 1980, pp. 553 y ss.

¹² *Vid.* PETIT, Y., «Commentaire de l'article N», en CONSTANTINESCO, V., KOVAR, R., y SIMON, D., *Traité de l'Union Européenne. Commentaire article par article*, Economica, Paris 1995, pp. 875 y ss., y MENGOSZI, P., *Derecho comunitario y de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid 2000, pp. 138 y ss.

¹³ Art. N del Tratado de Maastricht:

«1. El Gobierno de cualquier Estado miembro o la Comisión, podrá presentar al Consejo proyectos de revisión de los Tratados sobre los que se funda la Unión.

Si el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión, emite un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ésta será convocada por el presidente del Consejo con el fin de que se aprueben de común acuerdo las modificaciones que deban introducirse en dichos Tratados. En el caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario, se consultará también al Consejo del Banco Central Europeo.

de que derogaba los procedimientos ordinarios establecidos en los artículos de los Tratados constitutivos que más arriba hemos examinado, sustituyéndolos por un procedimiento único. De forma que la iniciativa seguía correspondiendo a los Estados miembros o a la Comisión; el Consejo, por su parte, tras consultar al Parlamento y, en su caso, a la Comisión, emitía un dictamen y, si éste era favorable, llevaba a que su presidente convocara una Conferencia de Estados miembros que debería, por unanimidad, establecer las enmiendas que para entrar en vigor tendrían, finalmente, que ser ratificadas por los Estados miembros de acuerdo con los procedimientos establecidos en sus respectivas constituciones. No obstante, constituyó una novedad con relación al artículo 236 del TCEE la introducción de la necesidad de que el Consejo consultara al Banco Central Europeo antes de dictaminar a favor de la reunión de una conferencia en el caso de que la revisión propuesta afectara al «ámbito monetario». Y también el hecho de que ya se previera para 1996 la siguiente revisión. En definitiva, se mantuvieron para la revisión las tres fases de siempre, calificadas cada una de ellas como comunitaria, diplomática y nacional¹⁴. Comunitaria, por la intervención de las Instituciones; diplomática, por la Conferencia intergubernamental, y nacional, por la necesidad de que todos los Estados miembros ratifiquen lo acordado según los procedimientos nacionales previstos en sus respectivas constituciones.

El Tratado de Maastricht mantuvo procedimientos especiales de revisión a los que ya nos hemos referido e introdujo alguno nuevo¹⁵. Es el caso del previsto en el artículo 8 E del Tratado de la Comunidad Europea en el que se contemplaba la posibilidad de que el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, pudiera adoptar disposiciones encaminadas a completar los derechos previstos en la Segunda Parte del Tratado –Ciudadanía Europea, arts. 8 a 8 E– y recomendar su adopción a los Estados miembros con arreglo a sus respectivas normas constitucionales. Se obviaba, pues, la Conferencia intergubernamental aunque se requería la aceptación unánime de los Estados.

3. El Tratado de Amsterdam (1997)

Por lo que se refiere a la reforma de Amsterdam, ésta introdujo una nueva numeración de las disposiciones de los tratados, suprimió las caducadas y clarificó

Las enmiendas entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

2. En 1966 se convocará una Conferencia de los representantes permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros para que examine, de conformidad con los objetivos establecidos en los artículos A y B de las disposiciones comunes, las disposiciones del presente Tratado para las que se prevea una modificación».

¹⁴ Vid. MARTÍNEZ CUADRADO, M., «La revisión de los Tratados y el poder constituyente de la Unión», en M. OREJA AGUIRRE (dir.), *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid 1998, vol. I, p. 63.

¹⁵ Un examen detallado de los diferentes procedimientos especiales de revisión previstos en el Tratado de Maastricht en MOLINA DEL POZO, C. F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 3ª ed., Ed. Trivium, Madrid 1997, pp. 459 y ss.

las menos comprensibles. Desde esta perspectiva, el artículo N de Maastricht solo resultó afectado por el cambio de número al convertirse en artículo 48 del TUE. Desapareció, no obstante, el segundo apartado del artículo N que preveía la convocatoria de una nueva Conferencia en 1996. El procedimiento ordinario de revisión de los Tratados se mantuvo por consiguiente igual que se estableció en Maastricht y, en definitiva, prácticamente igual que en los Tratados de Roma; no prosperaron los intentos de limitar la exigencia de la unanimidad¹⁶.

En cuanto a los procedimientos especiales, éstos aparecen, como siempre, en distintas disposiciones que pueden clasificarse en dos categorías: Las que incorporan un mecanismo de revisión estrictamente comunitario y las que establecen una fórmula mixta con una mayor intervención de las Instituciones que en el procedimiento ordinario pero con la necesidad de que todos los Estados asuman la revisión de acuerdo con sus respectivas constituciones. Al primer grupo pertenecen, entre otros, los artículos 104.14 y 107.5 TCE relativos, respectivamente, a la sustitución del Protocolo aplicable en caso de déficit excesivo y a la modificación del Protocolo que contiene los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales. En el segundo grupo se encuentran algunas disposiciones entre las que destacan las relativas a ciudadanía (art. 22 TCE), a las elecciones al Parlamento Europeo de acuerdo con un procedimiento uniforme (art. 190.4 TCE) o al sistema de recursos propios (art. 269 TCE). Hay que señalar también las previstas en los artículos 17.1 TUE, en el marco de la PESD, y 41 TUE, dentro de la CPJP¹⁷.

4. El fallido Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa (2007)

El Tratado de Niza adoptado en febrero de 2001 no cambió la reglamentación que en materia de revisión recogía el de Amsterdam. El de Lisboa, por el contrario, sí lo ha hecho. El artículo 48 del TUE de Lisboa es nuevo en el sentido de que modifica, desde luego formalmente, las disposiciones hasta ese momento vigentes, reagrupando el procedimiento ordinario y los que denomina procedimientos simplificados. En lo sustantivo, su contenido es, realmente, el que ya se había introducido en los artículos IV-443 a IV-445 del fenecido Tratado constitucional y si por algo se caracteriza es, como veremos a continuación, por incorporar nueva parafernalia comunitaria para mantener o incluso ampliar el control de los Estados.

En efecto, el procedimiento de revisión ordinario permite como siempre a los Estados miembros y a la Comisión presentar al Consejo proyectos de revisión aunque, por fin, también se le permite hacerlo al Parlamento Europeo. Una vez presentado el proyecto, el Consejo lo remite al Consejo Europeo y lo notifica a los Parlamentos nacionales. Si el Consejo Europeo, tras consultar al Parlamento Europeo y a la Comisión –y también al Banco Central Europeo si la propuesta afecta al

¹⁶ Vid. MARTÍNEZ CUADRADO, M., *loc. cit.* p. 63.

¹⁷ Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., McGraw-Hill, Madrid 1999, p. 178.

ámbito monetario— emite por mayoría simple un dictamen favorable a la revisión, su Presidente convocará una Convención que examinará la propuesta y adoptará, por consenso, una recomendación que dirigirá a una Conferencia intergubernamental que habrá de convocar el Presidente del Consejo y que, sólo de común acuerdo, es decir, por unanimidad, podrá llevar a cabo la revisión. Una vez adoptada ésta, solo entrará en vigor cuando haya sido ratificada por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales¹⁸.

Las novedades más relevantes que introduce el artículo 48 del TUE de Lisboa radican en que, en la fase de preparación, el Parlamento Europeo puede hacer propuestas; en que el Consejo Europeo asume unas competencias que hasta ahora correspondían al Consejo y en que aparece una Convención —cuya composición detalla el apartado 3 del citado artículo— que examina la propuesta y emite una recomendación dirigida a la Conferencia intergubernamental. A partir de ahí ninguna novedad puesto que en la fase diplomática del procedimiento de revisión la CIG actúa por unanimidad y en la fase nacional es necesario que todos los Estados ratifiquen lo que acuerde la CIG para que pueda entrar en vigor. Hay que añadir que la Convención puede ser obviada, por mayoría simple del Consejo Europeo con la aprobación del Parlamento Europeo, cuando la importancia de las modificaciones propuestas no la justifique. Un proceso, en definitiva, más complejo que el hasta ahora existente en el que, sin embargo, es suficiente, como siempre había sucedido, que un solo Estado se oponga para que lo acordado en la CIG no llegue a entrar en vigor. Lo cual no obsta para que lo que tiene de novedoso haya sido valorado muy positivamente¹⁹.

También es novedad lo establecido en el apartado 5 del artículo que comentamos, si bien, a primera vista, carece de consecuencias: Si, pasados dos años desde la firma de un tratado modificativo, las cuatro quintas partes de Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados no lo han hecho, el Consejo Europeo «examinará la cuestión»²⁰. ¿Y?

Señalemos, finalmente, la introducción en el apartado 2 del artículo 48 de una puntualización muy significativa que no aparecía en el texto del fallido Tratado constitucional pero que no debe sorprender si se recuerda el «espíritu» de la Declaración de Berlín de marzo de 2007 que abrió el camino al Tratado de Lisboa: Las propuestas de revisión podrán tener por finalidad no solo el aumento de las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados sino también su reducción.

Los procedimientos simplificados recogidos en los apartados 6 y 7 del precepto que comentamos inciden en ámbitos muy concretos y responden a dos fórmulas²¹.

¹⁸ Un detallado análisis del sistema de reforma de los Tratados prevista en el de Lisboa en LINDE PANIAGUA, E., «El sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea», *loc. cit.*, pp. 331 y ss.

¹⁹ *Vid.*, entre otros, ALDECOA LUZARRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, M. Pons, Madrid 2010, pp. 249 y ss.

²⁰ Una previsión semejante se había introducido en la Declaración nº 29 anexa al Tratado constitucional.

²¹ El procedimiento de revisión simplificada establecido en el apartado 6 del artículo 48 ya ha servido para modificar el art. 136 TFUE. *Vid.* Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011

Una es mixta, puesto que en ella participan tanto las Instituciones como los Estados miembros. La propuesta puede partir, como en el procedimiento ordinario, tanto de los Estados como de la Comisión o del Parlamento Europeo. Va dirigida al Consejo Europeo y éste, previa consulta al Parlamento Europeo, a la Comisión y, cuando procede, al Banco Central Europeo, es quien adopta la decisión, por unanimidad. Para que entre en vigor deberá ser aprobada también por todos los Estados miembros según sus procedimientos constitucionales. Este procedimiento solamente puede aplicarse a la revisión de las disposiciones de la Tercera Parte del TFUE relativas a las políticas y acciones internas de la Unión y la simplificación consiste, como ya se habrá observado, en que se excluye tanto la Convención como la Conferencia intergubernamental. Además, «no podrá aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados».

El otro procedimiento simplificado permite que la revisión se decida en un marco estrictamente europeo puesto que es el Consejo Europeo el que la lleva a cabo, de nuevo por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, por mayoría de sus miembros. Sin embargo, el Consejo Europeo debe transmitir su iniciativa de revisión a los Parlamentos nacionales y es suficiente que uno de ellos se oponga a ella para que no prospere. Este procedimiento es utilizable exclusivamente en dos supuestos: el primero, para autorizar al Consejo a actuar por mayoría cualificada en los casos en los que el TFUE o el Título V del TUE exigen la unanimidad. El segundo, para permitir al Consejo el uso del procedimiento legislativo ordinario en aquellos casos en los que el TFUE establece un procedimiento legislativo especial.

Quedan otras disposiciones dispersas en los Tratados que permiten ciertas adaptaciones internas de menor entidad como, entre otras, las establecidas en los artículos 98 y 107.2 TFUE que facultan al Consejo, a propuesta de la Comisión, para la derogación de los mismos; o la relativa a la posibilidad de que el Consejo, a propuesta de la Comisión, modifique, en base a lo previsto en el artículo 300 TFUE, la naturaleza de la composición de los órganos consultivos para tener en cuenta la evolución social, económica y demográfica de la Unión; o la que en virtud del artículo 25 TFUE permite al Consejo, en materia de ciudadanía de la Unión, completar los derechos enumerados en el artículo 20.2 TFUE²².

II. SU PUESTA EN PRÁCTICA

1. Los trabajos preparatorios

Las revisiones más importantes de los Tratados constitutivos se han llevado a cabo en el seno de conferencias intergubernamentales, es decir, según el mecanismo

(2011/199/UE, DO L 91 de 6-4-2011, p. 1) que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro. El Tratado Constitutivo de un Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) ha sido ratificado por España el 21 de junio de 2012 (BOE nº 239 de 4 de octubre de 2012, p. 70375).

²² Una enumeración completa en PIRIS, J. C., *The Lisbon Treaty. A legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 2010, pp. 107 y ss.

propio del Derecho internacional en materia de conclusión de tratados internacionales en el que la negociación se realiza en el seno de una conferencia diplomática a la que acuden representantes de los Gobiernos de los Estados que negocian y la entrada en vigor de lo pactado se hace depender de la ratificación por parte de todos los Estados participantes según lo previsto en sus respectivos ordenamientos jurídicos. No obstante, en el marco de la Unión los procedimientos de revisión especiales conceden, como sabemos, un papel relevante a las Instituciones e incluso el procedimiento ordinario tiene un cierto «toque comunitario» que nos permite afirmar que en los trabajos preparatorios de las diferentes CIGs, las Instituciones y órganos de la Unión han desempeñado una destacada labor, lo mismo que diferentes grupos *ad hoc* a los que enseguida nos referiremos. Además, la realidad es que, como veremos, la práctica comunitaria ha conducido a que también en la fase diplomática de la revisión las Instituciones lleven a cabo una importante labor de apoyo. En última instancia, como se ha dicho, «habría que ser demasiado formalistas para no valorar la incidencia real de las Instituciones comunitarias en el desarrollo de las conferencias»²³.

1.1. Los informes

El procedimiento de revisión establecido en los Tratados de Roma preveía la consulta por parte del Consejo a la Asamblea y, en su caso, a la Comisión antes de emitir un dictamen favorable a la reunión de una Conferencia. El Tratado CECA, por el contrario, no preveía una consulta ni a la Asamblea ni a la Alta Autoridad, si bien tampoco la excluía. Con motivo de la fusión de los ejecutivos se utilizó por primera vez el citado procedimiento tras haber presentado el Gobierno holandés el 27 de junio de 1961 una propuesta a los Consejos de las tres Comunidades Europeas. En aquella ocasión la propuesta fue enviada tanto a la Asamblea como a las dos Comisiones para que emitieran el informe preceptivo. Estos informes han sido solicitados con carácter previo a todas las CIGs que desde entonces se han reunido, si bien no son los únicos que se han tenido en cuenta con motivo de las revisiones de los Tratados²⁴. Ello sin olvidar, que en las propias propuestas ya aparecen las consideraciones que aconsejan la revisión que se propone.

La reunión de la CIG de 1985 que redactó el Acta Única Europea tuvo su origen en un proyecto de revisión presentado por Luxemburgo y fue precedida de los

²³ LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «Capítulo 13. El sistema de normas y actos de la Unión Europea (I)», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Tecnos, Madrid 2005, p. 350.

²⁴ Con anterioridad a la CIG de 1985 ya se habían producido varias revisiones de los tratados y se había convocado un total de nueve Conferencias de revisión algunas de ellas menos conocidas, como es el caso de las que se reunieron para la incorporación de las Antillas holandesas al régimen de asociación con los países y territorios de ultramar, en 1962; para la modificación del Estatuto del Banco Europeo de inversiones, en 1975, o para la exclusión de Groenlandia del territorio comunitario. *Vid.* MARTÍNEZ CUADRADO, M., *loc. cit.* pp. 54-55.

informes pertinentes. Sin embargo, en la elaboración del AUE influyeron otros informes que es preciso incluir dentro de sus trabajos preparatorios. Así, la necesidad de una reforma ya aparecía en el llamado «Informe de los Tres Sabios»²⁵, hecho público en noviembre de 1979, en el que se recogían determinadas recomendaciones tendentes a la continuación de la construcción europea que serían debatidas en la CIG del 85. Había sido pedido por el Consejo Europeo reunido en Bruselas en diciembre de 1978 y fue estudiado y considerado muy favorablemente en las reuniones celebradas en Luxemburgo en abril y diciembre de 1980.

Mayor significado tuvo el «Proyecto Genscher-Colombo», presentado en noviembre de 1981, en el que se hacía especial hincapié en la necesidad de promover la cooperación política no solo en el marco de la acción exterior sino también en otros, como el de la seguridad y la lucha contra el terrorismo o la criminalidad internacionalmente organizada. Otro tanto puede decirse de la Declaración solemne de Stuttgart, de junio de 1983, calificada como «uno de los más importantes documentos de la historia de la Unión Europea»²⁶, en la que los Jefes de Estado y de Gobierno de los «Diez» abordaron los cambios que en aquél momento era preciso llevar a cabo. La Declaración constaba de un preámbulo y cuatro apartados en los que se señalaban los objetivos de la reforma, en alguno de los cuales, como la ampliación de la cooperación política, la reforma de las instituciones o el desarrollo de las políticas comunitarias, se incidía de forma especial.

Aunque literalmente no pueda ser considerado como un trabajo preparatorio de la CIG del 85, no cabe duda de que el «Proyecto Spinelli», aprobado por el Parlamento Europeo en febrero de 1984, incidió en los trabajos de reforma. Por el contrario, sí constituyeron claramente trabajos preparatorios los llevados a cabo por los Comités Adonnino y, sobre todo, Dooge, surgidos del Consejo Europeo celebrado en Fontainebleau en junio de 1984. El primero de ellos se ocupó –sin demasiado éxito en aquel momento– de lo que podríamos denominar la Europa de los ciudadanos y de algunas materias que más adelante se enmarcarían dentro de la Cooperación en los ámbitos de justicia e interior o del Espacio de libertad, seguridad y justicia. El segundo hizo propuestas tendentes al mejor funcionamiento de las instituciones y al desarrollo de la cooperación política al objeto de ir conformando una verdadera identidad política europea que tuvieron gran incidencia en los trabajos de la Conferencia intergubernamental. Todo ello sin olvidar el *Libro Blanco* para la terminación del mercado interior presentado por la Comisión en 1985.

Por lo que se refiere al Tratado de la Unión Europea adoptado en 1992, las dos CIGs que negociaron el texto firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 –la CIG sobre la Unión económica y monetaria y la CIG para la Unión política– fueron precedidas de diversos trabajos preparatorios entre los que merece destacar los lle-

²⁵ Los «tres sabios» eran Barend W. BIESHEUVEL, antiguo Primer ministro holandés, Edmund DELL, miembro del Partido Laborista británico y antiguo Secretario de Estado de Comercio, y Robert MARJOLIN, Vicepresidente de la Comisión desde 1958 hasta 1967.

²⁶ PÉREZ BUSTAMANTE, R., *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*, Edisofer, Madrid 2008, p. 238.

vados a cabo en el seno de una Conferencia Interinstitucional en la que, por primera vez, Estados e Instituciones comunitarias discutieron de manera informal sobre las condiciones en que habría de establecerse finalmente una Unión Europea cuya creación ya se había propiciado tanto en la Declaración de Stuttgart, como en el Proyecto Spinelli y en el AUE.

Con relación al progreso de la Unión Europea, parecía ineludible completar el mercado interior avanzando hacia una verdadera unión económica y monetaria y, con esta finalidad, el entonces Ministro francés de economía y finanzas, Edouard BALLADUR, presentó en enero de 1988 un Memorandum en el que se proponía la creación de un Banco Central Europeo. La propuesta francesa fue acogida por el Consejo Europeo de Hannover de junio del mismo año que decidió crear un Comité de expertos –presidido por Jacques DELORS, presidente de la Comisión– al que se encargó de preparar las etapas concretas a través de las cuales se alcanzaría la UEM. El resultado fue el conocido como «Informe Delors». Presentado en abril de 1989, el Consejo Europeo decidió aceptarlo –a pesar de la oposición del Reino Unido– en la reunión celebrada en Madrid en el mes de junio, constituyendo una pieza clave en el trabajo desarrollado por la CIG correspondiente.

La celebración de una Conferencia sobre la Unión política fue propuesta por Francia y Alemania en el Consejo Europeo de Dublín de abril de 1990. Se respondía así a la necesidad de dar a la Comunidad instrumentos eficaces para poder hacer frente de forma conjunta a los acontecimientos políticos que se estaban produciendo en Europa. En este sentido ya se pronunciaba el Memorandum belga de 20 de marzo de 1990 que proponía una segunda Conferencia que introdujera los cambios necesarios para dotar a la Comunidad de competencias en el marco de la política exterior que le permitiesen, entre otras cosas, asumir sus responsabilidades con relación a los países de la Europa central y oriental. La convocatoria de la CIG respondía también a la conveniencia de una reforma general de los Tratados, propuesta por el Parlamento Europeo²⁷, con la que mejorar el funcionamiento de las instituciones, dar a la Comunidad una mayor legitimidad democrática y ampliar sus campos de acción y sus competencias, dando en este punto una especial relevancia

²⁷ Fue muy significativa la aprobación por parte del Parlamento Europeo de la *Resolución sobre la Conferencia intergubernamental en el marco de la estrategia del Parlamento ante la Unión Europea* (doc. A3-47/90, de 14-3-1990, D.O. N° C 96, de 17-4-1990, pp. 114-118) también conocida como «Informe Martin» por el nombre de su ponente, miembro del partido laborista británico. En ella queda patente el interés del Parlamento Europeo en la transformación de la Comunidad «en una Unión Europea de tipo federal» que vaya más allá del mercado único y de la Unión económica y monetaria. Con esa finalidad establece una amplia lista de materias que deberían ser objeto de atención por parte de la Conferencia. Por otra parte, formula su deseo de participar no solo en los trabajos preparatorios sino también en el desarrollo de la misma, así como su exigencia de que las propuestas de la Conferencia sean sometidas al Parlamento Europeo. El Parlamento Europeo participó ya en los trabajos preparatorios de la revisión llevada a cabo en Amsterdam a raíz de la reunión de Ministros de asuntos exteriores celebrada en Ioannina en marzo de 1994. En mayo de 1995 adoptó una Resolución sobre el funcionamiento de la Unión Europea con vistas a la CIG del 96. El Consejo Europeo de Turín, de marzo de 1996, determinó las condiciones concretas de dicha participación.

a la cooperación política, proponiendo incluso que todo el conjunto de la acción exterior quedara «comunitarizada»²⁸.

En definitiva, todas las reformas han ido precedidas de informes de diferente naturaleza y procedencia que las han ido configurando. Algunas de ellas han contado además con contribuciones muy especiales como la que aportó el Grupo de Reflexión creado con vistas a la revisión de Amsterdam o la Convención constituida para preparar la reforma que no llevó adelante el Tratado constitucional.

1.2. El Grupo de Reflexión

La revisión de lo acordado en Maastricht ya había sido prevista tanto en el apartado 2 del artículo N del propio Tratado de la Unión Europea como en otros preceptos del mismo²⁹ y en las Declaraciones 1 y 16 que lo acompañaron³⁰. Habían quedado pendientes importantes cuestiones, pero éstas no fueron el único objeto de la revisión sino que en las sucesivas reuniones del Consejo Europeo se fueron añadiendo nuevas materias. Por otra parte, en los años inmediatamente posteriores a la firma del Tratado se produjeron determinados hechos que, como más arriba hemos señalado, hicieron más urgente la revisión. Estamos hablando de la adhesión de Austria, Suecia y Finlandia y, mucho más importante a los efectos que aquí nos interesan, de la previsión del ingreso en la Unión de los Estados de la Europa central y oriental. Además, los primeros resultados del Tratado de la Unión Europea habían sido un tanto decepcionantes³¹ y, en general, la complejidad técnica de su texto aconsejaba también su revisión. Por todo ello, el Consejo Europeo de Corfú, de junio de 1994, se planteó la convocatoria de una Conferencia intergubernamental, creando un Grupo de Reflexión al que se encargó de preparar el terreno de la Conferencia de manera semejante a como lo había hecho años atrás el trabajo llevado a cabo por el Comité Delors con relación a la Unión Económica y Monetaria. Invitó también a las Instituciones y a los órganos de la Unión a que elaborasen informes

²⁸ Vid. HERRERO DE LA FUENTE, A. A., «La Política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», en AAVV, *La construcción europea*, Universidad a Distancia, Palencia 1995, pp. 21 y ss.

²⁹ El párrafo quinto del art. B se refería a la utilización del procedimiento establecido en el artículo N.2 para la revisión de «las políticas y las formas de cooperación previstas en el presente Tratado»; el apartado 8 del art. 189 B señalaba la aplicación del citado art. N.2 a la ampliación a otros ámbitos del procedimiento de codecisión; también el art. J.4, relativo a la PESC, preveía su revisión según el artículo N.2.

³⁰ La primera de ellas se refería a la introducción de nuevos Títulos en el TCE relativos a la energía, la protección civil y el turismo y la segunda contemplaba el establecimiento de una jerarquía entre los actos comunitarios.

³¹ Por ejemplo, la revisión de la Política exterior y de seguridad común se consideró absolutamente necesaria a la vista de sus escasos resultados. Vid. HERRERO DE LA FUENTE, A. A., «La política exterior y de seguridad común y su necesaria revisión», *Revista de Estudios Europeos* n° 16, 1996, pp. 3 y ss.

al respecto que pudieran servir de base a los trabajos del Grupo de Reflexión; éstos fueron presentados entre febrero y junio de 2005 y contribuyeron al proceso de revisión si bien la necesidad de una convocatoria en 2006, tal como se preveía en el artículo 2 N de Maastricht no permitió disponer del tiempo necesario para abordar todo lo que luego se fue viendo que era necesario tratar.

El Grupo de Reflexión, presidido por el Embajador español Carlos WESTENDORP, estuvo formado por representantes de los Ministros de asuntos exteriores de los Estados miembros, del Presidente de la Comisión y del Parlamento Europeo y realizó su trabajo en la segunda mitad de 1995 entregando el Informe final al Consejo Europeo de Madrid celebrado en el mes de diciembre. En mayo de ese mismo año las Instituciones habían presentado sus respectivos informes³² contribuyendo así a la labor del Grupo de Reflexión cuyo cometido no fue la negociación sino que consistió, fundamentalmente, en abrir un debate en el que abordar los problemas más importantes y ofrecer diferentes opciones para solucionarlos teniendo siempre presentes las posturas adelantadas al respecto tanto por los Estados como por las Instituciones. El trabajo desarrollado por el Grupo de Reflexión, calificado como «una gran labor»³³, fue absolutamente transparente gracias a las conferencias de prensa convocadas tras cada reunión.

Italia presentó formalmente la solicitud de revisión del Tratado en enero de 1996 y la Conferencia intergubernamental fue convocada por el Consejo el 25 de marzo del mismo año una vez recibidos los dictámenes favorables de la Comisión y del Parlamento Europeo³⁴ que, lo mismo que los que presentaron al Grupo de Reflexión, forman parte de los trabajos preparatorios del Tratado de Amsterdam.

1.3. La Convención

Como más arriba se ha señalado, el artículo 48 del TUE de Lisboa prevé en la fase preparatoria del procedimiento ordinario de revisión la convocatoria de una Convención a la que se encarga de examinar la propuesta de revisión y de hacer recomendaciones al respecto a la Conferencia intergubernamental que se reunirá a continuación. El citado precepto establece también que esa Convención estará compuesta por «representantes de los Parlamentos nacionales, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión».

³² Sobre el trabajo realizado por el Grupo de Reflexión y, en general, sobre los trabajos preparatorios de la CIG del 96, *vid.* OREJA AGUIRRE, M., «El desarrollo de la CIG», en M. OREJA AGUIRRE (dir.), *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Vol. 1, McGraw-Hill, Madrid 1998, pp. 73 y ss.

³³ *Ibid.* p. 82.

³⁴ Dictamen de la Comisión «Reforzar la unión política y preparar la ampliación», de 28 de febrero de 1996, y «Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 1996, sobre la convocatoria y prioridades de la CIG y evaluación de los trabajos del Grupo de Reflexión». El Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones presentaron *motu proprio* sendos informes cuyo contenido coincidía sustancialmente con el de los que un año antes habían presentado al Grupo de Reflexión.

La Convención que introduce el Tratado de Lisboa, como es sabido, no constituye gran novedad puesto que una Convención ya se había reunido entre febrero de 2002 y julio de 2003 con vistas a la conclusión del Tratado constitucional. Ya hemos señalado que el Tratado de Ámsterdam no había respondido a las expectativas que había abierto, ya que dejó sin resolver problemas importantes con vistas a la futura ampliación –como la ponderación del voto en el Consejo o la composición de la Comisión– y habían quedado en el aire otros que quizá no fueran tan importantes pero que, como los relativos a la Política exterior y de seguridad común, necesitaban una clarificación. Por otra parte, los resultados de la negociación llevada a cabo en Niza por la CIG del 2000 –muy dura, ya que en ella se ventilaba el reparto de poder de los Estados en el seno de las Instituciones– tampoco fueron satisfactorios; así que no es de extrañar que en la Declaración nº 23 que acompañó al Tratado de Niza se programara una nueva reforma para 2004 en la que se debería utilizar un método preparatorio diferente al que había sido utilizado hasta entonces en el que se involucraran no solo las Instituciones y los Gobiernos de los Estados miembros sino también la sociedad civil europea representada por diputados de los Parlamentos nacionales. Se pretendía de esta forma no solo abrir y promocionar nuevos cauces de participación sino también tratar de evitar contratiempos como los surgidos en los procesos nacionales de ratificación en los que la ciudadanía había reaccionado de forma poco positiva.

Resultó que, al tiempo que se negociaba el Tratado de Niza, un órgano *ad hoc* creado por el Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999 se estaba ocupando de la redacción de un proyecto de Carta de Derechos Fundamentales vigentes en la Unión Europea. Sus miembros³⁵ habían decidido bautizarse pomposamente con el nombre de «La Convención» y el éxito del órgano en cuestión llevó a que en la parte tercera de la Declaración de Laeken, adoptada por el Consejo Europeo en diciembre de 2001, se decidiera crear otra «Convención»³⁶ –*Convención para el*

³⁵ El Grupo *ad hoc* estuvo formado por representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno y del Presidente de la Comisión, por miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales y por observadores del Tribunal de Justicia y del Consejo de Europa. Además, se invitó al Comité de las Regiones, al Comité Económico y Social y al Defensor del Pueblo Europeo a que dieran su opinión. Vid. BERNAD Y ÁLVAREZ DE EULATE, M. y SALINAS ALCEGA, S., «Algunas reflexiones sobre la Convención para la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la nueva Convención», en A. A. HERRERO DE LA FUENTE (ed.) *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques de Cooperación Transfronteriza nº 2, Zamora 2003, pp. 11 y ss.

³⁶ La composición de la Convención prevista en el Consejo Europeo de Laeken fue la siguiente:

«Además de su Presidente y de sus dos Vicepresidentes, la Convención constará de 15 representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros (uno por cada Estado miembro), de 30 miembros de los Parlamentos nacionales (dos por Estado miembro), de 16 miembros del Parlamento Europeo y de dos representantes de la Comisión. Los países candidatos a la adhesión participarán plenamente en los trabajos de la Convención. Estarán representados en las mismas condiciones que los Estados miembros actuales (un representante del Gobierno y dos miembros del Parlamento Nacional) y participarán en las deliberaciones, si bien no podrán impedir el consenso que pueda alcanzarse entre los Estados miembros.

futuro de Europa— que se encargara en este caso de llevar a cabo una reflexión que sirviera de base al trabajo de la siguiente Conferencia intergubernamental. Esta Convención estuvo compuesta por un elevado número de miembros, de los cuales el 51 por ciento eran parlamentarios nacionales, el 25 por ciento representantes de los Gobiernos y el 14 por ciento eran «eurodiputados»³⁷. Se trataba, como se ha dicho, de que quedaran así representadas en pie de igualdad las distintas legitimidades presentes en la construcción europea: los Estados y los ciudadanos³⁸. Sus reuniones se iniciaron, bajo la dirección del antiguo Presidente de la República Francesa Valéry GISCARD D'ESTAING, en febrero de 2002 y terminaron en junio de 2003 con la presentación de un «Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa» que sirvió de base a los trabajos de la Conferencia intergubernamental que adoptó en octubre de 2004 el texto del Tratado constitucional que, como sabemos, no llegó a entrar en vigor.

La creación de esta Convención supuso una novedad en relación con el desarrollo de los trabajos preparatorios de anteriores conferencias. Su labor se extendió a lo largo de tres etapas³⁹ y a través de once Grupos de Trabajo⁴⁰ y no se limitó a reflexionar sino que redactó y presentó, en junio de 2003, un Proyecto de Tratado constitucional que habría de servir de base a los trabajos de la CIG de 2003-2004⁴¹.

Los miembros de la Convención sólo podrán ser sustituidos por sus suplentes en caso de ausencia. Los suplentes serán nombrados de la misma forma que los miembros titulares.

El Praesidium de la Convención estará integrado por el Presidente de la Convención, los dos Vicepresidentes de la Convención y nueve miembros de la misma (los representantes de todos los gobiernos que durante la Convención ostenten la Presidencia del Consejo, dos representantes de los Parlamentos nacionales, dos representantes de los diputados al Parlamento Europeo y dos representantes de la Comisión).

Se invitará en calidad de observadores a tres representantes del Comité Económico y Social y a tres representantes de los interlocutores sociales europeos, a los que se añadirán, en nombre del Comité de las Regiones, seis representantes (que el Comité de las Regiones designará de entre las regiones, las ciudades y las regiones con competencia legislativa), así como del Defensor del Pueblo Europeo. A invitación del Praesidium podrán tomar la palabra ante la Convención el Presidente del Tribunal de Justicia y el Presidente del Tribunal de Cuentas.

³⁷ Vid. PIRIS, J. C., *op. cit.*, p. 15.

³⁸ ALDECOA LUZARRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, *op. cit.*, p. 42.

³⁹ La primera, «de escucha», examinó las propuestas de reforma que los diferentes sectores de la sociedad europea proponían. La segunda fue «de reflexión» y la tercera «de redacción» de un proyecto de Tratado constitucional.

⁴⁰ Sobre Subsidiariedad, Carta de Derechos Fundamentales, Personalidad jurídica de la UE, Parlamentos nacionales, Competencias complementarias, Gobernanza económica, Acción exterior, Defensa, Simplificación, Libertad, seguridad y justicia y Europa Social. También hubo tres Círculos de debate que se encargaron, respectivamente, del procedimiento presupuestario, de los recursos propios y del Tribunal de Justicia.

⁴¹ Sobre la labor llevada a cabo por la Convención, *vid.*, entre otros muchos, GUINEA LLORENTE, M., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea (2001-2004): Convención Europea y Tratado Constitución*, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2007;

El resultado no fue, sin embargo, el esperado, siendo una segunda CIG la que, sobre la base del proyecto de la Convención y lo acordado al respecto por los Estados en las negociaciones que se desarrollaron al efecto, se encargó de reemplazar el Tratado constitucional por un Tratado de Reforma del Tratado de Niza y preparó el documento que sería firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. El Tratado Constitucional no salió adelante pero el trabajo llevado a cabo por la Convención en 2002-2003 –rematado al final con la ayuda de funcionarios de los servicios jurídicos tanto del Parlamento Europeo como del Consejo y de la Comisión– constituyó en gran medida la base del de Lisboa. Esa es sin duda la razón de que el artículo 48 del TUE de Lisboa haya institucionalizado la Convención aunque, como sabemos, no siempre será necesario convocarla.

Dicho esto, es preciso añadir que la Convención ha merecido todo tipo de comentarios, tanto positivos⁴² como francamente demolidores⁴³.

2. Las Conferencias Intergubernamentales

Tal como indican los Tratados, las Conferencias de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros son las encargadas de negociar los textos que, una vez firmados por todos los Estados, deberán someterse a ratificación. Se trata de la denominada fase diplomática del procedimiento ordinario de revisión, respetuosa de las reglas establecidas por el Derecho internacional en materia de conclusión de tratados internacionales. La CIG debe actuar «de común acuerdo», es decir, por unanimidad, lo cual es congruente con el hecho de que para que entre en vigor lo acordado se requiera la ratificación unánime de todos los Estados. Hay que señalar, no obstante, que algunas CIGs se han limitado, casi exclusivamente, a dar forma a lo que, con anterioridad, ya habían acordado los Estados miembros⁴⁴.

La decisión de convocar la CIG de 1985 se acordó en la reunión de Milán del Consejo Europeo en junio de 1985 con siete votos a favor, los de Alemania, Bélgica, Fran-

LOUIS, J. V., «La Convention et l'avenir de l'Union Européenne», *Cahiers de Droit Européen* 2002, pp. 235 y ss. MÉNDEZ DE VIGO, I., *El rompecabezas. Así redactamos la Constitución Europea*, Biblioteca Nueva, Madrid 2005.

⁴² Por ejemplo, GUINEA LLORENTE, M., «La Conferencia Intergubernamental de 2007 y la política constitucional de la Unión Europea: una conferencia técnica parte del proceso constitucional», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis institucional*, Iustel/AEPDIRI, Madrid 2008, p. 107.

⁴³ Por ejemplo, MANGAS MARTÍN, A., «Estudio preliminar», en *Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario*, 12ª ed. Actualizada, Tecnos, Madrid 2006, p. 38.

⁴⁴ Hace tiempo que GUY ISAAC ponía de relieve –y lo ha reiterado más tarde– que era realmente en el seno del Consejo donde se elaboraban, uno tras otro, los artículos del proyecto de tratado, encargándose la CIG correspondiente de guardar las formas. Vid. ISAAC, G., *Droit Communautaire Général*, Masson, París 1983, p. 120, y *Manual de Derecho Comunitario General*, 4ª ed, Ariel, Barcelona 1997, p. 148.

cia, Holanda, Irlanda, Italia y Luxemburgo y tres en contra, los de Dinamarca, Grecia y Reino Unido. Fue Luxemburgo quien presentó la petición formal de revisión y la Conferencia negoció a nivel de Ministros de asuntos exteriores entre septiembre y diciembre de 1985 siendo invitados los gobiernos de España y Portugal a participar en ella.

El Tratado de la Unión Europea adoptado en Maastricht en 1992 procedió, como ya se ha señalado, de dos diferentes Conferencias que se desarrollaron al mismo tiempo: una sobre la Unión económica y monetaria, aprobada en el Consejo Europeo de Estrasburgo de diciembre de 1989 y otra sobre la Unión política, convocada a propuesta de Alemania y Francia en abril de 1990, en el Consejo Europeo de Dublín; ambas comenzaron sus trabajos en diciembre de 1990 y los desarrollaron a lo largo del año siguiente, alcanzándose el acuerdo final en enero de 1992. Las peticiones formales de revisión fueron hechas en esta ocasión por Irlanda e Italia respectivamente.

La CIG de 1996 que dio a luz al Tratado de Amsterdam debatió a lo largo de dieciocho meses y aunque, como sabemos, contó con la labor previa realizada por el Grupo de Reflexión y por diversos informes solicitados tanto a las Instituciones como a los órganos auxiliares de la Unión, los resultados alcanzados fueron escasos y poco relevantes, sobre todo si se piensa en la reforma institucional que de ella se esperaba. Formada por los Ministros de asuntos exteriores y el Presidente de la Comisión, con el apoyo del COREPER, debatió a lo largo de tres presidencias –italiana, irlandesa y holandesa– que se correspondieron con tres fases de la negociación bien diferenciadas⁴⁵. De los tres principales retos que tenía planteados –aproximar la Unión Europea al ciudadano, reforzar la capacidad de acción exterior de la Unión y prepararla para la ampliación– puede decirse que solamente salió airoso del primero. Y, sobre todo, si con motivo de la conclusión del Tratado de Maastricht quedó patente lo complicado que resultaba poner de acuerdo a un número de Estados que ya se consideraba demasiado alto, la CIG de 1996 –con quince Estados– dejó muy clara esta dificultad y, lo que es peor, puso de relieve las diferentes actitudes existentes con relación a la Unión: Desde las posiciones federalistas a las de quienes eran más bien partidarios de una gran zona de libre comercio y una cooperación política limitada y no demasiado estructurada⁴⁶.

Por su parte, el Tratado de Niza fue el fruto de la CIG de 2000 que, entre los meses de marzo y diciembre el citado año –primero bajo presidencia portuguesa y luego francesa– abordó no solamente los puntos que quedaron pendientes en la reforma de Amsterdam sino también lo que podría considerarse como una reforma global de la Unión⁴⁷. El propio Tratado de Amsterdam, como sabemos, ya preveía explícitamente

⁴⁵ Para una exposición muy detallada de la labor realizada por la CIG de 1996, OREJA AGUIRRE, M., «El desarrollo de la CIG», en M. OREJA AGUIRRE (dir.), *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*. Vol. I, *cit.* pp. 92 y ss.

⁴⁶ Vid. TAMAMES GÓMEZ, R., «Introducción: la agenda oculta de la CIG», en M. OREJA AGUIRRE (dir.), *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Vol. I, *cit.*, p. 629.

⁴⁷ Al referirnos más arriba a los trabajos preparatorios de las Conferencias intergubernamentales no hemos aludido a los relativos al Tratado de Niza, entre los que es necesario destacar el «Informe Dehaene», de 1999, y el presentado en 2000 por el Instituto Europeo de Florencia –ambos a petición

esta Conferencia de revisión y así lo confirmó el Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999, siendo en las posteriores reuniones de Helsinki, de diciembre de 1999, e incluso de Feira, de junio de 2000, en las que se terminó de completar el marco material de la Conferencia. La Conferencia funcionó en tres niveles –de Jefes de Estado o de Gobiernos, de Ministros de asuntos exteriores y de altos funcionarios– y participaron en ella los Estados miembros de la Unión Europea y también los candidatos a la adhesión: Bulgaria, Chipre, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa, República Eslovaca, Rumanía y Turquía⁴⁸.

La CIG de 2003-2004 de la que surgió el Tratado constitucional estuvo compuesta por representantes de los quince Estados miembros y de los diez Estados candidatos a la adhesión, siendo invitados a participar dos representantes de la Comisión y dos del Parlamento Europeo; Bulgaria, Rumanía y Turquía enviaron observadores. Las reuniones de la CIG –a nivel de Jefes de Estado o de Gobierno o de Ministros de asuntos exteriores– no fueron públicas pero los documentos que se manejaron fueron dados a conocer a través de Internet. Previamente, un grupo de juristas pertenecientes a los veinticinco Estados participantes fue encargado por la CIG de llevar a cabo una revisión del texto propuesto por la Convención, cuyo contenido dejaba bastante que desear desde el punto de vista técnico-jurídico, y el texto así mejorado constituyó la base de las discusiones. Éstas abordaron multitud de cuestiones, de las más generales a las más específicas, aunque se centraron, fundamentalmente, en las más delicadas, es decir, el voto por mayoría en el Consejo, la composición de la Comisión, la Presidencia del Consejo y todo lo relativo a defensa, justicia e interior. En todo lo demás la CIG de 2003-2004 acogió lo propuesto por la Convención aunque su desarrollo no estuvo exento de dificultades ya que sufrió un parón como consecuencia de la negativa de España y Polonia a aceptar el sistema de doble mayoría impuesto para el voto en el Consejo.

No es preciso decir una vez más que el texto que se aprobó en Roma el 29 de octubre de 2004 no entró en vigor. Por esa razón, en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Bruselas en junio de 2007 se acordó la celebración de una nueva Conferencia intergubernamental –propuesta formalmente por Alemania– que fue convocada a continuación por la Presidencia portuguesa. Comenzó sus trabajos el 23 de julio y los terminó el 3 de octubre estando formada por representantes de los veintisiete Estados miembros, asistidos, de nuevo, por un grupo de juristas pertenecientes a los «Veintisiete», al Parlamento y a la Comisión. El mandato del Consejo Europeo de Bruselas, de junio de 2007, que recogía los resultados de las negociaciones de los Estados miembros con vistas a lograr una salida a la crisis planteada por el fracaso del Tratado constitucional, era tan concreto que la labor de la CIG de 2007 se limitó, prácticamente, a darlo forma de tratado. Fue firmado el 13 de diciembre de 2007.

de la Comisión– en los que ya se proponía una reforma global y una reestructuración de los Tratados que, sin embargo, no se llevaría a cabo hasta la siguiente CIG, la de 2003-2004.

⁴⁸ Sobre la CIG de 2000, *vid.* SALOMÓN, M., «La CIG 2000: panorámica y evaluación tentativa», *Anuario Internacional CIDOB 2000*, Ed. 2001, pp. 135 y ss.

3. Los procesos de ratificación

El proceso de revisión de los Tratados concluye con la entrada en vigor de lo acordado una vez que todos los Estados, de conformidad con el procedimiento que establecen sus respectivas constituciones, han ratificado el texto adoptado. Este proceso de ratificación, que constituye lo que algunos denominan la fase nacional del proceso de revisión, sólo en contadas ocasiones se ha producido en las fechas previstas y no siempre se ha desarrollado sin contratiempos⁴⁹. Los más graves, por sus consecuencias, han sido la no ratificación –por parte de Francia– del tratado que hubiera debido crear una Comunidad Europea de Defensa, y –por parte de Francia y Holanda– del Tratado constitucional. Pero también han dado lugar a diversos sustos aunque, por fortuna, sin consecuencias trágicas.

El Acta Única Europea se firmó en febrero de 1986 y su ratificación se llevó a cabo por parte de los entonces diez Estados miembros, aunque no sin un pequeño sobresalto. En efecto, el Tribunal Supremo de Irlanda estimó un recurso interpuesto por un ciudadano irlandés en el sentido de que la Constitución de ese país no autorizaba al Gobierno a hacer las cesiones de soberanía que implicaban las Disposiciones sobre la cooperación europea en materia de política exterior que introducía el AUE. Para resolver el problema fue necesaria una enmienda de la Constitución que se aprobó en un referéndum celebrado en mayo de 1987, de manera que el Tratado no pudo entrar en vigor hasta julio de ese mismo año.

La ratificación del Tratado de la Unión Europea –firmado en febrero de 1992– también trajo consigo problemas ya que algunos países, tras consultar a sus tribunales, tuvieron que modificar sus constituciones para poder proceder a la ratificación⁵⁰. Más importante fue que en el referéndum convocado por Francia, la situación política del país mantuvo un cierto «suspense» sobre cuál sería el resultado del mismo. Por fortuna, la repuesta de la ciudadanía fue positiva aunque con una diferencia muy escasa con relación a los que votaron «no»⁵¹. Pero, sobre todo, en el referéndum danés el resultado fue, sorprendentemente, negativo, dando lugar a una grave crisis que amenazó la supervivencia del Tratado. Afortunadamente, el Consejo Europeo, tras un momento de indecisión que se manifestó tanto en la reunión de Lisboa, como en las de Birmingham y de Edimburgo, respectivamente de junio, octubre y diciembre de 1992, optó por una renegociación con Dinamarca que dio como resultado la aceptación de unas condiciones diferentes para este país en lo relativo a la Unión económica y monetaria (posibilidad de no entrar en la tercera

⁴⁹ Vid. LINDE PANIAGUA, E., y MELLADO PRADO, P., *Iniciación al Derecho de la Unión Europea*, Colex, Madrid 2008, pp. 196 y ss.

⁵⁰ URIARTE TORREALDAY, R., «Unión Europea y redefinición del concepto de soberanía», *Revista de Estudios Europeos* n° 14, 1997, pp. 11 y ss.

⁵¹ En otros casos, por el contrario, no hubo problema alguno y concretamente en España la votación a favor –en el Congreso de los Diputados– fue aplastante: 314 votos a favor y solamente 3 en contra. Sobre la ratificación por parte de Francia, Vid. BLUMANN, C., «La ratification par la France du Traité de Maastricht», *Revue du Marché Commun* n° 379, junio 1994, pp. 393 y ss.

fase) y a la Política exterior y de seguridad común (exclusión de todo lo relativo a la defensa). En todo caso, fue necesario un segundo referéndum que esta vez se saldó con un «sí». La consecuencia de todo ello fue que el Tratado no entró en vigor hasta noviembre de 1993, es decir, bastante más tarde de lo previsto.

Las dificultades y dudas surgidas con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht fueron achacadas en cierta medida a la crisis económica que en aquél momento afectaba a una gran parte de Europa, con altos índices de paro, pero también a la lejanía, el desinterés y la poca confianza con la que la ciudadanía europea veía todo lo que se hacía en Bruselas. Ese fue el motivo de que la Unión Europea comenzara a sentir la conveniencia de la incorporación de la sociedad civil a sus trabajos y, con vistas a las siguientes revisiones de los Tratados, buscara fórmulas para su participación o, al menos, para que pudiera estar al corriente de lo que se estaba realizando.

El Tratado de Amsterdam –quizá por el poco interés de las novedades que introdujo– recibió sin pena ni gloria, entre junio de 1998 y marzo de 1999, los instrumentos de ratificación de todos los Estados miembros y entró en vigor el primero de mayo de 1999. Solamente en Dinamarca e Irlanda hubo referéndum. No sucedió lo mismo con el Tratado de Niza, de febrero de 2001, cuya ratificación tropezó –¡qué casualidad!– con el sentir de la ciudadanía del único Estado que convocó un referéndum: Irlanda. Fue necesario un segundo referéndum, en octubre de 2002, que permitió que el Tratado entrara en vigor en febrero de 2003. No es pues de extrañar que, en el entretiem po, el Consejo Europeo de Laeken, de diciembre de 2001, se refiriera en su famosa Declaración sobre el futuro de la Unión Europea a la necesidad de reforzar la legitimidad democrática de la Unión y a basar las futuras reformas en el consenso más amplio posible.

Por lo que se refiere al Tratado constitucional, nueve de los veinticinco Estados que lo firmaron decidieron someter su ratificación a referéndum y en dos de ellos, la respuesta de la ciudadanía fue negativa. La no ratificación por parte de Francia y de Holanda del Tratado constitucional no solo impidió que éste saliera adelante sino que propició que otros Estados miembros aprovecharan la circunstancia para reconsiderar los términos en los que se estaban produciendo los procesos de integración y de ampliación, más por inercia que por convicción y, desde luego, con el descontento o, como mínimo, la indiferencia de la opinión pública europea⁵². Se ha dudado sobre si todo ello se debió al contenido del Tratado constitucional o, más bien, a la situación política existente en aquel momento en los países europeos y, especialmente, en Francia y Holanda⁵³. En todo caso, la consecuencia fue que, al no recibir las necesarias ratificaciones, el Tratado Constitucional no entró en vigor. Fue necesaria una nueva CIG, a la que ya nos hemos referido, y un nuevo proceso

⁵² Sobre el proceso de ratificación del Tratado constitucional, el periodo de reflexión que siguió y las negociaciones posteriores que llevaron a la conclusión del Tratado de Lisboa *vid.* MARISCAL BERASTEGUI, N., «De la ratificación fallida de la Constitución al Tratado de Lisboa», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis institucional*, *cit.*, pp. 57 y ss.

⁵³ *Vid.* ALDECOA LUZARRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *op. cit.*, pp. 50 y ss.

de ratificación –en este caso del Tratado de Reforma del Tratado de Niza– para que este último entrara en vigor, no sin que los Estados miembros tomaran previamente medidas para tratar de impedir en lo posible los peligrosos referenda. No pudieron evitar, sin embargo, el de Irlanda, que resultó negativo, y hubo que esperar a que la población irlandesa se mostrara favorable en un segundo referendun para que el Tratado de Lisboa pudiera entrar en vigor el 1º de diciembre de 2009.

UNA CONCLUSIÓN FINAL

En materia de revisión, el Tratado de Lisboa sigue en lo sustantivo lo establecido ya en los años cincuenta en los Tratados constitutivos y, como en tantas otras cosas, la evolución que han experimentado desde entonces las disposiciones que la regulan ha sido más aparente que real. En el nuevo artículo 48, salvo en cuestiones menores y muy precisas, la exigencia de la unanimidad se mantiene y, por consiguiente, subsiste la posibilidad de que una minoría o, incluso, un solo Estado miembro puedan paralizar el proceso de integración. Eso no quita para que cada vez sea más amplio el número de quienes participan en los trabajos preparatorios o que, como se ha puesto de relieve, incluso en la fase diplomática las Instituciones no queden al margen.

La negociación del tratado de Maastricht ya mostró la dificultad de poner de acuerdo a doce Estados y la CIG de 1996 expresó claramente que la exigencia de la unanimidad hacía casi imposible que los entonces quince miembros de la Unión pudieran alcanzar un acuerdo. Con veintisiete Estados miembros es evidente que el problema se ha agravado, haciendo muy difícil la actuación «de común acuerdo» prevista en el TUE de Lisboa. La necesaria ratificación de todos los Estados constituye un cuello de botella capaz de impedir que lo acordado con grandes dificultades en una Conferencia intergubernamental salga adelante y hace posible que la Unión quede anclada para siempre en el nivel de integración actual⁵⁴. Sin embargo, esto que para algunos resulta insufrible parece que ahora tiene sus ventajas ya que, como se ha puesto de relieve, si es cierto que un solo Estado puede paralizar el progreso de la Unión, también lo es que un solo Estado puede evitar la marcha atrás que contempla expresamente el apartado 2 del artículo 48 del TUE de Lisboa⁵⁵. No

⁵⁴ Aunque sea con intención de salvar escollos, las medidas tendentes a evitar los temidos referenda –presentar el Tratado de Lisboa como una reforma del de Niza y no como un nuevo tratado– hurtando así a la ciudadanía la posibilidad de pronunciarse, parecen más propias del despotismo ilustrado que de una sociedad democrática. Vid. VILLARINO, C., «Reflexiones sobre la reforma de la Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos*, nº 46-47, 2007, pp. 14 y ss., y DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. y CHALTIEL, F., «Le Traité de Lisbonne: Quel contenu?», *Revue du Marché Commun* nº 513, diciembre 2007, p. 617.

⁵⁵ Vid. URREA CORRES, M., «La efectividad del derecho de retirada, el sistema de reforma y las cooperaciones reforzadas: una incógnita que condiciona el proceso de integración de la Unión», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel-AEPDIRI, Madrid 2008, pp. 694 y 695.

hay mal que por bien no venga. Pero es que, además, el problema tiene solución aunque ésta no sea fácil. Hay que empezar por convencer a los Gobiernos de la necesidad o la conveniencia de avanzar en el proceso de integración. Si se logra, éstos tienen en su mano al menos dos vías diferentes que no son contrarias a los compromisos hasta ahora adquiridos. Por un lado, pueden utilizar el mecanismo de las cooperaciones reforzadas previsto en los Tratados, muy mejorado tras la revisión de Niza. Por otro lado, nada les impide concluir un tratado internacional mediante el cual, si lo desean, crear una nueva Organización internacional más «federal» o, al menos, establecer en sus relaciones mutuas un régimen de integración más estricto; no sería la primera vez. Todo es posible siempre que ello no cause perjuicio al resto de los miembros de la Unión. Pueden incluso dar el paso definitivo y unirse en una federación. Mientras tanto, la realidad es que las normas que en el momento actual regulan el procedimiento de revisión de los Tratados las han fijado los Estados miembros de mutuo acuerdo, han sido ratificadas democráticamente según los procedimientos nacionales y son conformes al Derecho internacional en el que encuentran su base jurídica.

RESUMEN: Los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas establecieron diferentes procedimientos de revisión que con posterioridad han sido modificados tanto por el Tratado de Maastricht de 1992 como por el de Lisboa de 2007. Estas modificaciones han sido, no obstante, más aparentes que reales: Se ha ampliado la participación en los trabajos preparatorios pero la Conferencia Intergubernamental solo puede aprobar las enmiendas propuestas de común acuerdo –es decir, por unanimidad– y el texto enmendado solo podrá entrar en vigor tras ser ratificado por todos los Estados miembros de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea, Procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos, Enmienda y modificación de tratados.

ABSTRACT: The EU founding Treaties established several revision procedures which have been modified by the 1992 Maastricht Treaty as well as by the 2007 Lisbon Treaty. However, both modifications have been more apparent than real: The participation in the preparatory work has been extended but the Intergovernmental Conference can only approve the proposed amendments by common accord –that is, by unanimity– and the amended text can only come into force once it is ratified by all Member States in accordance with their respective constitutional requirements.

KEYWORDS: European Union Law, EU founding Treaties procedure review, Amendment and modification of treaties.

ALGUNAS MUTACIONES DEL DERECHO ORIGINARIO EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

SOME MUTATIONS IN THE PRIMARY LAW DURING THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

ALFREDO ALLUÉ BUIZA
Profesor de Derecho constitucional.
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONCERTACIÓN INTERINSTITUCIONAL. III. LA AMPLIACIÓN UNILATERAL DEL PARLAMENTO EUROPEO DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA CONFERIDA POR LOS TRATADOS. IV. LA ALTERACIÓN DE LAS FORMAS EN LA PROPIA REFORMA DE LOS TRATADOS. UN APUNTE EN RELACIÓN A LA FUNCIÓN CONSTITUYENTE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y AL SISTEMA DE CONVENCION.

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas que del Derecho originario se han hecho a lo largo del proceso de integración europea, o al menos, las de mayor calado, se han hecho sobre la base de consolidar al Derecho originario como un ordenamiento constitucional europeo. Entendemos como grandes reformas las realizadas entre el Acta Única Europea (que entró en vigor en 1987) y el Tratado de Lisboa de diciembre de 2009. Las anteriores reformas de los Tratados, como el de Fusión de Ejecutivos, de 1967 o las modificaciones presupuestarias de 1970 y 1975 apenas permiten entrever este viraje hacia presupuestos reconocibles desde los cánones del constitucionalismo contemporáneo. El profesor ARAGÓN REYES, con motivo de un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la adecuación de constitucionalidad del Tratado

de Maastricht a la Ley Fundamental de Bonn¹, decía que «la construcción europea se ha venido realizando mediante un proceso sustentado en el voluntarismo político de los Gobiernos y el activismo judicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad. Este modo funcionalista ha resultado hasta fechas recientes bastante eficaz, pero, como todo funcionalismo, tiene sus limitaciones. Y ha sido, precisamente, el gran paso del Tratado de la Unión Europea el que las ha puesto de manifiesto. Quizás porque cuando se pretende una mayor unificación, el funcionalismo ha de ser complementado, valga la palabra, por el estructuralismo. Establecer una ciudadanía europea, eliminar las fronteras, crear una política común en materia económica, imponer una moneda única, etc., son pasos decisivos que aproximan al federalismo, esto es, a la transformación sustancial de lo que surgió y es todavía, una comunidad de Estados soberanos. No es de extrañar, pues, que con ocasión de este Tratado se hayan planteado, por fin, problemas de Derecho constitucional que, en etapas anteriores habían quedado subyacentes, y sólo aparentemente velados por el Derecho comunitario».

En parecida línea doctrinal, más de quince años después, Laurence BURGORGUE-LARSEN² considera que no se puede aislar el sistema de la Unión Europea de los sistemas nacionales, ya que nos encontramos «en un proceso constitucional, es decir, estamos enfrentados a un constitucionalismo abierto, evolutivo, que no es inmutable y que se nutre de cada acción y reacción de los múltiples actores del sistema». Una visión sistémica, abierta y dialogante del sistema constitucional europeo, pues, más allá de comprender a los Tratados como instauradores de una comunidad de Estados que son los «señores» de aquellos, como dice el Tribunal Constitucional federal alemán en su *preventiva* Sentencia de 30 de junio de 2009, como expresaba, un tanto precozmente en el tiempo, ALONSO GARCÍA³, «la potencialidad expansiva del Derecho europeo hace que por primera vez en el mundo del Estado moderno europeo pueda hablarse de constitución por encima de las constituciones de los Estados soberanos, en definitiva, constitución expresada en normas elaboradas en forma de convenio internacional, que no por ello dejan de ser una carta constitucional de una comunidad de derecho»⁴; expresión «Carta Constitucional» que ya se utilizó en el

¹ ARAGÓN REYES, M., «La Constitución Española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», *La Constitución española en el Ordenamiento Comunitario Europeo (I)*, Ministerio de Justicia, Vol. I, Madrid, 1995, p. 1052.

² BURGORGUE-LARSEN, L., «La formación de un Derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial», *Ponencia presentada al VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España titulado «Derecho Constitucional Europeo»*, San Sebastián, 4 y 5 de febrero de 2010, pp. 3 y 4.

³ ALONSO GARCÍA, E., «La incidencia de la entrada en las Comunidades Europeas en el sistema constitucional de fuentes de derecho». *Implicaciones constitucionales y políticas del ingreso de España en la CEE y su incidencia en las Comunidades Autónomas. Actas del V Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y Derecho constitucional* (AGUIAR DE LUQUE, L., coord.) Oñate 1986, p. 127. Incluso, en relación a la actual crisis financiera se habla igualmente de crisis constitucional, al respecto, ver: TUORI, K., «The european financial crisis constitutional. Aspects and implication», *European University Institute Working Papers, Department of Law*, Law 2012/28.

⁴ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «La Constitución de la Comunidad Europea», *Noticias de la CEE* nº 100, p. 93.

Dictamen del TJCE 1/1991, de 14 de diciembre. En este sentido, como apunta DÍEZ PICAZO⁵, «el nudo gordiano de la existencia de una Constitución en una estructura compuesta o cuasi federal, no es la fuerza de origen, entendida como la ausencia de mácula jurídico internacional, sino que en algún momento se produzca un salto cualitativo que permita entender que el vínculo ha dejado de pertenecer al Derecho internacional».

Sin embargo, hablar de un Estado constitucional europeo o de una Unión Europea constitucionalizada entraña sus riesgos, principalmente en «el nivel de garantía de ese principio estructural de la sociedad política occidental que es la democracia»⁶, y, en el caso que nos ocupa no estamos exactamente ante la plasmación crónica de un déficit democrático, sino más bien ante un déficit constitucional que se manifiesta en un cúmulo de técnicas de mutación constitucional que se convierten en un auténtico trastorno, al menos durante determinadas etapas del proceso de integración europeo.

No nos referimos aquí a la mutación constitucional de las propias constituciones de los Estados miembros, lo que significa una alteración de los contenidos constitucionales por mor del proceso de construcción europea, ya sea a través de la superación de las técnicas de reforma, por la ampliación del ámbito constitucional con otras normas que ocupan su mismo rango o por el establecimiento de auténticas autorrupturas constitucionales (como la contenida en el artículo 93 de nuestra Constitución en vigor⁷), y en este sentido el proceso de integración ha sido un magnífico laboratorio. Nos referimos a los trastornos constitucionales, que se producen en los propios Tratados, si entendemos éstos como una carta constitucional, por prácticas interinstitucionales (que van más allá de meras prácticas políticas y se convierten en costumbres jurídicas) de difícil categorización, o por meros cambios en las normas para la producción jurídica, principalmente en los reglamentos internos de funcionamiento de las instituciones comunitarias, que determinan una clamorosa divergencia normativa entre lo que éstas regulan y lo estipulado por el derecho constitutivo, que significa un auténtico desbordamiento del mismo. Si bien es verdad, y hay que dejarlo previamente apuntado, que estas mutaciones no abarcan períodos relativamente largos y que, indefectiblemente, desembocan en una ulterior reforma del derecho originario a fin de cohonestar lo estipulado convencionalmente o a través de las reglamentaciones internas; siendo estas prácticas un auténtico «indirizzo político» configurador de la estructura constitucional de la Unión Europea.

⁵ DÍEZ PICAZO, L. M., «Reflexiones sobre la idea de Constitución Europea», *Revista de Instituciones Europeas*, nº 2, mayo-agosto de 1993, p. 533.

⁶ PÉREZ TREMPES, P., «El ordenamiento comunitario y estatal: las condiciones constitucionales al proceso de ratificación del tratado de Maastricht en el derecho comparado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 18, 1994, p. 51.

⁷ Una posición crítica a esta idea de autorruptura, desde la posición de que para mantener la coherencia necesaria entre el orden comunitario y el constitucional se hace necesaria la reforma constitucional, es la sostenida por Carlos DE CABO MARTÍN, en su obra *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Ed. Trotta, Madrid 2003, pp. 92 y ss.

Entendiendo, por lo tanto, el concepto de mutación como una técnica no formal de modificación del ordenamiento constitucional (en este caso del ordenamiento constitutivo u originario de la Unión Europea) que se impone como una necesidad o una exigencia de una realidad histórica (en este caso el dinámico proceso de integración) que en unos casos se queda en una adaptación sobre la base de una mera interpretación evolutiva, otras veces se genera una abierta contradicción con los textos constitucionales y, en la mayoría de los casos, en un compendio de ambas⁸. Pero que, en última instancia, como decía Konrad HESSE⁹ «una mutación constitucional modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto recibe una significación diferente».

En este sentido, vamos a centrarnos en tres tipos de mutaciones o desbordamientos del contenido normativo de los Tratados: la concertación interinstitucional, su derivación en las técnicas de consulta parlamentaria y la propia alteración de los mecanismos de reforma establecidos en el derecho constitutivo de la Unión Europea.

II. LA CONCERTACIÓN INTERINSTITUCIONAL

El Tratado de Luxemburgo de 1970 sobre Modificación de las Disposiciones Presupuestarias estableció el sistema de recursos para la financiación comunitaria, dando por finalizado el período de contribuciones nacionales para el sostenimiento de las comunidades. Este cambio obligaba a reconocer al Parlamento Europeo la capacidad de declarar o rechazar el proyecto de presupuesto anual, pasando de ser una institución meramente consultiva en la materia a tener la capacidad de aprobar, enmendar e incluso, rechazar el presupuesto comunitario, pues la competencia de los parlamentos nacionales sobre la materia no tenía ya ningún sentido al financiarse las Comunidades a través de recursos propios (exacciones agrícolas, derechos arancelarios y un porcentaje del IVA).

Este aumento de los poderes presupuestarios de la Asamblea puso en tela de juicio la descompensación existente entre esta nueva potestad y los limitadísimos, por no decir inexistentes, poderes de decisión que tenía el Parlamento Europeo en lo concerniente a la innovación del derecho derivado, circunscrito a una mera función consultiva sin carácter vinculante, pues la mayoría de las partidas presupuestarias eran consecuencia inmediata de una legislación comunitaria adoptada previamente. Es decir, el Parlamento Europeo no coparticipaba en la elaboración de las nor-

⁸ DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 183. El autor (Id., pp. 185 a 188) reconoce cuatro tipos de mutaciones: las debidas a prácticas políticas que no se oponen formalmente a la Constitución; las debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución, las debidas a la imposibilidad de ejercicio o desuso de competencias y atribuciones establecidas en la Constitución y las debidas a técnicas de interpretación de la Constitución, de tal modo que los preceptos tienen un contenido distinto de aquel en que inicialmente fueron tipificados.

⁹ Id., p. 180.

mas jurídicas con incidencia financiera y, sin embargo, en él residía la capacidad de aprobar o rechazar en última instancia el presupuesto. Como bien afirmaba en su día FONSECA MORILLO¹⁰, los poderes legislativo y presupuestario, «como todos los poderes comunitarios, son de atribución y deben de ser ejercidos en el respeto de las disposiciones de los Tratados y de los actos adoptados en su desarrollo, estando en manos del Consejo esa capacidad decisional, lo cual nos lleva de nuevo a afirmar que el Parlamento Europeo tiene el poder presupuestario pero no legislativo, y así, en materia de gastos normalmente los créditos inscritos en el presupuesto son la simple consecuencia financiera de unas obligaciones nacidas por decisiones y actos reglamentarios adoptados previamente en el marco de las políticas comunitarias; esto es, el corolario de decisiones ya tomadas por el órgano dotado de poder legislativo».

Para todo ello se buscó, un tanto forzosamente, a fin de paliar este desfase, un punto de conexión entre su débil poder consultivo y el poder decisorio del Consejo y se encontró en una resolución consignada en el acta de la reunión donde se hizo el Tratado sobre Modificación de las Disposiciones Presupuestarias y que decía: «El Consejo se compromete a mantener la más estrecha colaboración con el Parlamento Europeo en los actos que tengan incidencia financiera»¹¹. Para ello, el 4 de marzo de 1975 se aprobó la Declaración Común Interinstitucional entre Parlamento Europeo, Consejo y Comisión que creaba el llamado procedimiento de concertación interinstitucional, cuyo ámbito de aplicación eran los actos de Derecho derivado de carácter general que tuvieran expresas implicaciones financieras, teniendo por objeto resolver las divergencias que pudieran aparecer entre el Parlamento Europeo y el Consejo, siendo una especie de derecho de veto suspensivo de la Eurocámara que trasciende con mucho sus limitadas competencias consultivas, a fin de buscar un acuerdo, aunque la última palabra a la hora de adoptar definitivamente el acto la tuviera el Consejo.

El procedimiento establecía que en caso de que el Consejo considerara que el objeto del acto fuera susceptible de concertación y el Parlamento Europeo manifestara mediante una resolución su disposición a utilizar el procedimiento, éste se desarrollaría entre el Consejo y Parlamento Europeo, a través de una comisión de concertación formada por el Consejo, el presidente o vicepresidente del Parlamento y el portavoz de la comisión parlamentaria competente en la materia. La Comisión de las comunidades que no era parte de la concertación, sin embargo podía participar en los trabajos, dándose, en principio, prórrogas aparte, un plazo de tres meses para lograr un acuerdo. Siendo aplicado por primera vez con ocasión de la adopción del Reglamento Financiero de 21 de diciembre de 1979.

La concertación, más allá de sus peculiaridades formales, el éxito o fracaso de su utilización, el recorrido que tuvo; y si realmente se aplicó a innovaciones legis-

¹⁰ FONSECA MORILLO, F. J., «El presupuesto de las Comunidades Europeas, análisis jurídico», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, p. 79.

¹¹ NAVARRO BATISTA, N., «Parlamento Europeo y poder normativo en la Unión Europea», Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca 1995, p. 88.

lativas con calado financiero o a otras cuya incidencia financiera era colateral, permitía entrever, dentro de su complicado sistema, que los poderes del Parlamento Europeo, en aquella fecha, ya se adivinaban cada vez más crecientes, aun con sus limitaciones. Los poderes presupuestarios de la Eurocámara, en ese momento, eran mucho menores que los de cualquier parlamento nacional, pero mucho mayores que en relación al momento fundacional de las Comunidades, lo que permitía predecir no solo un aumento de los mismos por la vía de la innovación de los Tratados mediante las reformas de 1970 y, posteriormente, de 1975, sino, igualmente, por la vía de los hechos en lo que concierne a sus limitadísimas potestades consultivas que no habían sido reformadas por los Tratados de Modificación de las Disposiciones Presupuestarias¹².

Y si no se hizo una reforma del Derecho constitutivo, ¿qué valor podemos dar a una declaración común que altera el equilibrio institucional querido en los Tratados en materia de potestades decisorias, al «constitucionalizar» un método de acuerdo «entre pasillos»? ¿No hubiera sido más adecuado proceder a una reforma del derecho originario en materia de decisión en el propio proceso de modificaciones presupuestarias al que nos hemos referido? El valor que podemos dar a una declaración común es muy limitado, ya que no pueden nunca entenderse como una reforma expresa de los Tratados constitutivos, aunque permita a tal o cual institución (en este caso el Parlamento) conquistar nuevas potestades que no le competen a la luz de los Tratados. No tiene valor jurídico alguno, siendo un mero compromiso de carácter político, sustentado en el llamado «espíritu de los Tratados», concepto un tanto evanescente, que se traduce en una práctica o costumbre que nace de las propias Instituciones comunitarias y que las vincula *de facto*. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha sido muy cuidadoso de no pronunciarse expresamente, todo lo más se pueden deducir interpretaciones «*a sensu contrario*»¹³, sobre la naturaleza jurídica de las declaraciones. Como bien expresa CONSTANTINESCO¹⁴, si el Tribunal se manifestara acerca del valor jurídico de las declaraciones comunes finalizaría muy probablemente el efecto útil del procedimiento.

Más allá de la determinación, harto imposible, de su valor jurídico, la costumbre o práctica de la concertación, más allá de su efectividad real, se consideró un hecho indiscutible, significando un paso sustancial en el reconocimiento de la fun-

¹² EMBID IRUJO, A., «La participación del Parlamento europeo en el proceso de elaboración de normas de la Comunidad», *Noticias CEE*, nº 45, octubre de 1988, p. 65.

¹³ Asunto *Advernier*, STJCE de 19 de enero de 1984. Al respecto ver NAVARRO BATISTA, N., Ob. cit. pp. 111 y 112.

¹⁴ CONSTANTINESCO, V., «Curso sobre el Parlamento Europeo» impartido en el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, mayo de 1987. Para NAVARRO BATISTA (ob. cit., pp. 111 a 113) recoge la jurisprudencia donde el tribunal de Luxemburgo ha hecho referencia expresa al valor de las declaraciones comunes pero cuando éstas se han producido en un ámbito no estrictamente comunitario en el que las competencias de las instituciones no estaban claramente definidas, como era entonces la cuestión de la protección de los derechos fundamentales (Asunto *Hauer*, STJCE de 13 de diciembre de 1979 y Asunto *Marguerite Johnston*, STJCE de 15 de mayo de 1986).

ción colegisladora del Parlamento Europeo, trascendiendo el contenido de los Tratados. Así, el Parlamento Europeo reformó su Reglamento interno en 1981 (antiguo art. 38) donde, de manera unilateral, se tipificaban las pretensiones parlamentarias: iniciativa de esta institución para iniciar el procedimiento, ampliación del mismo a todas las decisiones comunitarias de especial trascendencia, establecimiento de una comisión de concertación equilibrada en cuanto a su composición, entre otras cuestiones. La posición del Parlamento Europeo fue desde el inicio, incluso antes de redactarse la Declaración Común, un intento de evitar que la concertación fuera una mera prolongación de sus limitadas funciones consultivas en el camino hacia una verdadera codecisión con el Consejo. Como dice NAVARRO BATISTA¹⁵, «las propuestas del Parlamento Europeo no traducían únicamente el deseo de mejorar un proyecto insuficiente. En realidad proponían una alteración sustancial del sistema institucional que sólo hubiera podido llevarse a efecto mediante la revisión de los Tratados, no a través de una declaración común que, por su propia naturaleza, no puede modificar las líneas básicas previstas en los Tratados... esta fue la causa principal por la que el Parlamento Europeo acogió con poco entusiasmo la Declaración Común que instauró el procedimiento de concertación».

III. LA AMPLIACIÓN UNILATERAL DEL PARLAMENTO EUROPEO DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA CONFERIDA POR LOS TRATADOS

Desde la perspectiva de la adopción de decisiones en el seno de las, en su día, Comunidades Europeas, el sistema institucional padecía los males de infancia conocidos en la evolución histórica del parlamentarismo, ya que el Parlamento Europeo parecía más una institución de naturaleza esencialmente opositora al poder ejecutivo y legislador (el «monarca»-Consejo), y que se presentaba como defensor de la voluntad popular (a partir de su elección directa en 1979) e, incluso como el motor de una transformación constitucional democrática del proceso de integración. Esta última cuestión se plasmó en un relativo corto período (desde 1981 a 1986, al que hemos de sumar el abierto en 1975 con el ya analizado procedimiento de concertación) mediante la mutación de las potestades consultivas del Parlamento, es decir, de su limitadísimo poder de participación en la elaboración de la legislación comunitaria, a través de la actuación discrecional que, sin embargo, va ha desembocar en la reforma del art. 149 del TCEE en el Acta única Europea (procedimiento de cooperación) y, posteriormente, en Maastricht con la introducción de un procedimiento codecisorio (síntesis procedimental de la concertación y la cooperación parlamentarias) en el art. 189 B del TCE, hoy denominado procedimiento legislativo ordinario en el art. 294 del TFUE en vigor.

¹⁵ Id., p. 95.

Ambas estrategias, mutación y posterior reforma de los Tratados, recogiendo en la misma el contenido de las prácticas interinstitucionales, ¿eran concurrentes o se excluían la una a la otra? Evidentemente, como hemos dicho, se produjo una concurrencia (o una sucesión ordenada) de las dos ya que, por ejemplo, sin la introducción de reformas en los Tratados en materia presupuestaria difícilmente se hubieran puesto en marcha los mecanismos de interrelación consensual entre las instituciones como fue el procedimiento de concertación¹⁶. Y, del mismo modo, la puesta en práctica de este procedimiento, como hemos dicho, deriva indefectiblemente en una posterior reforma del derecho originario, pues la política de «pequeños pasos», no era por sí misma una garantía jurídico-formal para la consolidación de un nuevo sistema de relaciones entre las instituciones comunitarias. El sistema de declaraciones comunes no garantizaba la modificación de los Tratados en lo referente a la transformación del equilibrio real del poder existente. La reforma, por lo tanto, se hacía imprescindible, ya que el Parlamento Europeo no se conformaba con tener una función «sirviente», sino que se presentaba con un valor propio, pretendiendo desarrollar de la manera más óptima posible, los objetivos de los Tratados. El sistema comunitario debía de transformarse para reflejar e introducir formas democráticas comunes, estableciéndose una relación dialéctica entre instituciones y políticas de la Comunidad¹⁷.

La gran oportunidad se le presentó al Parlamento Europeo, en 1979, a raíz del contencioso «isoglucosa», a fin de poder trascender sus escasas funciones de carácter consultivo a la hora de adoptar decisiones comunitarias; en beneficio de una práctica cooperativa con el verdadero órgano de decisión que era el Consejo, trayendo a colación fórmulas procedimentales de carácter similar a la concertación, basadas en dobles lecturas que dieran una mayor sustancia al procedimiento consultivo y lo orientara hacia fórmulas consensuales entre el Consejo y la Eurocámara. El método difería, no obstante, de la práctica de la concertación, basada en el soporte de una declaración común. La estrategia parlamentaria se basó en una intervención unilateral mediante la reforma de su reglamento interno apoyándose en una jurisprudencia comunitaria favorable a sus intereses.

Con motivo de la adopción por el Consejo de un reglamento sobre la producción de la isoglucosa en 1979 (Reglamento 1293/1979), esta institución obvió la consulta preceptiva al Parlamento Europeo, alegando que la inmediata disolución de la Eurocámara, con motivo de las primeras elecciones directas, impedía poner en marcha el procedimiento consultivo, el cual en buena lógica parlamentaria caducaba, debiendo

¹⁶ Ya en 1966, ALTING VON GEUSAU («Problèmes institutionnelles des Communautés Européennes», *Cahiers de Droit Européen*, nº 3, 1966, p. 235) mantenía la tesis de que las disposiciones de los Tratados solo forman un marco donde el desarrollo institucional puede evolucionar, dependiendo esta evolución de la práctica de las instituciones políticas en la elaboración de las decisiones comunitarias. Esta tesis, expuesta en 1966, con un Tratado de Fusión de Ejecutivos en proceso de ratificación, institucionalmente regresivo desde la perspectiva de la integración pues fortalecía la legitimación intergubernamental, resulta de una clarividencia reveladora.

¹⁷ NORD, H. R., «Quelques réflexions sur l'évolution institutionnelle des Communautés Européennes», *Mélanges Fernand Dehousse*, Bruxelles, 1979, Vol. II, p. 141.

esperar el Consejo a la nueva legislatura para volver a iniciar el mismo; sin que, por otra parte, invocara el procedimiento de urgencia y hubiera pedido a la mesa del Parlamento Europeo la convocatoria de una sesión extraordinaria. Las empresas *Roquette* y *Maizena*, afectadas por dicha reglamentación, plantearon un contencioso ante el TJCE, el cual en sendas Sentencias de 29 de octubre de 1980, anuló dicho Reglamento por vicio sustancial de forma, a tenor del entonces artículo 173 del TCEE.

El abogado general y el Tribunal establecieron concurrentemente una interpretación expansiva de las limitadas competencias parlamentarias en el ámbito decisorio. Para el abogado general Gerhard REISCH, «las competencias consultivas del Parlamento Europeo representan actualmente el principal medio de asociar los pueblos de la Comunidad a la elaboración de los actos jurídicos comunitarios. No se puede comparar de manera absoluta la consulta al Parlamento Europeo en el marco del procedimiento legislativo comunitario a la consulta que es conocida de manera general en los derechos internos de los Estados miembros». Por su parte, el Tribunal consideró que la consulta parlamentaria era «el medio que permite al Parlamento participar efectivamente el proceso legislativo de la Comunidad. Esta competencia representa un elemento esencial del equilibrio institucional *querido* (la cursiva es nuestra) por el Tratado. Es el reflejo aunque limitado, a nivel de la Comunidad, de un principio democrático fundamental, según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder por intermedio de una asamblea representativa¹⁸. La consulta regular del Parlamento en los casos previstos, constituye una formalidad sustancial donde su no respeto entraña la nulidad del acto concernido».

Lo que sí es cierto es que el Tribunal, salvo esa referencia un tanto subliminal al «espíritu» de los Tratados, no hace una interpretación en pos de un cambio sustancial de la naturaleza jurídica del procedimiento consultivo, más allá de conceder a ésta una importancia o relevancia frente a una actuación un tanto desleal del Consejo. Este «algo más» en absoluto puede interpretarse como que el Tribunal establece que la consulta sea una potestad comparable al poder de legislar, sino que no se puede reducir sin más a una mera petición de dictamen dirigida al Parlamento, sin que el Tribunal nos lo clarifique más allá de una mera declaración, un tanto retórica, de principios, pues es claro que la indefinición de lo que es consulta parlamentaria en los Tratados, se clarifica por la descripción procesal de la misma en el derecho originario. No se hace necesaria, por lo tanto una definición acerca de la naturaleza jurídica de la consulta si se determinan los ámbitos materiales sometidos a un tipo u otro de procedimiento de participación del Parlamento Europeo en la adopción de normas jurídicas de derecho derivado.

¹⁸ El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su Sentencia de 30 de junio de 2009 (Sentencia *Lisboa*), echa por tierra esta tesis, al considerar (puntos 271 y 272) que el Parlamento Europeo es a lo más una fuente *adicional* autónoma de legitimidad democrática y que «no puede ni debe adecuarse, en su composición, a las exigencias que en el plano estatal se plantean a partir del igual derecho político de sufragio de todos los ciudadanos... la democracia de la Unión Europea no puede ni requiere conformarse de forma análoga a la de un Estado».

Sin embargo, el Parlamento Europeo entendió que los argumentos del Tribunal le conferían suficiente legitimidad para, de manera unilateral, dotar de sustancia al procedimiento consultivo, procediendo a reformar, en 1981, su reglamento interno, introduciendo el mecanismo de «reconsulta» parlamentaria (arts. 32, 35 y 36)¹⁹.

Simplificando lo más posible, la llamada «reconsulta» parlamentaria lo que hacía era fragmentar el procedimiento consultivo, en el seno del Parlamento al permitir poder abstenerse de votar una resolución que concluyera el procedimiento consultivo, en tanto en cuanto la Comisión de las Comunidades no se definiera sobre las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo a su iniciativa legislativa, o no aceptara las enmiendas a la misma; pudiéndose reenviar a la comisión parlamentaria competente el texto de la resolución parlamentaria para un nuevo dictamen. El reenvío a comisión para la realización de un nuevo dictamen significaba dilatar el procedimiento consultivo en aras del ejercicio de una mayor presión sobre el ejecutivo comunitario. De este modo, el Parlamento Europeo procedía a apropiarse de manera unilateral del poder de realizar una segunda lectura, con el objeto de buscar fórmulas consensuales de negociación con la Comisión, a fin de lograr un texto aceptable para ambas instituciones.

Como afirmaba Mary DOMINICK²⁰, con la «reconsulta» se buscaba introducir «un puente interno» con la Comisión, más que pretender retardar el procedimiento legislativo en una suerte de amenaza a la Comisión. En efecto, la dilatación en el procedimiento parlamentario pretende la búsqueda de fórmulas convencionales entre los órganos de legitimación comunitaria frente al Consejo, a través de un acto constituyente de enmienda a la Comisión.

No obstante, quien determinaba en última instancia la validez del acto comunitario era el Consejo, verdadero órgano legislativo de las Comunidades. La preeminencia del Consejo se vio alterada igualmente por una reforma unilateral del Reglamento interno del Parlamento Europeo, al introducirse en el año 1987 un nuevo art. 42, pues no bastaba la simple comprobación de los acuerdos adoptados por el Consejo, sobre los cuales se hubiese consultado al Parlamento a fin de que éste pudiera cerciorarse de su concordancia con los dictámenes parlamentarios (art. 39.1 del Reglamento de 1981). Esta disposición era muy imprecisa, pues únicamente establecía que «si el Consejo informa al Parlamento de que propone apartarse de su parecer, el Presidente del parlamento informará de esto a la comisión competente, la cual se pronunciará sobre el procedimiento que se haya de seguir y someterá eventualmente una proposición al pleno» (art. 39.2). El art. 42 establecía que el presidente del Parlamento Europeo, a propuesta de la comisión competente, pedirá al Consejo que consulte nuevamente al Parlamento cuando el Consejo modifique o se proponga

¹⁹ Que en cierto modo, con otra variante procedimental más atenuada, ya existía en el antiguo art. 22 del Reglamento interno antes de su reforma en 1981. Ver, al respecto: ALLUE BUIZA, A., «El Parlamento Europeo, poder y democracia en las Comunidades Europeas», Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1990, p. 149.

²⁰ DOMINICK, M., «Le procédure de décision dans la Communauté et le nouveau Règlement Intérieur du Parlement Européen», *Revue du Marché Commun*, n° 248, junio-julio 1981, p. 278.

modificar sustancialmente la propuesta inicial sobre la que el Parlamento hubiere emitido su dictamen o cuando, por el transcurso del tiempo o del cambio de circunstancias, hubiera variado sustancialmente la naturaleza del asunto al que se refiere la propuesta de la Comisión.

Como se dio en su día²¹, este artículo 42 aportó una clarificación en las relaciones entre las dos instituciones y obligaba al Parlamento Europeo, y muy especialmente a las comisiones parlamentarias competentes, a ser muy vigilantes sobre la suerte que el Consejo reservaba a sus dictámenes, además de reforzar el diálogo interinstitucional, y, por consiguiente, desarrollar un mejor entendimiento en beneficio del proceso legislativo comunitario. Desde nuestro punto de vista, esta nueva reglamentación autónoma del Parlamento, ampliaba el espíritu del procedimiento de cooperación entre las dos instituciones, ya establecido en el Acta Única, a los ámbitos materiales, todavía muy numerosos, sometidos al procedimiento consultivo. Lo que quiere decir que la estrategia de mutaciones y expresas reformas del Derecho originario se entrecruzan y generan sinergias muy dinámicas en todo el proceso de decisión.

IV. LA ALTERACIÓN DE LAS FORMAS EN LA PROPIA REFORMA DE LOS TRATADOS. UN APUNTE EN RELACIÓN A LA FUNCIÓN CONSTITUYENTE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y AL SISTEMA DE CONVENCION

Frente a la concepción dominante de que la reforma del derecho originario corresponde a los Estados, como dice el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su Sentencia *Lisboa* de 2009, auténticos «señores de los Tratados», durante todo el proceso de integración ha existido una corriente no solo doctrinal, sino política, incardinada en la propia estructura del Parlamento Europeo, proclive a entender la conveniencia de residenciar la reforma comunitaria en el seno de un parlamento legitimado democráticamente a nivel europeo. En este sentido, la Eurocámara, un tanto precozmente, ha funcionado como un auténtico lobby, más allá de su natural conformación entre mayorías y minorías que debaten y se confrontan políticamente, en pos de lograr una posición no solo institucional en los procedimientos de reforma, sino auténticamente constituyente del proceso de integración, que, a nuestro entender, es otra razón para comprender al Parlamento Europeo, como una institución que contiene, como hemos referido, «males de infancia» propios del constitucionalismo histórico.

Esto es determinante en la valoración que hemos de hacer de los intentos parlamentarios de transformación constitucional de las Comunidades Europeas, mucho más allá del escaso papel que le conferían los Tratados en los procedimientos de

²¹ PASSETTI BOMBARDELLA, F., «Le Parlement face au Conseil», *Rivista di Diritto Europeo*, año XXXVIII, abril-junio de 1987, pp. 78 y 79.

reforma. En primer lugar, el Parlamento aprobó en 1984 un Proyecto de Tratado de la Unión Europea (inspirado por un lobby de personalidades políticas muy dispares presentes en el Parlamento —el grupo *cocodrilo*, encabezado por el *criptocomunista* SPINELLI—) que pretendía evitar los escollos propios de la unanimidad intergubernamental establecidos en el entonces art. 236 del TCEE. El Parlamento pretendía establecer un sistema de aprobación de su propia iniciativa a través de una mayoría porcentual estatal y demográfica, que trascendiera dicha unanimidad, lo que significaba, no una mera reforma de los Tratados de Roma, hasta la fecha meramente retocados, sino la constitucionalización de una comunidad de integración que sucedería a las tres Comunidades.

Esta estrategia tuvo su continuidad en el Proyecto de Constitución Europea de 1993 (cuyo precedente más inmediato fue el Documento *Colombo* sobre las orientaciones relativas al Proyecto de Constitución Europea de 1990), elaborado por la Comisión de Asuntos Institucionales (Proyecto *Herman*) que tenía como pretensión, en palabras del propio documento de trabajo, suceder al «texto confuso e ilegible resultado de una negociación puramente intergubernamental» que dio lugar al Tratado de Maastricht. Dicho Proyecto debería, según el Parlamento, aprobarse de una manera radicalmente diferente a lo establecido en el art. N del Tratado, planteándose de manera opcional: A) al Parlamento le correspondería la iniciativa de elaborar un proyecto (que ya tenía hecho) y someterlo a la ratificación de los Estados; B) correspondiéndole de igual modo, la iniciativa, el proyecto se sometería a una conferencia compuesta por la instituciones y los Estados miembros, con ulterior ratificación de éstos. C) el Parlamento elabora el texto y lo somete a un congreso de parlamentos nacionales con ulterior ratificación de los Estados. D) el Parlamento y el Consejo instituyen un comité de *sabios* (similar a lo que en su día fueron los Comités *Dooge* y *Spaak*) que examina el proyecto parlamentario y dictaminan un texto definitivo a fin de que el Parlamento Europeo y los Estados, reunidos en una conferencia *institucional* sin carácter intergubernamental, lo aprueben con posterior ratificación de los últimos. En todas las opciones se mantiene la idea de que «la Constitución entraría en vigor cuando la mayoría de los Estados miembros que representaran a los 4/5 de la población lo aprobaran, y los Estados miembros que no hubieran estado en condiciones de depositar los instrumentos de ratificación dentro de los plazos fijados tendrían que escoger entre la salida de la Unión o el mantenimiento de su pertenencia a la Unión así transformada».

Más allá de que el proyecto o los proyectos parlamentarios aportaran un texto constitucional completo²², un *mínimum* que le caracterizara como tal o un mero esquema de trabajo, la realización (en paralelo a los procesos intergubernamentales de reforma sustancial de los tratados inaugurados con el Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht) por parte del Parlamento Europeo de un proceso constituyente

²² Para Francesc DE CARRERAS («Análisis del Proyecto de Constitución Europea», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 18, 1994, p. 3) «el ámbito normativo constitucional queda muy abierto y la materia constitucional, aunque muy acotada, resta inacabada con la aprobación de un texto como el del proyecto».

de sucesión de una organización internacional en una Unión Europea constitucionalizada solo podía entenderse como una aporía, cuyo único efecto sería el de orientar políticamente a los verdaderos y únicos negociadores de la reforma que eran los Estados; y, al mismo tiempo el de ocupar una posición lo más relevante posible en dichas negociación que rompiera el monopolio intergubernamental querido por los Tratados a tenor del art. 236 TCEE y, posteriormente, en el art. N del TUE, versión Maastricht.

Y es en esta última cuestión donde se produce una alteración en el procedimiento establecido en el Tratado, más allá del modesto papel que le correspondía al Parlamento a la hora de autorizar la convocatoria de la conferencia intergubernamental. Ya en 1985, en relación a la conferencia intergubernamental de Luxemburgo redactora del Acta Única Europea, el Parlamento exigió su asociación formal a la misma por la vía de la concertación, ya que el artículo 236 TCEE no dice que el Parlamento deba de ser requerido para una participación en todas las fases antes de la finalización de los trabajos, pero tampoco se dice lo contrario. Así, el Parlamento con una forzadísima interpretación «*a sensu contrario*» recurre, como no podía ser de otra manera al «espíritu de los Tratados», ya que, desde su punto de vista, si no se entiende esta pretensión se pierde de vista el hecho de que las Comunidades Europeas son una organización de demócratas y de que hay una disposición de los representantes elegidos por la ciudadanía europea. Desde la óptica parlamentaria se hacía necesaria la realización de una obra en común, por lo que la invocación al llamado «espíritu de los Tratados» había de aplicarse como criterio interpretativo al procedimiento excluyente del art. 236 TCEE²³. Sin embargo esta propuesta no se vio satisfecha en la conferencia de Luxemburgo redactora del Acta Única.

Al inicio de la tercera legislatura, el Parlamento Europeo, en su resolución de 23 de noviembre de 1989, ante la convocatoria de una nueva conferencia para reformar los Tratados, exigía su plena participación en la conferencia intergubernamental a fin de reforzar la legitimidad democrática frente a las tecnocracias auxiliares, protagonistas exclusivos de las anteriores reformas y, al mismo tiempo, convocar un congreso de parlamentos nacionales, a fin de implicarlos en la reforma. Esta idea de vincular los avances en la integración (ciudadanía, moneda, mercado integrado) al cuestionamiento de una quiebra de legitimidad política de los actores implicados en las reformas no tuvo ningún resultado efectivo. Por otro lado, el Parlamento en su resolución de abril de 1991 intentó supeditar el dictamen, de conformidad a su preceptiva asociación, a los trabajos de la conferencia de Roma encargada de reformar el tratado. El Consejo Europeo de Maastricht no aceptó esta idea de extender el dictamen de conformidad a la propia reforma, pues, como expresaba MANGAS MARTÍN²⁴, no es concebible que el Parlamento Europeo participe en la iniciativa, o

²³ Intervención del eurodiputado Egon KLEPSH, «Parlement Européen, débats. Séance 23-10-1985. JOCE nº 2-231, annexe, p. 120.

²⁴ MANGAS MARTÍN, A., «El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general», *Gaceta jurídica de la CEE*, D-17, 1992, p. 57.

en las negociaciones o que emita finalmente un dictamen de conformidad a la nueva redacción. Si se admitieran, continúa la autora, las reiteradas pretensiones del Parlamento Europeo, éste pasaría a disponer de la competencia y estaríamos ante un procedimiento de revisión netamente de Derecho constitucional, ya que la competencia sobre la competencia en materia comunitaria sólo es compartida por los gobiernos y los parlamentos de los Estados miembros de la Comunidad.

Posteriormente, la participación del Parlamento Europeo (y del Comité Económico y Social, Comité de Regiones e, incluso, del Tribunal de Justicia) se va ha manifestar de una manera un tanto modesta a través de contribuciones en forma de resoluciones al llamado *grupo de reflexión* preparatorio de la conferencia intergubernamental, lo que no implica una participación directa en ésta. La naturaleza del grupo no iba más allá de ser un colectivo de librepensadores, aunque fueran representantes personales de los presidentes de las instituciones comunitarias, reunidos de manera informal; pues su función no era la de negociar sino la de reflexionar y discutir a fin de presentar diferentes ideas y sugerencias para la revisión del Tratado²⁵. No obstante, durante la reforma que dio lugar al Tratado de Amsterdam, la presidencia italiana intentó que la conferencia admitiera a dos representantes del Parlamento Europeo en calidad de observadores. La oposición frontal de Francia y Gran Bretaña dio lugar a una solución parcial que se expresaba de tres modos diferentes: intercambios de puntos de vista antes de cada sesión del Consejo Europeo y de cada sesión ministerial con el presidente y los representantes del Parlamento Europeo; la celebración mensual de reuniones de trabajo *ad hoc* y la regular información de la presidencia al Parlamento Europeo del transcurso de las negociaciones²⁶. Ante esta limitadísima participación parlamentaria, el Parlamento eligió a los representantes ante la conferencia y logró que éstos pudieran estar presentes en su sesión inaugural, «quebrándose en favor del Parlamento de este modo el tantas veces discutido sistema de su participación»²⁷.

El sistema de convención (un tanto aparente desde la perspectiva de las categorías propias del constitucionalismo) como mecanismo de reforma de los Tratados, se establece, como es sabido, para la elaboración de la Constitución Europea, sin que esta llamada convención signifique algo más que la entrada en la elaboración del proyecto constitucional de los parlamentos nacionales y del Parlamento Europeo. En el Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001, se formaliza la pretensión de la Eurocámara de poder participar en la elaboración del Derecho originario, sobre la base del precedente de la convención creada para la elaboración de la Carta de Derechos (cuya naturaleza era la de una declaración interinstitucional). La convención es entendida como una especie de proceso constituyente previo al método intergu-

²⁵ OREJA AGUIRRE, M., «El desarrollo de la CIG», *El tratado de Amsterdam, análisis y comentarios* (Marcelino OREJA AGUIRRE –director– y Francisco FONSECA MORILLO –coordinador–), Mc. Graw Hill, Madrid 1998, Vol. I, pp. 81 a 86.

²⁶ Id., p. 95.

²⁷ Id., p. 95.

bernamental establecido en el entonces en vigor, artículo 48 TUE versión Niza. Y este carácter híbrido se va a plasmar en el artículo IV-443 del malogrado proyecto constitucional, por el cual (salvo excepciones) la convención examina las propuestas de revisión y consensua una recomendación a una conferencia de representantes de los gobiernos de los Estados miembros, la cual adoptará la reforma por unanimidad, sometiéndose ésta a los procedimientos de ratificación nacionales propio del derecho de los tratados.

Hemos de apuntar una cuestión aparentemente anecdótica, y es la concerniente al cambio *a posteriori* de la firma solemne por los Estados miembros de las disposiciones del proyecto constitucional en el marco de un Consejo Europeo que alteró la regulación de la ponderación de votos del Consejo y que derivó en una traslación de la numeración de los artículos del proyecto constitucional (que hizo inservible las múltiples y costosísimas ediciones del proyecto realizadas por la Unión Europea), erigiéndose el Consejo Europeo en reformador de la reforma, que competencialmente en absoluto le correspondía, pues debería, al menos, haberse convocado una nueva conferencia conforme al artículo 48 TUE.

El fracaso en la ratificación del proyecto constitucional originó un *impasse* en la Unión Europea, desbloqueado en el marco de la presidencia alemana, convocándose al efecto una conferencia intergubernamental en 2007 donde se renegocia o «rescata» el proyecto constitucional, pero sin recurrir al método convencional. Por el contrario, la reforma se circunscribe esencialmente a lo establecido en el artículo 48 TUE en vigor. Según GUINEA LLORENTE²⁸, «no puede decirse que los representantes de las instituciones comunitarias fueran actores de la CIG. Es cierto que las disposiciones del Consejo Europeo acuerdan la participación de tres representantes del Parlamento Europeo... sin embargo las instituciones estuvieron presentes en la fase de redacción de los acuerdos políticos pero no participaron en la verdadera negociación política, la que concluyó en 2007»; calificando la autora a esta conferencia como técnica o jurídica antes que conferencia constitucional, siendo en conclusión, esta última etapa del proceso constitucional, «la negociación más intergubernamental que ha experimentado la Unión Europea en los últimos tiempos, estando los actores europeos, instituciones, parlamentos nacionales y sociedad civil excluidos de la renegociación»²⁹.

Más allá del reconocimiento de nuevo en el Tratado de Lisboa (art. 48 TUE) del procedimiento mixto de reforma convencional e intergubernamental, lo que caracteriza al Tratado en vigor es el elenco de excepciones establecidas a dicho procedimiento, como es la posibilidad de eludir la convención «cuando la importancia de las modificaciones no lo justifique» (art. 48.3), o la posibilidad de que el Consejo

²⁸ GUINEA LLORENTE, M., «La Conferencia Intergubernamental de 2007 y la política constitucional de la Unión Europea: una conferencia técnica parte del proceso constitucional», *El Tratado de Lisboa. La salida a la crisis constitucional* (José María PÉREZ DE NANCLARES –coordinador–), Iustel, Madrid, 2008, p. 114.

²⁹ Id., pp. 115 y 116.

europeo «examine la cuestión» cuando existan problemas o «dificultades» para la ratificación por parte de los Estados, siempre que cuatro quintas partes de los Estados hayan hecho efectiva la ratificación (art. 48.4 TUE que recuerda siquiera levemente a lo establecido en los proyectos constitucionales del Parlamento Europeo con el fin de superar el principio de unanimidad en las ratificaciones). En definitiva, conceptos jurídicos indeterminados que pueden servir para que en un futuro se puedan justificar alteraciones en los procedimientos de reforma, por no hablar de los procedimientos simplificados o de las llamadas «pasarelas» (art. 48.6 y 7) que anulan cualquier posibilidad de poner en marcha el procedimiento convencional o procedimiento de revisión ordinario.

En realidad, para concluir, hemos de decir que el debate o el conflicto entre convención y conferencia expresa un mero *desideratum* de algunas de las instituciones concernidas como es Parlamento Europeo, ya que, como dice el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su Sentencia de 30 de junio de 2009 (punto 308), el procedimiento de revisión convencional, más allá de lo que a primera vista parece con el calificativo de «ordinario», se añade a los procedimientos de reforma de derecho internacional, es una mera peculiaridad institucional de la Unión Europea, siempre que los Estados miembros no queden legalmente vinculados por la convención y puedan decidir libremente cuáles de las revisiones de los Tratados desean finalmente acordar de conformidad con el Derecho internacional.

RESUMEN: La Integración Europea es de carácter jurídico internacional y también constitucional. Existen procesos de reforma intergubernamental, procesos *cuasi*constituyentes, y procesos de mutación constitucional. Estos últimos procesos han existido a lo largo de todo el proceso de integración. Las mutaciones han inspirado posteriormente los cambios en el derecho originario.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalización de la Unión Europea. Mutación constitucional. Procedimiento de concertación. Procedimiento de consulta. Reforma de los Tratados.

ABSTRACT: European integration has a legal character, international but also constitutional. There are intergovernmental reform processes, quasi constitutional processes and constitutional mutation processes. These latter processes have existed throughout the whole integration process. Mutations have inspired subsequent changes in the primary law.

KEY WORDS: Constitutionalisation of the European Union. Constitutional mutation. Concertation procedure. Consultation procedure. European Treaties reform.

LA PARTICIPACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA REFORMA DE LOS TRATADOS DE LA UNIÓN

THE PARTICIPATION OF THE INSTITUTIONS OF THE EUROPEAN UNION ON THE REFORM OF THE TREATIES OF THE UNION

ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ
Profesor Titular de Derecho administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS INSTITUCIONES EN LA REGULACIÓN DE LA REFORMA DE LOS TRATADOS ORIGINARIOS. III. LA PRIMERA REFORMA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA: UNIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS. IV. LA REVISIÓN DE LOS TRATADOS EN EL NO NATO TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA. V. EL TRATADO DE LISBOA Y LA REFORMA DE LOS TRATADOS. VI. UNA BREVE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto, como afirma un principio general de Derecho internacional, que «los Estados parte son los dueños del Tratado», no lo es menos que en el caso de los Tratados comunitarios esta afirmación debe ser matizada, siquiera sea –aun-

que no sólo, ni mucho menos, por esto¹— porque las instituciones que ellos mismos han creado han participado desde el primer momento en sus reformas.

Es verdad que quien tiene siempre la última y definitiva palabra en la reforma de los Tratados de la Unión son los Estados miembros, que son los que se comprometen con su firma. Pero, las instituciones, creadas por estos mismos tratados, participan en los procesos de reforma en diversas fases, como tendremos ocasión de analizar a lo largo de las páginas que siguen.

Se ha justificado que la intervención de las instituciones en los procedimientos de reforma de los tratados se fundamenta en la naturaleza misma de los tratados comunitarios —y en la naturaleza misma del proceso, añadimos nosotros— que al ser acuerdos de integración que disponen de una estructura institucional propia, no pueden ser revisados sin tener en cuenta a aquellos sujetos que deberán ejecutar las políticas que se confían a la Unión².

Además, esta participación —muy limitada en sus orígenes— ha ido creciendo según los Estados miembros han ido profundizando en el proceso de integración y, en consecuencia, las Comunidades Europeas —desde 1992, Unión Europea— se han ido consolidando. Si se me permite la comparación, la participación de las Instituciones europeas en el proceso de reforma de los Tratados de la Unión Europea ha ido creciendo «paso a paso» como el mismo proceso de integración.

En las páginas siguientes, daremos cuenta del papel de las instituciones en los procedimientos de revisión del Derecho originario y de la evolución del proceso de participación de las instituciones en la reforma de los tratados de la Unión Europea, que es tanto como analizar, desde un solo y concreto aspecto, el proceso de reforma de los Tratados.

Pongamos de manifiesto que no es éste un tema que haya sido abordado por la doctrina más que de manera muy superficial o, incluso, sin llegar a ser tratado. La primera gran obra global que se publicó en España en el momento de nuestra incorporación a las Comunidades Europeas ni siquiera mencionó entre los poderes de la Comisión su competencia para iniciar el procedimiento de revisión de los Tratados

¹ Existe una vieja y casi inacabable discusión acerca de si los Tratados de la Unión pueden reformarse al margen de lo dispuesto en sus propias disposiciones. De la posición que se adopte en esta controversia resultará la solución a otros temas de mayor calado como, por ejemplo, la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea frente al Derecho Internacional. No es nuestra intención entrar en este debate, pero sí recordar que son dos las posiciones que existen en la doctrina. Por un lado, un sector doctrinal estima que los procedimientos de revisión previstos en los Tratados comunitarios no son ni obligatorios ni exclusivos, ya que, en virtud de las normas de Derecho Internacional, el acuerdo de todos los Estados parte basta para su revisión (*vid.*, por ejemplo, DELIEGUE-SECARIS, M., «Révision des traits européens en dehors des procédures prévues», *Cahiers de Droit Européen*, núms. 5 y 6, 1980, pp.). Por el contrario, otro sector de la doctrina considera que toda modificación del Tratado debe realizarse de conformidad con el procedimiento de reforma previsto en el propio Tratado (*vid.*, entre otros, LOUIS, J.-V., «Quelques considérations sur la révision des traits instituant les communautés européennes», *Cahiers...*, cit., pp.).

² LOUIS, J.-V., *Ibidem*, p. 554.

comunitarios más allá de la mera referencia general al derecho de iniciativa que tiene otorgado con carácter general³.

II. LAS INSTITUCIONES EN LA REGULACIÓN DE LA REFORMA DE LOS TRATADOS ORIGINARIOS

Los Tratados fundacionales (París 1951 y Roma 1957) contenían, entre sus previsiones, disposiciones específicas que regulaban su reforma. En concreto, los artículos 96 TCECA y 236 TCEE y 204 TCEEA establecían un singular procedimiento de revisión.

Pues bien, en estos preceptos ya se contemplaba la participación de las instituciones que acaban de ser creadas. Y, así, disponían que la alta autoridad, en el primero de los tratados, y la comisión, en los otros dos, podían «proponer enmiendas al presente tratado» o «someter al consejo proyectos encaminados a la revisión del presente Tratado». Es decir, se otorgaban a estas Instituciones, que era las genuinamente comunitarias, la facultad de lanzar, como cualquier Estado miembro, un proceso que podía desembocar en la modificación del Derecho originario.

Esta iniciativa debería ser presentada, como ya se decía en el encabezamiento de los artículos de los Tratados CEE y CEEA, a otra Institución también creada en los propios Tratados: el Consejo, que es la caja de resonancia de los Estados miembros, para que emitiera un dictamen que debería pronunciarse acerca de la convocatoria un conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, que sería la encargada de estudiar y negociar sobre la propuesta de reforma planteada.

Una diferencia que se observa en estas regulaciones, es que en el sistema CECA se exige que el dictamen favorable del Consejo sea adoptado por mayoría de dos tercios, mientras que en los sistemas CEE y CEEA no se contempla ninguna mayoría cualificada, por lo que en virtud de lo dispuesto en los artículos 148 TCEE y 118 TCEEA sería suficiente la mayoría de los miembros que componen esta Institución para que ese dictamen se entienda favorable a la convocatoria del órgano que habrá de debatir la iniciativa presentada.

Además, en el ámbito de los Tratados CEE y CEEA no debía esperarse al transcurso de ningún periodo transitorio para que los sujetos legitimados para proponer la iniciativa de reforma pudieran plantearla, lo que sí sucede en el caso del Tratado CECA cuyo artículo 96 se inicia con los términos siguientes: «Transcurrido el periodo transitorio...» Y, asimismo, en este último Tratado no se exige consulta ni a la Alta Autoridad en el caso de que la iniciativa no hubiera partido de ella, sino de

³ DIEZ-PICAZO, L. M., «La Comisión de las Comunidades Europeas», *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T. I, cuando se refiere a los poderes de la Comisión Europea no hace ninguna referencia ni expresa ni implícita a la participación de esta Institución en la reforma de los Tratados, salvo la referencia general al poder de iniciación de la Comisión, pp. 130-133.

algún Estado miembro, ni de la Asamblea, lo que sí es requisito exigido en la regulación de los Tratados CEE y CEEA.

Repárese que continuamos en la fase de propuesta tanto con la participación de la Alta Autoridad o de la Comisión como con la del Consejo, pues lo único que se ha planteado –o hay encima de la mesa– es un proyecto de reforma que presentado por la Comisión, debe pronunciarse el Consejo con un dictamen favorable a la convocatoria del órgano encargado de la segunda fase o fase de negociación.

Nos encontramos, pues, ante una participación de baja intensidad –escasa, si se quiere–, pero sin que pueda tacharse de nimia o insignificante. Es verdad que su capacidad se reduce a proponer, pero también lo es que la misma participación por sí ya es importante si tenemos presente que esta facultad se les está otorgando a unas Instituciones recién creadas y, de manera más notable, a la Comisión, que respondiendo a la naturaleza *sui generis* del proceso de integración que se iniciaba y de la propia estructura institucional que se creaba, no representa a los Estados miembros de las Comunidades Europeas, sino al interés comunitario por excelencia, haciéndola verdaderamente singular como también lo era el mismo proceso de integración.

Ahora bien, no es éste el único procedimiento de reforma previsto en los Tratados fundacionales, aunque sí el más general; ni tampoco el único en el que participan las Instituciones, como vamos a exponer a continuación.

En los tres Tratados se preveía una suerte de revisión simplificada pero sólo materias concretas. Así, el voto por sufragio universal para la elección de los miembros de la Asamblea (artículos 21 TCECA, 138 TCEE y 103 TCEEA) y la sustitución de las contribuciones financieras por recursos propios en los Tratados de Roma, podían ser acordadas por decisión unánime del Consejo, a propuesta de la Asamblea y de la Comisión, respectivamente, y de la consulta a la Asamblea en el segundo caso (artículos 201 TCEE y 173 TCEEA).

Pero, todavía hay más, pues el Tratado CECA –y en esto le diferencia de los otros Tratados– contiene en los apartados 4 y 5 de su artículo 95 un «interesante»⁴ mecanismo para adaptar las competencias de la Alta Autoridad, transcurrido el periodo transitorio, «si dificultades imprevistas reveladas por la experiencia, en las modalidades de aplicación del presente Tratado, o un cambio profundo de las condiciones económicas o técnicas que afecte directamente al mercado común del carbón y del acero», lo hicieran necesario.

En ese supuesto, las propias instituciones recién creadas –y todas– eran las únicas intervinientes en este procedimiento, ya que el precepto en cuestión disponía que mediante acuerdo entre la Alta Autoridad y el Consejo, que decidiría por mayoría de cinco sextos de sus miembros, y con el dictamen del Tribunal, que deberá reconocer la conformidad de las propuestas con las disposiciones del párrafo precedente, serán

⁴ Así lo califica RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, MITRYAM, «La reforma de los Tratados: ¿es posible otra lectura constitucional?», *La Constitución Europea. Actas del III Congreso Nacional de las Asociación de Constitucionalistas de España*, Marc CARRILLO y Héctor LÓPEZ BOFILL (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 887.

tramitadas a la Asamblea y entrarán en vigor si fueran aprobadas por mayoría de tres cuartos de los votos emitidos y por mayoría de dos tercios de los miembros que componen la Asamblea.

Obsérvese la singularidad e, incluso, excepcionalidad de la disposición y, sobre todo, el papel que otorgaba al sistema institucional cuadrangular que se acababa de crear y que resultaba toda una incógnita, pero que también constituía la esperanza del mercado común del carbón y del acero que creaban.

En suma, desde los orígenes de las Comunidades Europeas nos hemos encontrado con la participación de las Instituciones (algunas o todas) en los procedimientos de revisión de los Tratados, lo que de por sí es un hecho que no dudamos en calificar sino de sobresaliente.

III. LA PRIMERA REFORMA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA: UNIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

La calificada como «primera gran reforma global» de los Tratados comunitarios, es decir, el Acta Única Europea (AUE) firmada en Luxemburgo y La Haya los días 17 y 28 de febrero de 1987, respectivamente, por los doce Estados miembros de las Comunidades Europeas no modificó los procedimientos de reforma que contenían los Tratados fundacionales y que hemos analizado en el apartado anterior.

Será la revisión siguiente de los Tratados comunitarios –y para muchos una auténtica mutación constitucional del proceso de integración–, el Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht, la que lleve a cabo la modificación de los procedimientos de reforma de los Tratados confirmando la consulta a la Comisión, en caso de que la propuesta de modificación no hubiera partido de ella, y al Parlamento Europeo, que ya recibe este nombre oficialmente. Además, prevé la consulta al Consejo del Banco Central Europeo (BCE) en caso de que la propuesta de reforma afectare a modificaciones relativas al ámbito de la Unión Económica y Monetaria (UEM) que se acababa de crear.

Así es, el artículo N TUE no disponía nada que no se conociera ni respecto al objeto de este trabajo: la participación de las Instituciones europeas en la reforma de los Tratados; ni, en general, en relación al procedimiento general de reforma de los Tratados. Atribuía a la Comisión, como ya hicieran los Tratados CECA, CEE y CEEA, la potestad de presentar una propuesta de reforma del Derecho originario; el Consejo sería el recipiendario de esa iniciativa; y éste, previa consulta al Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión, si, como hemos avanzado, la proposición de modificación no ha partido de ésta, emitirá un dictamen que, si fuera favorable a la convocatoria de una conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, daría lugar al comienzo de la fase de negociación o fase interestatal.

Como observamos, pues, lo que se limita a hacer este Tratado es unificar en un mismo procedimiento y en un único precepto lo que antes eran dos procedimien-

tos casi idénticos en tres preceptos distintos. Las diferencias que encontramos entre ellos, y que ya señalamos, con la nueva regulación desaparecen. Ahora el Consejo, tanto en el marco del sistema CECA como en el de CEE y CEEA, emitirá el dictamen favorable por mayoría simple; y, asimismo, en el ámbito de los tres Tratados se exige la consulta a la institución parlamentaria, así como a la Comisión si la iniciativa no hubiera surgido de ésta.

La reforma, como puede apreciarse, no es ni mucho menos sustancial. Se limita a la unificación del procedimiento de revisión del Derecho originario para los tres Tratados. Ahora bien, esta modificación es, en nuestra opinión, clara muestra de las maneras de actuar en el ámbito de la Unión. No hay reformas *per saltum*, sino producto de la evolución y desarrollo (a veces, lento) del proceso de integración. La política del «paso a paso» sigue siendo, también, en esta materia, una realidad.

Debemos observar que el TUE derogó expresamente el artículo 96 TCECA, pero no así el precepto anterior, que es el que contenía un procedimiento especial de reforma en el que se producía la intervención de las cuatro Instituciones que integraban el sistema institucional, por lo que continuó vigente hasta la derogación expresa de este Tratado.

De la misma manera, el TUE también modificó un procedimiento de revisión simplificada para materias concretas y mantuvo el otro. Este Tratado dio nueva redacción a los apartados 3º de los artículos 21 del TCECA; 138 TCEE y 103 TCEEA para unificar el procedimiento de reforma relativo al voto por sufragio universal para la elección de los miembros de la Asamblea, que ahora además consagraba en el Derecho originario el nombre de Parlamento Europeo. Y no llevó a cabo modificación alguna con relación a la sustitución de las contribuciones financieras por recursos propios en los Tratados de Roma, ya que ya fueron modificadas, pero mantuvo el procedimiento de revisión simplificada respecto al sistema de recursos propios que determinaba que el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones relativas al sistema de recursos propios de la Comunidad, recomendando a los Estados miembros su adopción de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

IV. LA REVISIÓN DE LOS TRATADOS EN EL NO NATO TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Ni el Tratado de Amsterdam o, como también se le ha denominado, Maastricht II, dado que el propio Tratado de Maastricht en su artículo N.2, marcaba la ocasión y la fecha para su revisión; ni el posterior Tratado de Niza que se limitó, simplemente, a hacer hueco en las instituciones a los Estados que iban a ingresar en la Unión Europea, se ocuparon de los procedimientos de revisión de los Tratados, pese a que como ya venían denunciando la doctrina comunitarista y las propias Instituciones europeas, el sistema estaba agotado.

Así es, el Tratado de Niza por una parte, puso final a un modelo iniciado en Maastricht que se agota tras sucesivas reformas⁵ y, por otra, puso de manifiesto las carencias del método intergubernamental como fórmula eficaz para reformar los Tratados y preparar la Unión Europea para la ampliación⁶. El sistema que se siguiera en las últimas modificaciones del Derecho originario de anunciar las siguientes reformas se reveló desafortunado para el proceso de construcción europea porque en realidad lo que mostró fue la ausencia de un consenso verdadero y el consiguiente retraso en la resolución de los problemas que implica una Unión con el número de miembros que tiene en la actualidad.

Sin volver a describir y analizar –por suficientemente conocido– el proceso por el que se llegó a la convocatoria de una Convención, sí debe recordarse, no obstante, que la Declaración de Laeken de 15 de diciembre de 2001 estableció una segunda fase de trabajo con la creación de una Convención sobre el futuro de Europa; e identificó a la Conferencia Intergubernamental prevista en la Declaración nº 23 del Tratado de Niza como la tercera etapa de tan trascendental proceso.

Para garantizar una preparación lo más amplia y transparente posible de la próxima Conferencia Intergubernamental y con la finalidad de examinar las cuestiones esenciales que planteaba el futuro desarrollo de la Unión, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros decidieron convocar una Convención que reuniera a todos los participantes en el proceso de integración en la que, entre otros muchos puntos de interés, destacaba que la reforma ya no habría de ser obra exclusiva de los Estados miembros en una Conferencia Intergubernamental⁷.

Sin embargo, sus resultados, pese a ser calificados –razonablemente– de éxito por algunos autores⁸, distan mucho, en mi opinión, de merecer tal calificación o, al menos, en un análisis más profundo, esa calificación exige matizaciones importantes. Debe tenerse presente que, en realidad, el trabajo de la Convención se volcó sobre la I Parte del proyecto de Constitución, pues la parte II (la Carta de Derechos Fundamentales) ya estaba hecha, la parte III se consensuó de forma precipitada, ya que el tiempo de la Convención tocaba a su fin y la parte IV, que es la que a nosotros en este trabajo nos interesa, ni siquiera llegó a debatirse en sesión plenaria.

⁵ FONSECA MORILLO, F. J., «De Berlín a Niza: panorama y lecciones», *Suplemento Boletín Europeo Universidad de La Rioja*, marzo, 2001, p. 2.

⁶ *Vid.*, por todos, POWWEL, Ch. y AREILZA DE CARVAJAL, J. M^a de, *Informe del Real Instituto Elcano sobre el Tratado Constitucional: Una aproximación española al debate sobre el futuro de la Unión Europea*, <http://www.realinstitutoelcano.org> (consultado el 11 de febrero de 2004).

⁷ Sobre este órgano, *vid.* mi trabajo «Preparación y elaboración de la Constitución para Europa: la Convención sobre el futuro de Europa», *RDUE*, nº 8, 2005, pp. 53-70.

⁸ Así se expresa MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J., «El proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre el trabajo de la Convención», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 15, 2003, p. 528.

A pesar de esto, los convencionales⁹ aprobaron un procedimiento de revisión ordinario de la Constitución en el que intervenían algunas de las Instituciones Europeas y, en concreto, aportó como novedades la inclusión del Parlamento Europeo entre los sujetos legitimados para presentar una iniciativa de reforma, a tenor de lo dispuesto en el artículo IV-443, que prevé el procedimiento de revisión ordinario; la participación de la «nueva» institución que se creaba, esto es, el Consejo Europeo¹⁰ otorgándole la potestad de adoptar una decisión favorable al examen de las modificaciones propuestas; y, por último, de nuevo el Parlamento Europeo verá incrementado sus poderes al tener que ser consultado con carácter previo a la decisión que debe adoptar el Consejo Europeo.

En realidad, el texto que el Praesidium presentó a los convencionales, en la manera tan *sui generis* que fue redactado, mantenía, en su artículo F, el procedimiento de revisión previsto en el artículo 48 TUE. No obstante –advertía– la Convención puede estudiar otras alternativas, si así lo desea, en particular la prevista actualmente para elaborar la Constitución¹¹. Es decir, el Praesidium mantenía la redacción vigente, pero animaba a su modificación en la dirección propuesta por el Grupo «Parlamentos nacionales» de que fuera una Convención como la que actuaba el órgano encargado de llevar a cabo en adelante las futuras reformas de este texto constitucional¹².

⁹ BORREL, J., CARNICERO, C. y LÓPEZ GARRIDO, D., se preguntaron cómo llamar en castellano a los miembros de la Convención ¿convencionados, convencionales o convencionistas? Nos hemos inclinado –escriben– por convencionados que guardan una relación más directa con el término diputados y que ha sido la acepción más utilizada. *Vid. Construyendo la Constitución Europea*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, 2003, pp. 33 y 34. Nosotros preferimos el término ofrecido por la Real Academia Española de la Lengua para designar al «individuo de una convención» que es el de convencional y que, además, ha sido el empleado en todos los documentos de la Convención traducidos al español. *Vid. Diccionario de Lengua Española*, vigésima edición, tomo I, p. 374.

¹⁰ Sobre esta institución, *vid.*, mi trabajo «La “nueva” institución de la Unión: el Consejo Europeo», *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., y VILLAR ROJAS, F. J., La Ley, 2011, pp. 135-163.

¹¹ *Vid.* CONV 647/03. Bruselas, 2 de abril de 2003, pp. 2 y 5. El texto propuesto era del tenor siguiente:

Artículo F: Procedimiento de revisión del Tratado Constitucional:

El Gobierno de cualquier Estado miembro, o la Comisión, podrá presentar al Consejo proyectos de revisión del Tratado constitucional, que se notificarán a los parlamentos nacionales.

Si el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión, emite un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ésta será convocada por el Presidente del Consejo, con el fin de que se aprueben de común acuerdo las modificaciones que deban introducirse en el Tratado Constitucional. En el caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario. Se consultará también al Consejo del Banco Central Europeo.

Las enmiendas entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

¹² La propuesta presentada por el grupo de trabajo señalado en el texto consistía en la adición del siguiente segundo párrafo: «Podrá preparar la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de

No se tardó mucho en aceptar esta sugerencia y, en consecuencia, en la sesión plenaria de 24 y 25 de abril de 2003, ya se indicó que la gran mayoría de convencionales eran partidarios de añadir el párrafo propuesto por el grupo «Parlamentos nacionales»; así como, por parte de algunos, se concediera también al Parlamento Europeo el derecho de iniciativa para modificar la Constitución; y otros abogaron por la atribución igualmente a los parlamentos nacionales de este derecho de iniciativa¹³.

El Praesidium elaboró un texto recogiendo estas sugerencias de los convencionales¹⁴, esto es, añadió la posibilidad de que el Parlamento Europeo tuviera iniciativa de revisión y que las revisiones de la Constitución fueran aprobadas por una CIG preparada por una Convención con la composición que hemos indicado en líneas anteriores. Además, éste órgano propuso que este procedimiento no se aplicara cuando la envergadura de las modificaciones no lo justificuen, por lo que el Consejo Europeo, en este caso, debería establecer claramente el mandato de la CIG.

Por lo que respecta a la posibilidad de establecer unos métodos de revisión distintos, según las partes del Tratado, que abordamos por lo que de interés tiene para el objeto de nuestro trabajo, el Praesidium no lo aceptó, pues alguna parte de las disposiciones de la Parte III estaban estrechamente ligadas a las de la I, por lo que debería aplicárseles el mismo procedimiento de revisión y, por otra parte, el establecimiento de procedimientos de revisión diferentes para las Partes I y III pondría en peligro la estructura del Tratado, puesto que provocaría que se pidiera que ciertos ámbitos de la Parte III se trasladaran a la I. No obstante, para atender el deseo de que en algunos casos se establecieran unos procedimientos de revisión más flexibles, el Praesidium consideraba preferible prever la posibilidad de revisión simplificada (Consejo por unanimidad, con dictamen del Parlamento Europeo, sin ratificación de los parlamentos nacionales) para determinadas disposiciones de la Parte III que no afectaría a los objetivos, valores y competencias de la Unión.

Y, finalmente, en cuanto a la entrada en vigor de las futuras modificaciones del Tratado proponía se mantuviera la unanimidad, pues estimaba inaceptable, en términos políticos, el establecimiento de un umbral de ratificación para la entrada en vigor del Tratado que no fuera la regla general establecida hasta ahora.

A la postre, este texto del Praesidium fue el que sirvió para la redacción definitiva del artículo IV-7, que la Convención sobre el futuro de Europa aprobaría por «consenso».

los Estados miembros una Convención convocada por el presidente del Consejo Europeo y compuesta por representantes de los parlamentos nacionales, de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros y del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Al término de sus trabajos, la Convención adoptará por consenso una recomendación destinada a la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros». La posición del grupo Parlamentos nacionales puede verse en su Informe final, CONV 353/02. Bruselas, 22 de octubre de 2002, p. 15.

¹³ CONV 696/03. Bruselas, 30 de abril de 2003, p. 11.

¹⁴ CONV 728/03. Bruselas 26 de mayo de 2003, pp. 4, 10 y 11.

Por lo que a nosotros nos interesa, las innovaciones que introduce son, como hemos destacado, la legitimación al Parlamento Europeo para proponer proyectos de revisión del Tratado; la participación de éste, a través del procedimiento de consulta, en la decisión que deberá adoptar el Consejo Europeo respecto a la oportunidad de examinar las modificaciones propuestas; y, por último, la intervención de esta última Institución a través de la adopción por mayoría simple de una decisión favorable a la convocatoria de una Convención, que compuesta por representantes de los parlamentos nacionales de los Estados miembros, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento y de la Comisión, examinará los proyectos de revisión y adoptará por consenso una recomendación a la CIG.

También preveía la participación del Consejo Europeo y del Parlamento Europeo en la decisión de no convocar una Convención si las modificaciones de los Tratados que se pudieran introducir no revistieran una importancia que justificara la intervención de aquel órgano.

En definitiva, la participación de las Instituciones Europeas –fundamentalmente el Parlamento Europeo– se incrementaba de manera notable en este nuevo procedimiento aprobado por la Convención, sin disminuir por ello el decisivo papel de los Estados miembros. No es de extrañar, pues, que esta Institución se congratulara de que dispusiera en lo sucesivo del derecho de proponer modificaciones constitucionales y, además, de dar su aprobación a cualquier iniciativa destinada a modificar la Constitución sin convocar una Convención¹⁵.

Convocada la CIG prevista en la Declaración nº 23 del Tratado de Niza, un número importante de delegaciones consideró excesivamente engorroso y poco realista el procedimiento de revisión propuesto por la Convención y se mostraron partidarias de introducir alguna fórmula de revisión más ágil y flexible para determinados ámbitos del Tratado como era el caso de la Parte III dedicada a las Políticas de la Unión.

La cuestión que a nosotros nos atañe no se abordó hasta que el 11 de noviembre de 2003 la Presidencia italiana elaboró un documento que, bajo el título «Revisión del Tratado»¹⁶, proponía contemplar un sistema más ágil para modificar determinadas partes del Tratado, definidas específicamente, en determinadas condiciones donde otorgaba un mayor peso a alguna Institución de la Unión, singularmente al Consejo Europeo que es como decir a los Estados miembros. Este mecanismo, en concreto, establecía que el Gobierno de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión podrían presentar propuestas de revisión de las disposiciones en cuestión ante el Consejo Europeo. En suma, como vemos, nada nuevo incorpora que no conociéramos. Ahora es el Consejo Europeo el que decidirá por unanimidad.

¹⁵ Resolución C5-0340/2003, del Parlamento Europeo sobre el proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, y que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la convocatoria de una Conferencia Intergubernamental.

¹⁶ CIG 46/03. Bruselas, 11 de noviembre de 2003.

El cónclave ministerial de Nápoles no modificará esta propuesta¹⁷. De la misma manera que tampoco lo hará la presidencia irlandesa que únicamente propondrá una modificación menor consistente en otorgar al Parlamento Europeo el derecho a aprobar la decisión adoptada con el procedimiento simplificado de revisión que, por otro lado, no será tomada en consideración¹⁸.

Así las cosas, el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa contemplaba, como sabemos, un procedimiento de revisión ordinaria (artículo IV-443), otro revisión simplificada (artículo IV-444) y un tercero de revisión simplificado relativo a las políticas y acciones internas de la Unión (artículo IV-445).

Tanto en el procedimiento de revisión ordinaria como en el simplificado relativo a políticas y acciones internas de la Unión, la iniciativa corresponde, además de a los Gobiernos de los Estados miembros, al Parlamento Europeo y a la Comisión, quienes podrán presentar ante el Consejo proyectos de revisión del Tratado, o ante el Consejo Europeo si se trata de proyectos de revisión de la totalidad o parte de las disposiciones del Título III de la Parte III del Tratado.

Además, el Parlamento Europeo deberá ser consultado por el Consejo Europeo antes de que éste adopte una decisión respecto del examen de las modificaciones propuestas (apartado 2º del artículo IV-443) o en relación a las decisiones que adopte de modificación de disposiciones si se trata de la revisión simplificada de las políticas y acciones de la Unión (apartado 2 del artículo 445). Y se deberá contar con su aprobación si el Consejo Europeo pretende no convocar una Convención previa a la CIG por la escasa importancia de las modificaciones propuestas (artículo IV-443.2, párrafo final).

En esta reforma de los procedimientos de revisión que lleva a cabo el *no nato* Tratado Constitucional destacamos, una vez más, el importante incremento de la participación del Parlamento Europeo –largamente demandada– en esta materia. Esta es, por lo que al objeto de nuestro trabajo se refiere, la principal novedad.

V. EL TRATADO DE LISBOA Y LA REFORMA DE LOS TRATADOS

No es nuestra intención, pues se excede de los límites que nos hemos marcado, exponer y analizar los procedimientos de revisión regulados en el Tratado de Lisboa de 2007. Nuestro objeto –más modesto– sigue siendo resaltar la participación de las Instituciones Europeas en estos procedimientos.

Se ha escrito –con razón, en mi opinión– que el Tratado de Lisboa no es sino el *no nato* Tratado anterior desprovisto de toda simbología constitucional¹⁹. Y una

¹⁷ CIG 52/03. Bruselas, 25 de noviembre de 2003.

¹⁸ CIG 73/04. Bruselas, 24 de abril de 2004.

¹⁹ En este sentido, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Hacia un nuevo Tratado europeo: de cómo recuperar la esencia del Tratado constitucional sin que realmente lo parezca», *ARI*, núm.

prueba irrefutable de esta afirmación lo constituye, a mi juicio, el tema que a nosotros nos ocupa.

En efecto, ahora es sólo un precepto el que regula los procedimientos de revisión de los Tratados (el artículo 48 TUE) y lo hace, prácticamente, de la misma manera que lo hacía el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Así, por lo que respecta al procedimiento ordinario de revisión, en primer término, sigue disponiendo que la Comisión y el Parlamento Europeo –junto con cualquier Estado miembro– son las instituciones legitimadas para presentar al Consejo proyectos de revisión de los Tratados, que serán remitidos por el Consejo al Consejo Europeo y notificados a los Parlamentos nacionales.

Asimismo, sigue estableciendo que el Consejo Europeo antes de adoptar una decisión favorable al examen de las modificaciones propuestas deberá consultar, con carácter previo, al Parlamento Europeo y a la Comisión.

También, continúa señalando que el Consejo Europeo deberá contar con la participación del Parlamento Europeo para decidir acerca de la no convocatoria de una Convención cuando la importancia de las modificaciones no lo justifique. Pero, ahora, esa participación de la institución parlamentaria es de mayor intensidad que la prevista en el Tratado Constitucional. Si en aquél, para que el Consejo Europeo adoptara su decisión, era suficiente la consulta; en éste se exige la previa aprobación del Parlamento Europeo, recogándose de esta manera la propuesta de la presidencia irlandesa a que hicimos referencia en páginas anteriores y que no fue admitida por la CIG 2003-2004.

En cuanto a los procedimientos de revisión simplificados, siguen siendo Parlamento Europeo y Comisión las instituciones que pueden presentar al Consejo Europeo, en este caso, proyectos de revisión de la totalidad o parte de las disposiciones de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), relativas a las políticas y acciones internas de la Unión. Y siguen siendo estas mismas instituciones las que deben ser consultadas con anterioridad a que el Consejo Europeo se pronuncie por unanimidad sobre la revisión planteada.

Y, por último, en relación a las denominadas «pasarelas» (los otros procedimientos de revisión simplificados), sólo se contempla la participación del Parlamento Europeo, con sobresaliente intensidad, antes de que el Consejo Europeo se pronuncie por unanimidad, ya que requiere la aprobación de esta institución. Para la adopción de las decisiones contempladas en los párrafos primero o segundo del apartado 7 del artículo 48 TUE, es decir, para pasar en un determinado ámbito de la unanimidad prevista en el Tratado a la mayoría cualificada o para adoptar un

76/2007, 9-7-2007, pp. 3 y ss., en <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal> (visitado el día 7 de junio de 2009).

ALONSO GARCÍA, R., «Estudio preliminar», en *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*, 1ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 45, habla de «desconstitucionalización formal del proceso iniciado en 2002» y, más adelante, de «operación de desmarque».

acto por el procedimiento legislativo ordinario cuando el Tratado dispone que lo deberá ser por el especial, el Parlamento Europeo debe aprobarlo por mayoría de los miembros que lo componen antes de que el Consejo Europeo se pronuncie por unanimidad.

Como vemos, pues, el Tratado de Lisboa ha ratificado la creciente y decisiva participación del Parlamento Europeo en esta materia de revisión de los Tratados de la Unión Europea. Consejo Europeo y Parlamento Europeo, es decir, la que hemos calificado de «nueva» institución de la Unión que es quien representa a los Estados miembros a su máximo nivel político y representativo y el Parlamento Europeo, «compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión» son las dos instituciones europeas que tienen un papel más activo en la revisión de los Tratados. Y, sobre todo, debe destacar al Parlamento Europeo que, una vez más, ha demostrado su capacidad para ir incrementando sus poderes.

VI. UNA BREVE CONCLUSIÓN

Como observamos, el camino recorrido hasta aquí en esta materia ha sido muy similar al que ha llevado el Parlamento Europeo a ser hoy una institución colegisladora, pues, en buena medida, algunas decisiones en materia de revisión de los Tratados de la Unión Europea deben ser adoptadas de común acuerdo entre Consejo Europeo y Parlamento Europeo, lo que nos lleva a afirmar, aunque el Tratado de Lisboa lo haya suprimido, que la doble legitimidad en que se asienta la Unión Europea (la de los Estados miembros y la de los ciudadanos) también se manifiesta en esta cuestión como en tantas otras relativas al procedimiento legislativo.

Quienes han afirmado que con el Tratado de Lisboa ha habido un «escoramiento intergubernamental»²⁰, a mi juicio, se equivocan. Cada vez que ha concluido una reforma de la Unión nos ha gustado a todos decir quién ha perdido y quién ha ganado. GISCARD D'ESTAING se presentó en el Consejo Europeo de Salónica de 19 y 20 de junio de 2003 afirmando que el gran ganador de nuestra Constitución había sido el Parlamento Europeo²¹. En mi opinión, ésta, como las anteriores reformas, no altera el triángulo institucional creado por los padres fundadores; antes, al contrario, se ha cuidado de preservar, como se ve en esta materia que hemos abordado, el equilibrio fundamental entre sus tres componentes y, sobre todo, entre Estados miembros y ciudadanos de la Unión, representados por el Consejo Europeo y por Parlamento Europeo, respectivamente.

²⁰ MANGAS MARTÍN, A., «El escoramiento intergubernamental de la Unión», *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., Iustel-AEPDIRI, Madrid, 2008, pp. 279-239.

²¹ *Vid.*, <http://european-convention.eu.int/docs/speeches/9608.pdf>, p. 11 (visitado el día 15 de junio de 2010).

RESUMEN: Desde su aprobación, los Tratados fundacionales han contemplado la participación de las Instituciones que creaban en los procedimientos de revisión de los Tratados. En este trabajo se estudia el papel que han tenido las Instituciones en estos procedimientos y siguiendo un orden cronológico se desgana la cada vez mayor participación, sobre todo, del Parlamento Europeo en esta materia, muy al compás del proceso de integración europea.

Sin duda, debe calificarse de singular y sobresaliente, desde el primer momento, el hecho de que los hacedores de los Tratados constitutivos proveyeran la participación de las Instituciones que acababan de crear en los procedimientos de reforma previstos, aunque sólo fuera en su fase de propuesta.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, Tratados comunitarios, Instituciones europeas, Procedimientos de reforma.

ABSTRACT: Since its adoption, the founding Treaties have considered the participation of the institutions they created in the Treaties revision procedures. This paper examines the role that institutions have played in these procedures, and furthermore, in particular, we will analyse in a chronological order the increasing participation of the European Parliament in this matter, in time to the European integration process.

From the first moment, it certainly should qualify as unique and outstanding, the fact that the makers of the founding Treaties allowed those institutions that had just created to take part in the revision procedures, even if it only were during the proposal stage.

KEY WORDS: European Union, EU Treaties, EU institutions, revision procedures.

LA REFORMA DEL PROTOCOLO N° 36 SOBRE DISPOSICIONES TRANSITORIAS, ANEJO AL TRATADO DE LISBOA

THE PROTOCOL AMENDING THE PROTOCOL ON TRANSITIONAL PROVISIONS ALS. ANNEXED TO THE TREATY OF LISBON

PILAR MELLADO PRADO
Profesora Titular de Derecho constitucional
UNED

El primer intento de reformar el sistema de revisión de los Tratados de la Unión Europea se encuentra en el frustrado Tratado Constitucional de 2004. La reforma prevista no era en absoluto radical, sino que se enmarcaba dentro de la continuidad¹, si bien introducía en el artículo IV-443.2 un avance considerable: la formalización jurídica del método convencional en el procedimiento de revisión ordinario, un método que ya se había utilizado en el procedimiento de elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000) y en el de la propia Constitución Europea.

El método convencional iniciaba una nueva etapa en el proceso de integración europea, al constituir un nuevo método de reforma de los Tratados, un método híbrido entre el Derecho diplomático del siglo XIX, es decir, de la negociación de los Tratados a puerta cerrada, y el inicio de la participación activa en el debate de la reforma de instituciones que sólo difícilmente podían hacerse oír en épocas anteriores, como el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales, e incluso, al menos aparentemente, la sociedad civil.

¹ Véase URREA, M.: «Los procedimientos de reforma de los Tratados comunitarios y la entrada en vigor del Tratado Constitucional», en *Revista General de Derecho Europeo*, n° 13, 2007.

Porque el acertado diagnóstico que llevó a lanzar el proceso constitucional estaba claro en la *Declaración de Laeken*: «Los ciudadanos consideran que las cosas se hacen demasiado a menudo a sus espaldas y desean un mayor control democrático»². Para salvar esta distancia preocupante entre instituciones y ciudadanos se proponía una revisión a fondo del método de reforma de los Tratados.

De esta forma, por primera vez en la historia de la Unión Europea, el proceso de reforma de los Tratados no sería obra exclusiva de los Estados miembros en una Conferencia Intergubernamental, aunque evidentemente éstos siempre tendrían la última palabra.

Pero todos conocemos los acontecimientos que siguieron a los resultados negativos de los referendos sobre el Tratado Constitucional celebrados en Francia y Holanda en 2005. Los restos del naufragio se recogieron en el *Tratado de Lisboa* de 13 de diciembre de 2007, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009.

Pues bien, el artículo 48.2 y 3 del *Tratado de la Unión Europea* reproduce el apartado segundo del artículo IV-443 de la *non nata* Constitución Europea:

«2. El Gobierno de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión podrán presentar al Consejo³ proyectos de revisión de los Tratados. Estos proyectos podrán tener por finalidad, entre otras cosas, la de aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados. El Consejo remitirá dichos proyectos al Consejo Europeo y los notificará a los Parlamentos nacionales.

3. Si el Consejo Europeo, previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, adopta por mayoría simple una decisión favorable al examen de las modificaciones propuestas, el Presidente del Consejo Europeo convocará una Convención compuesta por representantes de los Parlamentos nacionales, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión. Cuando se trate de modificaciones institucionales en el ámbito monetario, se consultará también al Banco Central Europeo. La Convención examinará los proyectos de revisión y adoptará por consenso una recomendación dirigida a una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros según lo dispuesto en el apartado 4.

El Consejo Europeo podrá decidir por mayoría simple, previa aprobación del Parlamento Europeo, no convocar una Convención cuando la importancia de las modificaciones no lo justifique. En este último caso, el Consejo Europeo establecerá un mandato para una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros».

Así pues, la propuesta de la Convención no es un trámite necesario puesto que el Consejo Europeo puede, con la aprobación previa del Parlamento Europeo, y cuando la importancia de las modificaciones propuestas no lo justifique, prescindir de la convocatoria de la Convención.

² *Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea*, adoptada por el Consejo Europeo el 15 de diciembre de 2001.

³ El artículo 48 no especifica una formación particular del Consejo al que enviar el proyecto de revisión de los Tratados. El Gobierno español dirigió su propuesta de reforma de los Tratados a la Secretario General del Consejo, que envió la propuesta al COREPER. El Consejo de Asuntos Generales trató dicha propuesta en su reunión de 7 de diciembre de 2009 y la remitió al Consejo Europeo de 11 de diciembre de 2009.

La reforma del *Protocolo nº 36 sobre las disposiciones transitorias*, anejo al TUE, al TFUE y al TEURATOM, es la primera reforma que ha entrado en vigor del Tratado de Lisboa, y en su versión original, es decir, la aprobada el 13 de diciembre de 2007, disponía en su artículo 2:

«Con tiempo suficiente antes de las elecciones parlamentarias europeas de 2009, el Consejo Europeo adoptará, de conformidad con el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 14 del Tratado de la Unión Europea, una decisión por la que se fije la composición del Parlamento Europeo».

Según lo dispuesto en el artículo 14 TUE, el Parlamento Europeo «estará compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión cuyo número no excederá de 750, más el Presidente. La representación de los ciudadanos será decrecientemente proporcional, con un mínimo de 6 diputados por Estado miembro y no se asignará a ningún Estado miembro más de 96 escaños».

Corresponde al Consejo Europeo adoptar por unanimidad, a iniciativa del Parlamento Europeo y con su aprobación, una decisión por la que se fije la composición del Parlamento Europeo, de acuerdo con los principios que hemos señalado.

En tal sentido, y de acuerdo con la *Resolución del Parlamento Europeo de 11 de julio de 2007 sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental*⁴, los eurodiputados A. LAMASSOURE y A. SEVERIN (de la Comisión de Asuntos Constitucionales) fueron los encargados de redactar un informe sobre la composición del Parlamento Europeo de acuerdo con el Tratado de Lisboa⁵.

En este informe, adoptado mediante Resolución del Parlamento Europeo el 11 de octubre de 2007⁶, el Parlamento considera que «el *principio de proporcionalidad decreciente* –no definido en el Tratado de Lisboa– significa que la proporción entre la población y el número de escaños de cada Estado miembro deberá variar en función de su población respectiva, de tal forma que cada diputado de un Estado miembro más poblado represente a más ciudadanos que cada diputado de un Estado miembro menos poblado y a la inversa; pero también que ningún Estado menos poblado tendrá más escaños que un Estado más poblado».

Aunque LAMASSOURE y SEVERIN precisaron con rigor el significado de la proporcionalidad decreciente, no se plantearon una importante cuestión: ¿es posible en-

⁴ *Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental (CIG)*: dictamen del Parlamento Europeo (artículo 48 del Tratado de la Unión Europea) (11222/2007 – C6-0206/2007 – 2007/0808(CNS)).

⁵ *Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo sobre la composición del Parlamento Europeo 2009/2014*, Ponentes: Alain LAMASSOURE y Adrian SEVERIN (A6-0351/2007, de 3 de octubre de 2007).

⁶ *Resolución del Parlamento Europeo de 11 de octubre de 2007, sobre la composición del Parlamento Europeo (DO C 227, de 4 de septiembre de 2008)*.

contrar siempre –es decir, para cualquier población y cualquier tamaño del Parlamento Europeo– un reparto que cumpla ese criterio? La respuesta es no⁷.

Además, hay que señalar que el Consejo Europeo no llegó a adoptar la Decisión relativa a la composición del Parlamento Europeo cuyo Proyecto se incluía como Anexo de la citada Resolución del Parlamento Europeo de 11 de octubre de 2007 (Informe Lamassoure-Severin) si bien el Consejo Europeo dio su aprobación política a la propuesta del Parlamento a través de la *Declaración n° 5 aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que adaptó el Tratado de Lisboa*⁸.

Composición del Parlamento Europeo (Legislatura 2009-2014) según el Informe Lamassoure-Severin

País	Eurodiputados
Alemania	96
Reino Unido	73
Francia	74
Italia	73
España	54
Polonia	51
Rumania	33
Países Bajos	26
Grecia	22
Portugal	22
Bélgica	22
R. Checa	22
Hungría	22
Suecia	20
Austria	19
Bulgaria	18
Eslovaquia	13
Dinamarca	13
Finlandia	13
Irlanda	12
Lituania	12
Letonia	9
Eslovenia	8
Estonia	6
Chipre	6
Luxemburgo	6
Malta	6
TOTAL	751

⁷ Véase RAMÍREZ-GONZÁLEZ, V. «El informe de Lamassoure-Severin acerca de la composición del Parlamento Europeo para 2009: crítica y alternativa», en *Real Instituto Elcano*, ARI N° 106/2007, 8-10-2007.

⁸ *Declaración n° 5 relativa al acuerdo político del Consejo Europeo sobre el proyecto de Decisión relativa a la composición del Parlamento Europeo*, DO C 8, de 30 de marzo de 2011.

A mi juicio, la composición del Parlamento con un número tan elevado de miembros –751– no facilitará el funcionamiento interno de la Cámara. Y además, esta nueva redistribución de escaños amenaza con no ser la última porque, en el fondo, no contentó a casi nadie. Muchas de las dificultades con las que se enfrenta la regulación de las instituciones europeas radican en la especificidad del propio sistema político europeo. Por eso, a pesar de que el Parlamento Europeo representa a los ciudadanos en el marco institucional de la Unión, su composición está concebida de un modo que nunca ha sido estrictamente proporcional al número de habitantes de los Estados miembros. En consecuencia, el valor y el peso de los votos de los ciudadanos de los diferentes países no es igual.

La única solución satisfactoria desde una perspectiva democrática sería la proporcionalidad integral, de tal manera que todos los diputados representarían entonces al mismo número de habitantes. Pero la elección ha sido otra, *la proporcionalidad decreciente*, y por tanto, la puerta de la reforma sigue abierta. En este sentido, la propia Resolución del Parlamento Europeo antes citada recomienda que, a la luz de la aplicación del nuevo Tratado, y en la perspectiva de la entrada en vigor en 2014 de otras disposiciones institucionales que éste prevé –como la doble mayoría en el sistema de votación en el Consejo– se inicie una reflexión sobre el establecimiento de un sistema de representación más equitativo y más estable de los ciudadanos en el Parlamento europeo, que permita, por un lado, afrontar los nuevos retos que se plantearán a largo plazo, en particular con ocasión de futuras adhesiones, y por otro, corregir posibles desigualdades de trato que se explican por razones históricas. Además, el Parlamento Europeo considera imprescindible revisar –con tiempo suficiente antes de cada nueva elección del Parlamento Europeo– las variaciones demográficas.

Pero no se contaba con el hecho de que el referéndum celebrado en Irlanda en junio de 2008 para ratificar el Tratado de Lisboa se saldara con un resultado negativo, no permitiendo que el Tratado entrara en vigor antes de las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2009.

De esta forma, cuando se celebran las elecciones al Parlamento Europeo del 4 al 7 de junio de 2009, al no haber entrado en vigor el Tratado de Lisboa, se mantiene la composición del Parlamento previa a aquél, de tal manera que en las citadas fechas se eligen 736 «*representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad*» de acuerdo con el Tratado de Niza y las Actas de Adhesión de los doce nuevos Estados miembros que se incorporan a la Unión en 2004 y 2007:

Legislatura UE-27. 2009/2014

País	Eurodiputados
Alemania	99
Reino Unido	72
Francia	72
Italia	72
España	50
Polonia	50
Rumanía	33
Países Bajos	25
Grecia	22
Portugal	22
Bélgica	22
R. Checa	22
Hungría	22
Suecia	18
Austria	17
Bulgaria	17
Eslovaquia	13
Dinamarca	13
Finlandia	13
Irlanda	12
Lituania	12
Letonia	8
Eslovenia	7
Estonia	6
Chipre	6
Luxemburgo	6
Malta	5
TOTAL:	736

Para evitar el desequilibrio que se producía al ser efectivos otros elementos del Tratado pero no la nueva composición del PE, el *Consejo Europeo de diciembre de 2008*, en una Declaración⁹ –que fue ratificada por un acuerdo político del *Consejo*

⁹ *Consejo Europeo de Bruselas de 11 y 12 de diciembre de 2008*, Conclusiones de la Presidencia, Anexo I, p. 14 (17271/1/08, REV 1) Bruselas, 13 de febrero de 2009.

*Europeo de junio de 2009*¹⁰- dispuso que «en caso de que el Tratado de Lisboa entre en vigor después de las elecciones europeas de junio de 2009, se adoptarán medidas transitorias lo antes posible, con arreglo a los procedimientos jurídicos necesarios, con objeto de aumentar, hasta finales de la legislatura 2009-2014, de conformidad con las cifras previstas en el marco de la CIG que aprobó el Tratado de Lisboa, el número de diputados al Parlamento Europeo de los doce Estados miembros cuyo número de diputados se incrementaba. Por consiguiente, el número total de diputados pasará de 736 a 754 hasta finales de la legislatura 2009-2014. El objetivo es que esta modificación entre en vigor, a ser posible, durante el año 2010».

Unos meses más tarde, el Gobierno español presentó al Consejo Europeo de diciembre de 2009 (a través del Consejo de Asuntos Generales)¹¹ un proyecto de revisión de los Tratados en lo relativo a las disposiciones transitorias sobre la composición del Parlamento Europeo.

La propuesta española de modificar el Protocolo nº 36, anejo al Tratado de Lisboa, tenía como finalidad permitir a aquellos Estados miembros –cuyo número de diputados hubiera sido superior si el Tratado de Lisboa hubiera entrado en vigor antes de las elecciones al Parlamento Europeo de 2009– disponer de ese número de escaños adicionales y poder cubrirlos cuanto antes.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.3 párrafo 2º del TUE, el Consejo Europeo solicitó al Parlamento Europeo su aprobación para no convocar una Convención y adoptar la modificación del Protocolo nº 36 en el marco de una Conferencia Intergubernamental.

Además, entendiendo que la reforma no versaba sobre aspectos sustanciales de los Tratados, El Parlamento Europeo, en su *Decisión de 6 de mayo de 2010*¹², dio su aprobación al Consejo Europeo para modificar el Protocolo nº 36 en el marco de una conferencia intergubernamental, sin convocar una Convención, basándose en dos consideraciones:

1ª. Que las dos Convenciones anteriores fueron convocadas para tratar asuntos capitales relacionados con el futuro de la Unión Europea, a saber, por un lado, la redacción de un texto que recogiera los principios y los derechos fundamentales comunes a todos los europeos, y, por otro, la reforma de la arquitectura institucional europea.

2ª. Que la propuesta del Consejo Europeo de no convocar una Convención y de adoptar la modificación del Protocolo en el marco de una conferencia intergubernamental, habida cuenta de los precedentes, era razonable ya que sólo se trataba de

¹⁰ Consejo Europeo de Bruselas de 18 y 19 de junio de 2009, Conclusiones de la Presidencia (11225/09) Bruselas, 19 de junio de 2009.

¹¹ El Gobierno español dirigió su propuesta de reforma de los Tratados a la Secretaria General del Consejo, que envió la propuesta al COREPER. El Consejo de Asuntos Generales trató dicha propuesta en su reunión de 7 de diciembre de 2009.

¹² *Decisión del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010, sobre la propuesta del Consejo Europeo de no convocar una convención para la revisión de los Tratados en relación con las medidas transitorias sobre la composición del Parlamento Europeo (DO C 81, de 15 de marzo de 2011).*

aprobar una modificación transitoria y de alcance limitado de las disposiciones previstas en el Tratado UE sobre la composición del Parlamento Europeo.

Por otra parte, el artículo 48.3 del TUE exige también al Consejo Europeo que consulte previamente al Parlamento Europeo y a la Comisión sobre la propuesta de modificación de los Tratados, en nuestro caso, del Protocolo nº 36. Y así se hizo.

El dictamen de la Comisión Europea de 28 de abril de 2010 sobre la propuesta del Gobierno español fue favorable, al considerar la Comisión que dicha propuesta reflejaba el acuerdo político del Consejo Europeo de diciembre de 2008 para que los 18 diputados suplementarios asumieran sus funciones sin demora. Además, la Comisión recomendaba la apertura de una Conferencia Intergubernamental tan pronto como fuera posible, limitándose a tratar el asunto de los diputados suplementarios.

Asimismo, *el Parlamento Europeo en su Resolución de 6 de mayo de 2010*¹³, otorgaba su acuerdo para la convocatoria de una Conferencia Intergubernamental, siempre que ésta tratara únicamente el asunto preciso de la adopción de medidas sobre la composición del Parlamento Europeo para el resto de la legislatura 2009-2014, y subrayando que esas medidas transitorias tuvieran un carácter excepcional vinculado a las circunstancias particulares de la ratificación del Tratado de Lisboa, sin que pudieran constituir en ningún caso un precedente para el futuro.

En la Resolución citada, el PE acordaba que se eligiera a los 18 diputados suplementarios para el resto de la legislatura 2009-2014, insistiendo en que esos 18 diputados habrían de asumir sus cargos en el Parlamento al mismo tiempo, para no alterar el equilibrio de nacionalidades en la Cámara.

Teniendo en cuenta que, en virtud del artículo 5 del Acta de 1976¹⁴, no es posible interrumpir el mandato de un diputado en el transcurso de la legislatura y, por lo tanto, tampoco lo era reducir en 3 el número de diputados con que la delegación alemana cuenta actualmente en el Parlamento Europeo (de 99 a 96) y que la gran mayoría de Estados miembros habían designado ya a sus diputados suplementarios de acuerdo con sus sistemas electorales específicos y con las Conclusiones de la reunión del Consejo Europeo de los días 18 y 19 de junio de 2009, el Parlamento recordaba que el número total de diputados al Parlamento Europeo ascendía a 754, y que esta superación de la cifra de 751 prevista por el Tratado de Lisboa hacía necesaria una modificación del Derecho originario.

Además, el Parlamento Europeo modificó el 25 de noviembre de 2009 su Reglamento interno con el fin de prever la llegada, en calidad de observadores, de los diputados suplementarios a la espera de la entrada en vigor de las medidas que les permitieran ocupar su escaño.

¹³ *Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010*, sobre el proyecto de Protocolo por el que se modifica el Protocolo nº 36 sobre las disposiciones transitorias relativas a la composición del Parlamento Europeo para el resto de la Legislatura 2009/2014 (DO C 81, de 15 de marzo de 2011).

¹⁴ *Acta relativa a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo*, de 20 de septiembre de 1976 (76/787/CECA, CEE, Euratom) DO L 278, de 8 de octubre de 1976.

El 17 de junio de 2010, el Consejo Europeo decidió, sustanciados los trámites previos exigidos por los Tratados, que una Conferencia Intergubernamental examinara las modificaciones del artículo 2 del Protocolo nº 36 sobre disposiciones transitorias, anejo al TUE, al TFUE y al TEURATOM, en lo relativo a la composición del Parlamento Europeo¹⁵.

En consecuencia, la Presidencia española del Consejo procedió a convocar la Conferencia Intergubernamental el 23 de junio de 2010 en el nivel de Representantes Permanentes de los Estados miembros, los cuales dieron su aprobación formal al Protocolo de modificación y procedieron a su firma inmediata¹⁶. La firma *ad referendum* del Embajador/Representante Permanente de España había sido previamente aprobada en Consejo de Ministros.

Por la Ley Orgánica 9/2010, de 22 de diciembre¹⁷, se autorizó la ratificación por España del Protocolo por el que se modifica el Protocolo nº 36, firmado en Bruselas el 23 de junio de 2010. Y finalmente, el Instrumento de Ratificación del Protocolo citado fue firmado por el Rey el 4 de febrero de 2011, y depositado ante el Gobierno de Italia el 18 de febrero del mismo año¹⁸.

La reforma del Protocolo, cuya entrada en vigor estaba prevista para el 1 de diciembre de 2010 «*si era posible*», entró en vigor el 1 de diciembre de 2011.

En definitiva, desde el 1 de diciembre de 2011 hasta el final de la legislatura 2009-2014, los 18 escaños siguientes se añaden a los 736 existentes, elevando así, provisionalmente, el número total de diputados al Parlamento Europeo a 754:

País	Escaños
Bulgaria	1
Países Bajos	1
España	4
Austria	2
Francia	2
Polonia	1
Italia	1
Eslovenia	1
	(...)

¹⁵ *Decisión del Consejo Europeo de 17 de junio de 2010 relativa al examen, por una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de las modificaciones de los Tratados propuestas por el Gobierno español en lo que se refiere a la composición del Parlamento Europeo, sin convocar una Convención (DO L 160, de 26 de junio de 2010).*

¹⁶ *Protocolo por el que se reforma el Protocolo sobre las Disposiciones Transitorias, anejo al TUE, al TFUE y al TEURATOM (2010/C 263/01) DO C 263, de 29 de septiembre de 2010.*

¹⁷ *BOE nº 311, de 23 de diciembre de 2010.*

¹⁸ *BOE nº 312, de 328 de diciembre de 2011.*

País	Esaños
Letonia	1
Suecia	2
Malta	1
Reino Unido	1

Legislatura 2009/2014. Régimen transitorio (desde 1 de diciembre de 2011)

País	Esaños
Alemania	99
Reino Unido	72 (+1):73
Francia	72 (+2):74
Italia	72 (+1):73
España	50 (+4):54
Polonia	50 (+1):51
Rumania	33
Países Bajos	25 (+ 1):26
Grecia	22
Portugal	22
Bélgica	22
R. Checa	22
Hungría	22
Suecia	18 (+2):20
Austria	17 (+2):19
Bulgaria	17 (+1):18
Eslovaquia	13
Dinamarca	13
Finlandia	13
Irlanda	12
Lituania	12
Letonia	8 (+1):9
Eslovenia	7 (+1):8
Estonia	6
Chipre	6
Luxemburgo	6
Malta	5 (+1):6
Total	754

A pesar de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 14 del Tratado de la Unión Europea, los Estados miembros que hemos mencionado debían designar a las personas que debían ocupar los escaños adicionales, de conformidad con la legislación de los Estados miembros de que se trate y siempre que las personas en cuestión hayan sido elegidas mediante sufragio universal directo:

a) Por elección por sufragio universal directo *ad hoc* en el Estado miembro de que se trate, de conformidad con las disposiciones aplicables a las elecciones al Parlamento Europeo;

b) Por referencia a los resultados de las elecciones al Parlamento Europeo del 4 al 7 de junio de 2009; o

c) Por designación por el parlamento nacional del Estado miembro de que se trate, de entre sus componentes, del número requerido de diputados, según el procedimiento establecido por cada uno de esos Estados miembros.

Por otra parte, el Protocolo modificado dispone que con tiempo suficiente antes de las elecciones al Parlamento Europeo de 2014, el Consejo Europeo adoptará, de conformidad con el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 14 del Tratado de la Unión Europea, una Decisión por la que se fije la composición del Parlamento Europeo.

Como afirmé al inicio de estas páginas, el debate sobre la composición del Parlamento Europeo sigue abierto. En este sentido, quiero resaltar que el 7 de febrero de 2011 la Comisión de Asuntos Constitucionales reunió a expertos matemáticos y a miembros del Parlamento para debatir nuevamente la distribución de los escaños en el Parlamento Europeo. En esta sesión, matemáticos de varios Estados miembros presentaron el denominado *Compromiso de Cambridge*¹⁹, compuesto de dos puntos básicos:

1º. El Parlamento Europeo no puede exceder de los 751 escaños, aunque la cifra puede ser inferior, y el umbral es de un mínimo de 6 escaños por país y un máximo de 96. La asignación respetará el principio de proporcionalidad decreciente.

2º. La propuesta tiene que ser duradera (teniendo en cuenta futuras ampliaciones de la UE o fenómenos migratorios), transparente y políticamente imparcial.

Para ello, el profesor de la Universidad de Cambridge, Geoffrey GRIMMETT, presentó una fórmula matemática cuyo resultado dejaría al Parlamento Europeo de la siguiente forma:

a) Dieciséis países pierden escaños.

b) Cinco países (los más pequeños) mantienen los mismos escaños.

¹⁹ Los días 28 y 29 de enero de 2011 se celebró una reunión en el Centro de Matemáticas de la Universidad de Cambridge sobre la distribución de los escaños del Parlamento Europeo entre los Estados miembros de la Unión Europea. En esta reunión participaron profesores de matemáticas de diferentes Universidades europeas y eurodiputados. El Informe de esta reunión, conocido como *Compromiso de Cambridge*, puede consultarse en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/afco/2011/432760/IPOL-AFCO_NT\(2011\)432760\(PAR04\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/afco/2011/432760/IPOL-AFCO_NT(2011)432760(PAR04)_ES.pdf)

c) Seis países (los más grandes y Estonia) reciben escaños extra.

Según GRIMMETT, esta fórmula «debería ser resistente a posibles cambios en la arquitectura de la Unión Europea en los próximos años» ya que el uso de una fórmula matemática «eliminaría las negociaciones políticas».

Tablas de distribución, 27, 28 y 29 Estados

El compromiso de Cambridge en 27 Estados miembros

Estado miembro		Población*	Base +	Cociente	Esaños	Población/ Esaños	Población/ Esaños	Ahora
		Población 819.000				Antes del redondeo	Después del redondeo	
1	Alemania	81.802.257	5 +	99,90	96	852.106,8**	852.106,8	99
2	Francia	64.714.074	5 +	79,02	85	770.259,3	761.342,0	74
3	Reino Unido	62.008.048	5 +	75,70	81	768.264,0	765.531,5	73
4	Italia	60.340.328	5 +	73,70	79	766.950,8	763.801,6	73
5	España	45.989.016	5 +	56,20	62	752.036,4	741.758,3	54
6	Polonia	38.167.329	5 +	46,60	52	739.643,2	733.984,1	51
7	Rumania	21.462.186	5 +	26,20	32	687.772,5	670.693,3	33
8	Países Bajos	16.574.989	5 +	20,20	26	656.745,2	637.499,6	26
9	Grecia	11.305.118	5 +	13,80	19	601.222,1	595.006,2	22
10	Bélgica	10.839.905	5 +	13,20	19	594.438,5	570.521,3	22
11	Portugal	10.637.713	5 +	12,99	18	591.356,6	590.984,1	22
12	Rep. Checa	10.506.803	5 +	12,80	18	589.315,9	583.711,8	22
13	Hungría	10.014.324	5 +	12,20	18	581.298,7	556.351,3	22
14	Suecia	9.340.682	5 +	11,40	17	569.380,7	549.451,9	20
15	Austria	8.375.290	5 +	10,20	16	550.056,4	523.455,6	19
16	Bulgaria	7.534.738	5 +	9,20	15	531.334,8	504.247,3	18
17	Dinamarca	5.534.738	5 +	6,80	12	470.724,2	461.228,2	13
18	Eslovaquia	5.424.925	5 +	6,60	12	466.706,8	452.077,1	13
19	Finlandia	5.351.427	5 +	6,50	12	463.965,8	445.952,2	13
20	Irlanda	4.467.854	5 +	5,50	11	427.330,9	406.168,5	12
21	Lituania	3.329.039	5 +	4,10	10	367.250,6	332.903,9	12
22	Letonia	2.248.374	5 +	2,70	8	290.290,0	281.046,8	9
23	Eslovenia	2.046.976	5 +	2,50	8	272.953,4	255.872,0	8
24	Estonia	1.340.127	5 +	1,60	7	201.939,0	191.446,7	6
25	Chipre	803.147	5 +	0,98	6	134.291,1	133.857,8	6
26	Luxemburgo	502.066	5 +	0,60	6	89.446,6	83.677,7	6
27	Malta	412.970	5 +	0,50	6	75.027,7	68.828,3	6
Total		501.103.425	135		751			754

Cada Estado recibe un escaño no base por cada 819.000 ciudadanos o parte de esta cifra. La proporción de población/escaño es estrictamente decreciente antes del redondeo, pero hay cuatro incumplimientos después del redondeo.

* Las cifras de población están tomadas de la web de Eurostat (DO L 338/47, de 22-12-2010).

** Alemania tiene aplicado el tope en el máximo de 96 y esta proporción se calcula en consecuencia.

Por otra parte, en la *Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010* también se comunicaba al Consejo Europeo que el Parlamento Europeo tenía intención de elaborar en breve propuestas que establecieran las disposiciones necesarias para la elección de sus diputados por sufragio universal directo de acuerdo con un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros y con arreglo a principios comunes a todos los Estados miembros, y que el Parlamento iniciaría dicha reforma electoral de conformidad con el artículo 48, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea y el artículo 223 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Ya en octubre de 2008, con el Tratado de Lisboa aprobado, pero sin haber entrado en vigor, se debatió en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo el Proyecto de Informe sobre la propuesta de modificación del Acta relativa a la elección de los eurodiputados, con vistas a la Legislatura 2014/2019, conocido como *Informe Duff*²⁰. Este Informe se volvió a presentar en la Legislatura actual y se aprobó el 21 de marzo de 2011 en la Comisión de Asuntos Constitucionales²¹. El 7 de julio del mismo año, el Pleno lo devolvió a la Comisión para volver a ser debatido y el secretario de esta Comisión ha comunicado –a fecha de hoy– que este informe no se encuentra aún en el orden del día de las sesiones plenarias del Parlamento Europeo.

El *informe redactado por el liberal británico Andrew DUFF* se articula en torno a seis puntos clave:

1. Elección de 25 diputados adicionales por una circunscripción única, formada por el conjunto del territorio de la Unión Europea. Las listas transnacionales²² estarán compuestas por candidatos procedentes de, al menos, un tercio de los Estados miembros y podrán asegurar una representación equilibrada en términos de género. Cada elector tendrá derecho a emitir un voto a favor de la lista de la Unión Europea además de su voto a favor de la lista nacional o regional. La votación para la circunscripción de la UE se hará por el sistema proporcional de listas cerradas; y los escaños se atribuirán, sin umbral mínimo, con arreglo al método D'Hondt.

2. Creación de una autoridad electoral de la UE encargada de regular el desarrollo y verificar el resultado de las elecciones sobre la base de la lista paneuropea.

²⁰ PE 2007/2207 (INI) Ponente: Andrew Duff.

²¹ PE Comisión de Asuntos Constitucionales, A7-0000/2011, de 28 de abril de 2011. Ponente: Andrew Duff.

²² Las listas transnacionales permitirán el desarrollo real de los partidos políticos a escala europea, cuyo estatuto y financiación están regulados en el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (CE) 2004/2003, de 4 de noviembre de 2003 (DO L 297, de 15 de noviembre de 2003) modificado por el Reglamento (CE) 1524/2007, de 18 de diciembre (DO L 343, de 27 de diciembre de 2007).

3. Apertura de un diálogo con el Consejo Europeo para examinar la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre una fórmula matemática duradera y transparente para el reparto de los escaños en el Parlamento que respete los criterios establecidos en los Tratados y los principios de pluralidad entre los partidos políticos y de solidaridad entre los Estados.

4. Reclamar a la Comisión que presente una nueva propuesta para la revisión de la *Directiva 93/109/CE del Consejo* por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales.

5. Intensificar los esfuerzos para ampliar la representación femenina en la Eurocámara.

6. Y armonizar la edad mínima de los electores y de los candidatos.

En conclusión, tanto la composición del Parlamento Europeo en la próxima Legislatura 2014/2019, como la posible aprobación de una legislación electoral básica y uniforme para la elección de sus miembros, siguen en el aire.

RESUMEN: En este trabajo se analiza la reforma del Protocolo nº 36 sobre Disposiciones Transitorias, anejo al TUE, al TFUE y al TEURATOM. Esta reforma modifica la composición del Parlamento Europeo hasta 2014 para permitir a aquellos Estados miembros –cuyo número de diputados hubiera sido superior si el Tratado de Lisboa hubiera entrado en vigor antes de las elecciones al Parlamento Europeo de 2009– disponer de ese número de escaños adicionales y poder cubrirlos cuanto antes. Para ello, era necesario crear, para el período restante entre la entrada en vigor del presente Protocolo y el final de la legislatura 2009-2014, los 18 puestos adicionales para los Estados miembros afectados por el acuerdo político alcanzado por el Consejo Europeo en su reunión del 18 y 19 de junio de 2009.

PALABRAS CLAVE: Reforma de los Tratados, Protocolo nº 36, Parlamento Europeo.

ABSTRACT: This paper focuses on the analysis of the Protocol amending the Protocol (No. 36) on transitional provisions annexed to the TEU, to the TFEU and to the TEAEC. This reform changed the composition of the Parliament until 2014 whereas such transitional provisions are to allow those Member States whose number of members of the European Parliament would have been higher if the Treaty of Lisbon had been in force at the time of the European Parliament elections in June 2009 to be given the appropriate number of additional seats and to fill them, and whereas it is necessary to create, for the period remaining between the entry into force of this Protocol and the end of the 2009-2014 parliamentary term, the 18 additional seats provided for the Member States concerned by the political agreement reached by the European Council at its meeting on 18 and 19 June 2009.

KEY WORDS: Reform of the Treaties, Protocol No. 36, European Parliament.

**LA MUTACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA
Y DE SU DERECHO ORIGINARIO: LA MODIFICACIÓN
DEL ARTÍCULO 136 DEL TFUE, Y OTROS TRATADOS
(TRATADOS PARÁSITOS) SUSCRITOS POR ESTADOS
DE LA UNIÓN EUROPEA, EN PARTICULAR
EL TRATADO DE ESTABILIDAD, COORDINACIÓN
Y GOBERNANZA EN LA UNIÓN EUROPEA**

**MUTATION OF THE EUROPEAN UNION AND ITS
PRIMARY LAW. THE AMENDMENT OF ARTICLE 136
TFEU, AND OTHER TREATIES (TREATIES PARASITES)
SIGNED BY EU STATES, INCLUDING THE TREATY ON
STABILITY, COORDINATION AND GOVERNANCE IN
THE EUROPEAN UNION**

ENRIQUE LINDE PANIAGUA
Profesor de Derecho administrativo
UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LOS INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE LOS QUE ESTÁ MUTANDO LA UNIÓN EUROPEA Y SU DERECHO. II. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 136 DEL TFUE INTRODUCIDO POR EL TRATADO DE LISBOA. III. EL TRATADO CONSTITUTIVO DEL MECANISMO EUROPEO DE ESTABILIDAD (MEDE), O TRATADO DE DESARROLLO DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 136.3 DEL TFUE. IV. EL ACUERDO MARCO SOBRE LA FACILIDAD EUROPEA DE ESTABILIZACIÓN FINANCIERA (FEEF). V. EL TRATADO DE ESTABILIDAD, COORDINACIÓN Y GOBERNANZA EN LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA. VI. CONCLUSIONES. DE LA EUROPA DE VARIAS VELOCIDADES A LA EUROPA DE LOS CÍRCULOS CONCÉNTRICOS. LAS ORGANIZACIONES Y TRATADOS PARÁSITOS DE LA UNIÓN EUROPEA.

I. INTRODUCCIÓN. LOS INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE LOS QUE ESTÁ MUTANDO LA UNIÓN EUROPEA Y SU DERECHO

Desde 2008 la Unión Europea lleva a cabo reformas de considerable envergadura en sus Derechos originario y derivado, y sus Estados miembros reforman sus Derechos y suscriben tratados internacionales entre ellos, con objeto de atajar una crisis económico-financiera que, sin embargo, lejos de menguar alcanza mayor profundidad a la altura de 2012; en especial para algunos Estados de la Unión entre los que se encuentra España.

Las novedades a que vamos a prestar atención en este trabajo han tenido lugar en dos ámbitos: en el Derecho originario de la Unión; y en el Derecho que llamaremos euro-intergubernamental. La reforma y novedades referidas no pueden considerarse de la misma naturaleza que las que han tenido lugar en los más de sesenta años transcurridos desde la fundación de la CECA, en 1951. Así, a mi juicio, en su conjunto, suponen un cambio cualitativo que permite sostener que nos encontramos en una nueva etapa en que las mutaciones llevadas a cabo en la Unión son de largo alcance y de consecuencias todavía imprevisibles. Si bien, es cada vez más evidente que la Unión se sigue alejando de su objetivo originario, esto es: el de fundar una unión política más intensa entre sus Estados miembros.

Así, analizaremos la reforma del artículo 136 del TFUE, que antes de entrar en vigor se considera ya insuficiente, y un conjunto de tratados a los que llamaremos *tratados parásitos de la Unión Europea*, el Tratado del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), el Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF) y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECOGUE).

No vamos a tratar en este lugar las reformas de los instrumentos jurídicos que integran el *Plan de Estabilidad y Crecimiento*, integrado con un conjunto de reglamentos, decisiones y directivas, así como la creación de una serie de autoridades de supervisión. Y tampoco prestaremos atención a las reformas que se propone abordar en el futuro la Unión Europea a nivel del Derecho originario y de Derecho derivado, de los que tenemos noticias un tanto difusas: unión bancaria, unión fiscal y otras reformas en el Derecho originario.

II. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 136 DEL TFUE INTRODUCIDO POR EL TRATADO DE LISBOA

Como en tantas ocasiones anteriores, poco más de diez meses después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa¹ se inició formalmente la reforma del artículo

¹ El Tratado de Lisboa fue firmado por los Estados miembros el 13 de diciembre de 2007, y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)². Así, los días 28 y 29 de octubre de 2010, los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, reunidos en Consejo Europeo, llegaron a la conclusión de que debía establecerse «un mecanismo permanente de crisis para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto». Dicha directriz del Consejo Europeo la instrumentó el Gobierno Belga, que presidía el Consejo, como una propuesta de reforma del artículo 136 del TFUE, de acuerdo con el artículo 48, apartado 6, párrafo primero del mismo Tratado. Esto es, el Gobierno Belga propuso su tramitación como una reforma simplificada de la Parte tercera del TFUE³, que exige como requisitos que se acuerde por unanimidad por el Consejo Europeo, previa consulta a la Comisión, al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo⁴. Finalmente, el Consejo Europeo adoptó la reforma del artículo 136 del TFUE mediante Decisión de 25 de marzo de 2011⁵ cuya entrada en vigor se prevé para el 1 de enero de 2013, si en dicha fecha ha sido ratificado y depositado por todos los Estados miembros, y en su defecto el primer día del mes siguiente al de la recepción de la notificación de ratificación por el último Estado miembro.

El cumplimiento de los requisitos formales exigibles para la reforma del artículo 136 del TFUE ha sido objeto, entre otros temas, de la sentencia del pleno del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2012 en el asunto C-370/12 (caso Thomas Pringle). El Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que se han cumplido cuantos requisitos formales y materiales exige el TFUE para la modificación del artículo 136, que integra la tercera parte de dicho Tratado, mediante el procedimiento de reforma establecido en el artículo 48.6.

Si bien es cierto que se han cumplido todos los requisitos formales exigidos por el artículo 48.6 del TUE, caben ciertas dudas: sobre si la reforma del artículo 136 TFUE no afecta a otras competencias de la Unión Europea; y sobre si dicha reforma no supone ampliación de las competencias de la Unión Europea. Si se hubiera llegado a la conclusión de que la reforma del artículo 136 afecta a otras competencias de la Unión, previstas en otras partes del TFUE, en particular a la configuración de la competencia exclusiva de la Unión en materia de política monetaria de los Estados de la zona euro, la conclusión debiera ser que la reforma del artículo 136 no se puede realizar a través del procedimiento previsto en el apartado 6 del artículo 48 del TUE. Pues bien, considero acertada la interpretación restrictiva de los efectos que

² El actual artículo 136 del TFUE figuraba como artículo III-194 de la Constitución Europea *non nata*, firmada por los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión en 2005.

³ Ver al respecto «El sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea», Capítulo IV de *Principios del Derecho de la Unión Europea*, Colex, 2012, págs. 331 y sigs.

⁴ El Consejo Europeo decidió la reforma el 16 de diciembre de 2010 fecha en que decidió la consulta al Parlamento Europeo, a la Comisión y al Banco Central Europeo que emitieron sus dictámenes, respectivamente, el 23 de marzo de 2011, el 15 de febrero de 2011 y el 17 de marzo de 2011.

⁵ Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro (DOUE L 91 de 6/4/2011).

unos preceptos del TFUE pueden tener sobre otros, llevada a cabo por el Tribunal de Justicia en el tema que nos ocupa, pues una interpretación expansiva de la conexión de unos con otros preceptos de los Tratados puede conducir a la irrelevancia de las reformas simplificadas de los Tratados de la Unión, lo que no puede considerarse que sea la finalidad prevista por el *constituyente* de los Tratados.

El artículo 136 antes y después de la reforma llevada a cabo por la Decisión del Consejo 2011/199 versa sobre la materia política económica y no sobre la materia política monetaria, de manera que la reforma, de acuerdo con una interpretación restrictiva de las mutuas influencias e implicaciones entre la política económica y la política monetaria, se habría producido cumpliendo estrictamente el apartado 6 del artículo 48 del TUE.

Cuestión diferente es la de si la reforma del artículo 136 del TFUE supone la ampliación de las competencias de la Unión. La respuesta a esta cuestión presenta otras particularidades. Así, como resultado de una primera lectura del precepto puede decirse que el artículo 136 lejos de atribuir competencias a la Unión se las atribuye a los Estados miembros. Pero, de acuerdo con una segunda lectura, coherente con la primera, podría decirse que la Unión se atribuye la competencia de atribuir una competencia a los Estados miembros. Lo que finalmente significa que la Unión amplía sus competencias, aunque dicha ampliación suponga atribuir competencias a los Estados miembros. Pues el Tribunal tan solo interpreta la ampliación de competencias en un sentido positivo, es decir la de atribuir competencias de acción a la Unión.

La objeción que puede ponerse a la reforma del artículo 136 del TFUE es la de su carácter superfluo, pues de la sentencia de 27 de noviembre de 2012 del Tribunal de Justicia se deduce con claridad que los Estados miembros tenían y tienen la competencia para crear organismos como el previsto en el artículo 136 reformado del TFUE. La innecesariedad de la reforma se deduce con mayor contundencia de la circunstancia de que el organismo previsto en el artículo 136 reformado del TFUE haya sido creado mediante un Tratado internacional que ha entrado en vigor antes que la reforma del artículo 136 del TFUE.

La reforma del artículo 136 consiste en añadir un apartado 3 al citado artículo. Dicho apartado dice así: «3. *Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas*».

Puede observarse que la directriz del Consejo Europeo se ha trasladado matizadamente al texto reformado del artículo 136 del TFUE. Así, en la directriz del Consejo Europeo parecía establecerse una competencia de ejercicio obligatorio para los Estados miembros, mientras que en la Decisión del Consejo Europeo se establece una competencia potestativa para los Estados miembros. Así, donde se decía «mecanismo permanente de crisis» se dice ahora que «podrán establecer (los Estados miembros) un mecanismo de estabilidad». Y, por otra parte, se añade una coetilla a la directriz que integra una competencia de ejercicio obligatorio, en lo concierne-

te a la exigencia de supeditar la ayuda financiera al Estado miembro concernido a «condiciones estrictas». La modificación parece razonable, en la medida en que se podría cuestionar que la Unión Europea devolviera una competencia a los Estados imponiéndoles la obligación de ejercer la competencia que se les otorga. Pero, no sería contrario al Derecho de la Unión prever una serie de competencias de ejercicio obligatorio por los Estados miembros.

Lo más destacado del nuevo precepto es que introduce un giro radical al precepto reformado. Veamos, el artículo 136 del TFUE no tiene precedente en los Tratados anteriores al Tratado de Lisboa. Dicho precepto fue la respuesta de la Unión a las deficiencias advertidas en los instrumentos de coordinación de las políticas económicas de la zona euro. Así, como es sabido, mientras que la política monetaria de la zona euro puede calificarse de política supranacional, la política económica se podría seguir calificando, incluso después de la reforma, de política de sesgo intergubernamental, con débiles instrumentos para la coordinación. Este desequilibrio era y sigue siendo, a todas luces, perjudicial para el funcionamiento de la Unión en su conjunto. Por eso, el artículo 136 del TFUE otorga en sus dos apartados primigenios nuevas competencias al Consejo para reforzar la coordinación y la supervisión de su disciplina presupuestaria, y para elaborar orientaciones de política económica dirigida a los Estados de la zona euro. Este precepto, de acuerdo con la redacción originaria que le dio el Tratado de Lisboa, ha sido la base jurídica para las reformas llevadas a cabo en el Pacto de estabilidad y crecimiento.

Es decir, lo que hace el nuevo párrafo del artículo 136 del TFUE es convertir en compartida la competencia de la Unión para crear mecanismos capaces de afrontar las crisis económicas, pues dicho precepto no supone la renuncia de la Unión Europea a la competencia del artículo 122 del TFUE, que le permite conceder ayudas financieras a los Estados miembros, en determinadas circunstancias. En efecto, el artículo 122 del TFUE fue desarrollado por el Reglamento (UE) 407/2010 del Consejo, de 11 de mayo de 2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera (MEEF)⁶, que tiene como precedente el Reglamento (CE) 332/2002, por el que se establece un mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos de los Estados miembros, mecanismo que sigue vigente⁷.

El mecanismo de estabilidad, a que se refiere el apartado 3 del artículo 136 del TFUE, a diferencia de los anteriores implementados a partir del artículo 122.2 del TFUE, no es un mecanismo de la Unión Europea, sino un mecanismo potestativo que pueden crear los Estados miembros. Sin embargo, nada hubiera impedido que el mecanismo de estabilidad fuera un instrumento de la Unión para los Estados de la

⁶ *DOUE* L 118 de 12-5-2010.

⁷ Dicho mecanismo dotado con 25.000 millones de euros fue modificado por el Reglamento (CE) 431/2009 del Consejo, de 18 de mayo de 2009 (*DOUE* L 128 de 27-5-2009) dotándolo con 50.000 millones de euros. Ver también la Decisión del Banco Central Europeo 2010/624/UE, de 14 de octubre de 2010, relativa a la gestión de las operaciones de empréstito y préstamo concluidas por la Unión con arreglo al mecanismo europeo de estabilización financiera (BCE/2010/17) (*DOUE* L 275 de 20-10-2010).

zona euro, compatible con el mecanismo general que permite crear el artículo 122 del TFUE⁸. También se podría haber instrumentado el nuevo instrumento que propicia el artículo 136 mediante la técnica de la cooperación reforzada, mecanismo previsto desde el Tratado de Maastricht en 1992, que sigue inédito hasta nuestros días.

Así, los Estados miembros de la zona euro, en virtud de lo dispuesto por el artículo 136 del TFUE, se rigen, por una parte, por una cooperación reforzada singular (la que constituye la unión monetaria en su tercera fase), contenida en el propio Derecho originario de la Unión, a diferencia de las cooperaciones reforzadas previstas en el Derecho originario, todavía inéditas. Pero, además, se rigen también por el derecho que surja del artículo 136.3, que constituye una cooperación reforzada diferente a las anteriores, *un tercer tipo de cooperación reforzada singular autorizada por el Derecho originario*.

III. EL TRATADO CONSTITUTIVO DEL MECANISMO EUROPEO DE ESTABILIDAD (MEDE), O TRATADO DE DESARROLLO DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 136.3 DEL TFUE

Los Estados miembros de la zona euro, en virtud de la autorización contenida en el apartado 3 del artículo 136 del TFUE⁹, adoptaron el 2 de febrero de 2012 el *Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)*¹⁰. El Mecanismo Europeo de Estabilidad, o MEDE, es una institución financiera internacional de la que forman parte todos los Estados miembros de la Unión que integran la zona euro, y está abierto a los Estados miembros que se incorporen en el futuro a la zona euro. La finalidad de dicha institución u organización internacional es la de salvaguardar la estabilidad financiera de la zona euro y de sus Estados miembros. A tal efecto se ha suscrito por los 17 Estados miembros de la zona euro un capital total de 700.000 millones de euros, si bien la capacidad de préstamo conjunta entre el MEDE y el

⁸ La sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12 considera que el artículo 122.2 del TFUE no era idóneo para crear un organismo de la naturaleza del previsto en el artículo 136 reformado del TFUE, aunque el razonamiento al respecto es escaso (ver apartado 65 de la sentencia).

⁹ La afirmación que acaba de hacerse puede ponerse en cuestión en la medida en que, sin la reforma de dicho precepto los Estados miembros de la zona euro han creado mecanismos de estabilidad vigentes en la actualidad, a los que haremos referencia más adelante.

¹⁰ La denominación completa es: Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia. El instrumento de ratificación por España (dado en Madrid a 21 de junio de 2012) se publicó en el *BOE* núm. 239 de 4 de octubre de 2012. El Tratado del MEDE ha sido examinado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 27 de noviembre de 2012, asunto 370/2012, llegando a la conclusión de que es compatible con el Derecho de la Unión (ver apartado 99 y sigs. de la sentencia).

FEEF (al que me referiré más adelante) será como máximo de 500.000 millones de euros, desde la entrada en vigor del MEDE hasta la completa extinción del FEEF. En este lugar nos interesa, fundamentalmente, averiguar la naturaleza de este Tratado, de manera que no llevaremos a cabo un análisis sistemático de sus preceptos sino que nos centraremos en sus aspectos sustanciales.

La pregunta que nos interesa responder en este lugar es la naturaleza de las relaciones de la nueva organización internacional con la Unión Europea. Antes decía que el bloque constituido por el apartado 3 del artículo 136 del TFUE y el Tratado del MEDE suponen una cooperación reforzada singular, autorizada por el Derecho de la Unión pero ajena al mismo. Pero, lo cierto es que la entrada en vigor de la reforma del artículo 136 del TFUE y del Tratado del MEDE se rigen por reglas diferentes. En efecto, la reforma del artículo 136 se rige por lo establecido en el artículo 48 del TFUE, a que antes hemos prestado atención, es decir, su entrada en vigor exige la unanimidad de los Estados miembros de la Unión, mientras que el Tratado del MEDE no exige para su entrada en vigor la unanimidad ni de todos los Estados de la Unión, ni siquiera de todos los Estados firmantes de dicho tratado. Su entrada en vigor exige la ratificación y depósito del Tratado ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, por un conjunto de Estados que represente un mínimo del 90% del total de suscripciones de las cuotas, a que se hace referencia en los anexos I y II del Tratado.

Es decir, en el Tratado del MEDE se ha excluido el requisito de unanimidad de la ratificación y depósito del mismo para que entre en vigor. Unanimidad que rige, hasta la fecha, para los Tratados que forman parte del Derecho originario de la Unión, como condición para su entrada en vigor. Esta circunstancia es la que ha hecho que el Tratado del MEDE haya entrado en vigor el 8 de octubre de 2012, antes de que haya tenido lugar la entrada en vigor de la reforma del artículo 136 del TFUE, que supuestamente sería la base jurídica de dicho Tratado.

La liquidación del principio de unanimidad, a que antes me he referido, tiene una gran relevancia, en la medida en que supone otorgar el control del MEDE a los cuatro grandes Estados de la zona euro, ya que Alemania con una participación del 27,1464% de las cuotas, Francia con una participación del 20,3859% de las cuotas, Italia con una participación del 17,9137% de las cuotas y España con una participación del 11,9037% de las cuotas, son los únicos Estados miembros que pueden, por sí mismos, impedir la entrada en vigor del Tratado del MEDE. Y, asimismo, estos mismos Estados miembros son los que tienen un porcentaje adecuado de cuotas que puede impedir la adopción de la mayoría de las decisiones de dicha organización internacional.

Entre los cuatro grandes Estados miembros de la zona euro suman el 77,3497% de las cuotas, mientras que los 13 restantes suman el 22,6503% de las cuotas del MEDE. Según el nuevo Tratado, la igualdad de los Estados solo rige para un tipo de acuerdos, los que deben adoptarse de común acuerdo, si bien las abstenciones no impedirán la adopción del mismo. Los demás acuerdos, cumplido el requisito de quórum de dos tercios del número de miembros que representen dos tercios de

los derechos de voto (66,6%) se adoptarán por diferentes tipos de mayoría. Así, la adopción de acuerdos por el *procedimiento de urgencia* que exige la concurrencia del 85% de los votos expresados; la adopción de acuerdos que deben adoptarse por *mayoría absoluta* requiere el 80% de los votos expresados; y los acuerdos que deben adoptarse por *mayoría simple* requieren tan solo la mayoría de los votos expresados. De lo expuesto se deduce que Alemania y Francia, por sí mismas pueden impedir la adopción de cualquier acuerdo, y que Italia podría impedir por sí sola los acuerdos a adoptar por mayoría absoluta. Los demás Estados miembros, aisladamente considerados, solo pueden impedir la adopción de acuerdos de común acuerdo, pues para el resto serían necesarias alianzas entre los mismos.

El MEDE es una organización internacional con personalidad jurídica propia y capacidad jurídica para llevar a cabo sus funciones, y con órganos independientes del entramado institucional de la Unión Europea. Así, el MEDE se integra por un Consejo de Gobernadores, un Consejo de Administración, un Director Ejecutivo y el personal propio que considere necesario.

Las relaciones institucionales del MEDE con la Unión Europea son significativas. Dos son las previsiones, tanto en lo relativo al Consejo de Gobernadores como al Consejo de Administración. Por lo que se refiere al Consejo de Gobernadores, se prevé la participación, en calidad de observadores, del miembro de la Comisión Europea responsable de asuntos económicos y monetarios, del Presidente del BCE, y del Presidente del Eurogrupo (si no es el presidente o un gobernador del MEDE). También se prevé que los Estados miembros que no formen parte del Eurogrupo, pero que participen en una operación paralela de apoyo o estabilidad del euro, puedan ser invitados como observadores a las reuniones del Consejo de Gobernadores. Éste podrá, además, invitar a sus reuniones a representantes de instituciones u organizaciones, de las que se cita expresamente al FMI. Por lo que respecta al Consejo de Administración, en calidad de observadores, pueden participar un representante del miembro de la Comisión responsable de asuntos económicos y monetarios y otro representante del Presidente del BCE. Igualmente, los Estados miembros que no formen parte del Eurogrupo, pero que participen en una operación paralela de apoyo o estabilidad del euro, pueden ser invitados como observadores a las reuniones del Consejo de Administración. De modo que aunque el MEDE es una organización ajena a la Unión Europea soporta la vigilancia ligera de la Comisión Europea, del Banco Central Europeo y del Eurogrupo.

No acaban en las anteriores las relaciones entre el MEDE y la Unión. Así, la Comisión y el BCE: pueden concluir la exigencia de que se utilice el procedimiento de urgencia para la adopción de un determinado acuerdo (art. 4.4 del Tratado MEDE); son los encargados de negociar la condicionalidad de política económica vinculada a cada asistencia financiera, es decir el Memorando de entendimiento, que será firmado por la Comisión en nombre del MEDE (arts. 5.5 g y 13 del Tratado MEDE); la suscripción del capital se basará en la clave de contribuciones de los bancos centrales nacionales, miembros del MEDE, para la suscripción del capital del BCE (art. 11.1 del Tratado MEDE); son los encargados de supervisar el cumplimiento del Me-

morando (art. 13.7 del Tratado MEDE). Por su parte la Comisión en solitario evalúa el cumplimiento del Memorando (art. 14.6 del Tratado MEDE); informa la procedencia de llevar a cabo ayudas financieras a favor de un Estado miembro en el mercado primario (art. 17.5 del Tratado MEDE). Y el BCE en solitario analiza la necesidad de intervención en el mercado secundario (art. 18.2 del Tratado MEDE).

Gran relevancia tiene que las controversias entre un Estado miembro del MEDE y el MEDE, o entre Estados miembros del MEDE, agotada la vía del recurso interno ante el Consejo de Gobernadores, puedan someterse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuya sentencia será vinculante para las partes en la contienda. La sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/2012 considera que la atribución de competencias por los Estados miembros a Instituciones de la Unión, derivadas de tratados suscritos en los mismos, es compatible con el Derecho de la Unión siempre que no se correspondan a una competencia exclusiva de la Unión y que no desvirtúen las competencias que los Tratados de la Unión atribuyen a las instituciones concernidas.

En definitiva, se ha creado una organización internacional, el MEDE, al margen de la Unión Europea con varias finalidades. Una primera, es la de crear una separación entre la Europa del euro y la Europa que no está en el euro. La cooperación reforzada especial que es la Unión Monetaria de la Unión presenta problemas importantes, ya que dicha política colisiona con frecuencia con otras políticas de la Unión en que participan todos los Estados miembros. En segundo lugar, se anula el principio de unanimidad en lo relativo a la entrada en vigor del Tratado del MEDE, si bien el porcentaje de cuotas que se exige para la entrada en vigor del Tratado deja en manos de Alemania y Francia la entrada en vigor del mismo, lo que igualmente sucede en algunos tipos de acuerdos que pueden adoptarse. De algún modo se produce el restablecimiento de la posición de los grandes Estados miembros a los que en el Tratado del MEDE se les reconoce la primacía que les corresponde de acuerdo con sus contribuciones económicas. Pese a ello, el principio de igualdad de los Estados sigue reconociéndose aunque parcialmente.

IV. EL ACUERDO MARCO SOBRE LA FACILIDAD EUROPEA DE ESTABILIZACIÓN FINANCIERA (FEEF)¹¹

Los Estados miembros cuya moneda es el euro (a excepción de Estonia) firmaron el Acuerdo marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera. Estos miembros que, al efecto, constituyeron una sociedad anónima en Luxemburgo, de la que son accionistas, que denominaron European Financial Stability Facility, Société Anonyme, en castellano Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF). La FEEF, constituida el 7 de junio de 2010, entró en vigor el 4 de agosto de 2010, y su objeto es prestar apoyo financiero a los Estados miembros en dificult-

¹¹ Publicado en el *BOE* núm. 164 de 11 de julio de 2011.

tades causadas por circunstancias excepcionales que escapen a su control, según expresa literalmente el preámbulo del Acuerdo. La forma de ayuda se expresa a través de «Acuerdos de Servicio de Préstamo», hasta un importe máximo de 440.000 millones de euros.

La entrada en vigor de la FEEF presenta varias particularidades. En primer lugar, la entrada en vigor de la misma exigía un mínimo de cinco Estados miembros que representaran dos tercios de los compromisos de aval totales, en relación con todas las operaciones de la FEEF (préstamos e instrumentos de financiación) excepto la operación de emisión de avales, ya que para poder llevar a cabo estas últimas operaciones se exige que al menos se hayan recibido las confirmaciones correspondientes al 90% de compromisos de aval.

Las conexiones de la sociedad anónima FEEF con la Unión Europea son intensas, aunque no puede decirse que dicha sociedad anónima sea un organismo de la Unión. Así, la FEEF debe conceder financiación en forma de acuerdos de préstamo¹² a los Estados miembros de la zona euro que tengan dificultades financieras y suscriban un Memorando de acuerdo con la Comisión Europea, (negociado previamente por la Comisión en coordinación con el BCE y el FMI) que incluya la condicionalidad del préstamo. Gran relevancia tiene también el Grupo de trabajo del Eurogrupo. Además, los préstamos se instrumentan a través del Banco Central Europeo, esto es: a través de las cuentas que el FEEF y el Estado miembro prestatario deben tener en el BCE. Por otra parte, la FEEF puede contratar al BCE como agente pagador y designarlo para que lleve sus cuentas bancarias y de valores¹³. Debe también resaltarse que la FEEF designará al BEI para recibir fondos, gestiones de tesorería, servicios jurídicos y demás servicios. Finalmente, las decisiones de los avalistas, tomadas en el marco del Eurogrupo, vinculan a la FEEF.

Por lo que se refiere al Consejo de Administración de la FEEF, cada accionista tiene derecho a nombrar un consejero que será su representante en el Grupo de Trabajo del Eurogrupo. Por otra parte, la Comisión y el BCE tienen derecho a nombrar un observador en el Consejo. Y podrá invitarse a otras Instituciones de la Unión a que nombren observadores en el Consejo de administración de la FEEF.

Es decir, aun tratándose la FEEF de una sociedad anónima domiciliada en Luxemburgo, las relaciones de la misma con los Estados de la Unión Europea y con las instituciones de la Unión son muy intensas.

¹² Ver como ejemplo el acuerdo del Servicio de Préstamo firmado como prestamistas por 15 de los Estados miembros de la zona Euro en que el prestatario es la República Helénica hecho en Bruselas el 8 de mayo de 2010 (*BOE* núm. 117, de 13 de mayo de 2010).

¹³ Ver al efecto la Decisión del Banco Central Europeo (BCE/2010/15) (2010/574/UE), de 21 de septiembre de 2010, sobre la administración de los préstamos de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera a Estados miembros cuya moneda es el euro (*DOUE* L 253/58 de 28/9/2010).

V. EL TRATADO DE ESTABILIDAD, COORDINACIÓN Y GOBERNANZA EN LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA

El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (a partir de ahora Tratado de Estabilidad), que en la actualidad está en trámite de ratificación por los Estados miembros¹⁴, presenta caracteres muy sobresalientes a los que vamos a prestar atención.

En primer lugar, el Tratado de Estabilidad no ha sido suscrito por todos los Estados de la Unión, habiendo quedado al margen, por su propia voluntad dos de los veintisiete Estados miembros; el Reino Unido y la República Checa. No se trata de la primera vez que sucede que un Tratado sea suscrito por un grupo de Estados miembros al margen del Derecho de la Unión. Un precedente es el Tratado de Schengen de 1985, que nació como un Tratado al margen de la Unión y que más tarde se integró en el Derecho de la Unión. Y un ejemplo más reciente es el *Tratado por el que se crea la Fuerza de Gendarmería Europea* entre los Estados de España, Francia, Italia, Países Bajos y Portugal, al que se adhirió posteriormente Rumanía. Tratado firmado el 18 de octubre de 2007 en Velsen (Países Bajos), que entró en vigor el 1 de junio de 2012¹⁵. Si bien, en ninguno de estos tratados concurren las circunstancias que singularizan al Tratado de Estabilidad.

La circunstancia de que el Tratado de Estabilidad no haya sido suscrito por la totalidad de los Estados miembros, como se previó en un principio, es la causa de que no se haya podido instrumentar como un tratado de reforma de los tratados vigentes (TU, TFUE y TCEEA). Pero, tampoco se puede considerar del todo al margen del Derecho de la Unión, y esto por varias razones que se deducen del propio Tratado de Estabilidad, a las que prestaremos atención a continuación.

En efecto, el Tratado de Estabilidad se concibió para que fuera suscrito por todos los Estados miembros, como un tratado más de reforma que debía incorporarse al Derecho originario de la Unión. Esta circunstancia se deduce claramente de su contenido que, como veremos, utiliza masivamente, más allá de los tratados a que nos hemos referido anteriormente, el sistema institucional de la Unión para su cumplimiento.

No obstante, en el preámbulo del Tratado de Estabilidad los Jefes de Estado y de Gobierno manifiestan como objetivo que el Tratado se incorpore «a los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea», objetivo que en su parte dispositiva se concreta de un modo un tanto peculiar, en el sentido de que se establece en el Tratado que en el plazo máximo de cinco años, a partir de la entrada en vigor del mismo, y sobre la base de una evaluación de la experiencia en su aplicación «se adoptarán... las medidas necesarias, de conformidad con lo dispuesto en el TUE y el TFUE, a fin de incorporar el presente Tratado al marco jurídico de la Unión Europea». Este man-

¹⁴ En el caso de España la Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio, autoriza su ratificación (BOE núm. 178, de 26 de julio de 2012).

¹⁵ BOE núm. 131 de 1 de junio de 2012.

dato debe interpretarse en el sentido de que se iniciará un proceso, impulsado por los Estados miembros parte del Tratado de Estabilidad de reforma de los mencionados Tratados (TUE y TFUE), sin que, por lo demás, pueda garantizarse que tal propósito se lleve a cabo efectivamente.

La segunda particularidad del Tratado es que no todos sus firmantes quedan vinculados a la totalidad del Tratado. Así, los Estados miembros de la Unión que no son Estados de la zona euro (Bulgaria, Dinamarca, Letonia, Lituania, Hungría, Polonia, Rumania y Suecia) solo quedan vinculadas por las disposiciones de los Títulos III y IV del Tratado. De manera que el Tratado de Estabilidad vincula de dos modos diferentes a los Estados de la Unión que son parte del mismo. Se aplica plenamente a los 17 Estados de la zona euro y se aplica parcialmente a los 8 Estados firmantes que no pertenecen a la zona euro. Pero, la circunstancia de que existan Estados miembros de la Unión que no hayan suscrito, o que finalmente no ratifiquen el Tratado, no significa que queden totalmente marginados, como veremos.

La tercera particularidad del Tratado de Estabilidad radica en que su entrada en vigor se condiciona a que lo ratifiquen, al menos, 12 Estados miembros de la zona euro, lo que supone dos excepciones en la historia de la Unión, pues se exigen dos condiciones, que sea ratificado por al menos 12 Estados, lo que excluye la unanimidad, y que, al menos, 12 de los Estados que lo ratifiquen pertenezcan a la zona euro.

La cuarta particularidad del Tratado de Estabilidad que debe destacarse atañe a las obligaciones de los Estados miembros de reforzar los mecanismos jurídicos para el cumplimiento del mismo. En efecto, se desconfa de que el Tratado, por sí mismo, pueda ser eficaz, de manera que los Estados están obligados a incorporar el objetivo de equilibrio o superávit presupuestario, en los términos establecidos en el apartado 1 del artículo 1 del mismo, en el plazo de un año desde su entrada en vigor. A tal efecto se permite que los Estados miembros puedan elegir entre tres sistemas para incorporar el objetivo de equilibrio o superávit presupuestario, a saber¹⁶:

A) mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente;

B) mediante disposiciones, preferentemente, de rango constitucional;

¹⁶ El Gobierno de RODRÍGUEZ ZAPATERO se anticipó a la entrada en vigor del Tratado de Estabilidad promoviendo, junto con el Partido Popular, la reforma del artículo 135 de la Constitución que incluye los aspectos sustanciales de dicho Tratado. La reforma de la Constitución tramitada por el procedimiento de urgencia fue publicada en el *BOE* el 27 de septiembre de 2011, fecha en la que entró en vigor. En desarrollo del artículo reformado se dictó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 2012). Se trata de la segunda reforma de la Constitución. La primera tuvo su causa en la ratificación del Tratado de la Unión Europea de 1992 y consistió en la modificación del artículo 13 para permitir el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos europeos en las elecciones locales. La segunda reforma de la Constitución ha sido una imposición de la canciller alemana MERKEL y consiste en introducir en la Constitución lo que debiera ser, tan solo, una opción gubernamental. Una reforma ideológica de carácter neoliberal que no tiene parangón en el texto de la Constitución, que en los temas más controvertidos había mantenido una posición abierta que permite diferentes opciones políticas.

C) mediante disposiciones cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales.

Con independencia del tipo de disposición que se elija, además, los Estados miembros tienen que adoptar a nivel nacional un mecanismo corrector de las desviaciones, que respetará plenamente las prerrogativas de los Parlamentos nacionales. Dicho mecanismo corrector se creará:

A) Sobre la base de principios comunes que proponga la Comisión (naturaleza, alcance y calendario) tanto en supuestos ordinarios como cuando concurren circunstancias excepcionales; y con

B) Independencia de las instituciones responsables a escala nacional de supervisar la observancia de los objetivos del Tratado (equilibrio o superávit).

La quinta particularidad del Tratado de Estabilidad, de entidad menor, consiste en que se diferencia la fecha de entrada en vigor de la fecha de aplicación. Es decir, la entrada en vigor se producirá el 1 de enero de 2013 (en el caso de que el instrumento de ratificación lo hayan depositado, con anterioridad, al menos 12 Estados miembros de la zona euro), o bien el primer día del mes siguiente al duodécimo depósito de un Estado miembro de la zona euro. Sin embargo, para los Estados de la zona euro que lo ratifiquen posteriormente a su entrada en vigor, el Tratado se aplicará el primer día del mes siguiente al del depósito de su respectivo instrumento de ratificación.

El Tratado de Estabilidad tiene por objetivo «reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria» y para lograrlo dota a la Unión de una serie de normas destinadas:

- A promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario;
- A reforzar la coordinación de sus políticas económicas, y;
- A mejorar la gobernanza de la zona euro.

Antes decíamos que siendo un tratado al margen del Derecho originario de la Unión, sin embargo, no era del todo ajeno al Derecho originario. Y esto por varias razones. En primer lugar, porque el Tratado de Estabilidad aspira a que en un futuro inmediato se convierta en Derecho originario de la Unión. En segundo lugar, porque para los Estados de la zona euro, en el caso de que todos ellos lo ratifiquen, funcionará como un Tratado complementario de las disposiciones del Derecho originario de la Unión en la materia. En tercer lugar, porque la interpretación del Tratado se hará de conformidad con los Tratados originarios y con el Derecho derivado de la Unión. En cuarto lugar, porque si el Tratado de Estabilidad exige su desarrollo o aplicación a través del Derecho derivado, éste se regirá por lo dispuesto en el Derecho de la Unión. En quinto lugar, porque su aplicación exige la previa compatibilidad con el Derecho originario de la Unión. Y, en sexto lugar, porque el Tratado no puede afectar a las competencias de la Unión en el ámbito de la unión económica.

Veamos ahora los nuevos instrumentos que se ponen a disposición de la Unión.

Pacto presupuestario

El pacto presupuestario se concreta, fundamentalmente, en el objetivo de que la situación presupuestaria de los Estados miembros debe ser «de equilibrio o de superávit». Y especifica el Tratado de Estabilidad que se entenderá cumplido dicho objetivo cuando el saldo estructural anual alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, con un límite estructural del 0,5% del PIB a precios de mercado. Se trata, por consiguiente, de un objetivo a lograr a medio plazo.

Por otra parte, los Estados miembros se comprometen a converger en el objetivo de equilibrio o de superávit, a cuyo efecto se tendrá en cuenta los riesgos para la sostenibilidad de cada país.

El Tratado de Estabilidad prevé una serie de excepciones al cumplimiento del objetivo. Por una parte, a medio plazo prevé la posibilidad de apartarse del objetivo si concurren circunstancias excepcionales (acontecimientos inusuales fuera del control del Estado miembro, periodos de grave recesión). Por otra parte, si en el Estado miembro la proporción entre deuda y PIB es muy inferior al 60% y los riesgos para la sostenibilidad sean bajos, el límite inferior del objetivo de déficit estructural, a medio plazo, podrá ser de un máximo del 1% del PIB. Y para el caso de que se produzcan desviaciones significativas del objetivo a medio plazo, o de la senda de ajuste, se activará un mecanismo corrector que incluirá la obligación del Estado miembro de aplicar medidas para corregir las desviaciones.

Deuda pública

Por lo que se refiere a la Deuda pública el Tratado de Estabilidad mantiene el límite máximo del 60% del PIB de cada Estado miembro, previsto desde 1992 en el Tratado de la Unión. El artículo 4 del Tratado de Estabilidad reitera las obligaciones de los Estados miembros de cumplimiento del Protocolo relativo al procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, así como de lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento (CE) 1467/97, del Consejo de 7 de julio, modificado posteriormente.

La novedad en materia de Deuda pública consiste en la introducción de la obligación de información de los Estados miembros de sus planes de emisión de Deuda pública al Consejo y a la Comisión, con objeto de coordinar mejor la planificación de las emisiones; aunque no se especifican instrumentos de coordinación adecuada.

Programa de colaboración presupuestaria y económica

Los Estados miembros objeto de un procedimiento de déficit excesivo, de acuerdo con el Tratado de estabilidad están obligados a elaborar un programa de colaboración presupuestaria y económica, así como los planes presupuestarios anuales con

objeto de corregir dicho déficit. Programa y planes en que los Estados miembros deben describir de modo pormenorizado las reformas estructurales que deben adoptar y aplicar con objeto de garantizar la corrección efectiva y duradera de su déficit excesivo. Dichos programas y planes deben presentarse al Consejo y a la Comisión para su aprobación y su seguimiento de acuerdo a los procedimientos establecidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Transposición por los Estados miembros de los objetivos del Tratado y medidas necesarias para dar cumplimiento a las sentencias del TJUE

Novedad relevante del Tratado de Estabilidad es la competencia de vigilancia que se encomienda a la Comisión y a los Estados miembros para que comprueben que los Estados miembros han transpuesto en sus ordenamientos internos los objetivos del Tratado, de acuerdo con el artículo 3.2 del mismo, pudiendo someter el incumplimiento al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El procedimiento que se establece en el artículo 8.1 del Tratado es similar al previsto en los artículos 258 y 259 del TFUE. El incumplimiento persistente, en su caso, por el Estado miembro de la sentencia que dicte el TJUE, no adoptando las medidas necesarias para cumplir lo previsto en el artículo 3.2 del Tratado de Estabilidad, es determinante de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 260 del TFUE, que permite imponer una sanción pecuniaria coercitiva de hasta el 0,1% del PIB del Estado incumplidor.

Cooperación económica y coordinación

Los Estados miembros se comprometen a cooperar mediante políticas económicas que fomenten el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria, y para el crecimiento económico, mediante una convergencia y competitividad reforzadas.

Por otra parte, los Estados miembros parte del Tratado de Estabilidad se comprometen a debatir previamente las grandes reformas de política económica que pretendan abordar y, en su caso, a coordinarse entre sí.

Intensificación de las medidas de supervisión y control y la cooperación reforzada

Los Estados miembros del Tratado de Estabilidad se comprometen a adoptar medidas más intensas de supervisión y control, de acuerdo con lo previsto en el artículo 136 del TFUE y, además, con el mismo propósito de intensificar la supervisión y el control los Estados miembros no descartan hacer uso de la técnica de la cooperación reforzada.

Gobernanza de la zona euro

El Tratado ha introducido algunas normas sobre gobernanza de la zona euro que se añaden a las existentes en la actualidad. En primer lugar se institucionalizan las *reuniones informales de la Cumbre del euro*. Dichas cumbres que ya vienen celebrándose en la actualidad, sin base legal, estarán integradas por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros y por el presidente de la Comisión. Participará como invitado el Presidente del Banco Central Europeo.

Se prevé que se celebren, como mínimo, dos reuniones anuales de la Cumbre, que tienen por objeto el debate sobre sus responsabilidades sobre la moneda única, la gobernanza del euro y otras cuestiones entre las que destaca la posible adopción de orientaciones estratégicas para la dirección de las políticas económicas a fin de aumentar la convergencia en la zona euro.

Los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros que no pertenecen a la zona euro, y que hayan ratificado el Tratado de Estabilidad participarán en los debates de las reuniones de la Cumbre sobre competitividad, modificación de la arquitectura general de la zona euro y los proyectos normativos. Y, al menos una vez al año, o cuando proceda, en los debates en la Cumbre sobre la aplicación del Tratado de Estabilidad.

Presidente de las Cumbres del euro

El presidente de las Cumbres del euro será designado por mayoría simple por los jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro al mismo tiempo que el Consejo Europeo elija a su presidente. Nada se dice en el Tratado sobre la incompatibilidad entre las presidencias de las Cumbres y del Consejo, de lo que se deduce que los jefes de Estado o de Gobierno podrán o no hacer coincidir ambas presidencias en una misma persona. El presidente está encargado de la preparación de las reuniones y su continuidad. El presidente de la Cumbre del Euro está encargado, también, de presentar un informe al Parlamento Europeo después de cada reunión de la Cumbre así como de mantener cumplidamente informados de los preparativos y resultados de las reuniones de la Cumbre a los Estados que han ratificado el Tratado de Estabilidad, pero que no forman parte del Eurogrupo, así como a los Estados miembros de la Unión que no hayan ratificado el Tratado de Estabilidad.

No obstante, la existencia de un presidente de las Cumbres del euro es compatible con la existencia de un presidente del Eurogrupo. El Presidente de la Cumbre del euro, que puede ser invitado a las reuniones del Eurogrupo, es el encargado, también, de la preparación y el seguimiento de las reuniones de la Cumbre del euro.

La segunda de las novedades del Tratado es la posibilidad de que el Parlamento Europeo y los Parlamentos de los Estados miembros que hayan ratificado el Tratado puedan organizar y promocionar una *Conferencia de representantes de las comisiones del parlamento europeo y de los parlamentos nacionales*.

VI. CONCLUSIONES. DE LA EUROPA DE VARIAS VELOCIDADES A LA EUROPA DE LOS CÍRCULOS CONCÉNTRICOS. LAS ORGANIZACIONES Y TRATADOS PARÁSITOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Los cambios señalados que han tenido lugar ponen de manifiesto que nos encontramos en un nuevo escenario como resultado de la crisis económico-financiera que sufre la Unión Europea.

Así, estamos en una etapa en que se ha liquidado la Europa de las varias velocidades. Este modelo suponía, siguiendo con la metáfora, que no todos los Estados utilizaban los mismos vehículos, unos tenían más potencia que otros, o eran conducidos con diferente intensidad o habilidad, pero, en todo caso, todos los vehículos utilizaban la misma autopista. Ahora, por el contrario se han creado nuevas autopistas, y algunos Estados conducen sus vehículos por la vieja y por las nuevas autopistas. Otra forma de explicar lo que está sucediendo en la Unión Europea puede representarse mediante un sistema de círculos concéntricos superpuestos unos con otros. En el círculo más concéntrico estarían todos los Estados y se caracterizaría porque en el mismo se aplicaría en su totalidad el Derecho de la Unión. Y a partir del núcleo se superpondrían otros círculos en que no estarían integrados todos los Estados de la Unión. El que ahora nos interesa destacar es el que afecta a la Unión Económica y Monetaria, en este círculo se aplicarían dos ordenamientos jurídicos diferentes: el Derecho de la Unión Europea; y por el que hemos denominado Derecho euro-intergubernamental, integrado por un conjunto de tratados y acuerdos internacionales al margen de la Unión.

El Derecho euro-intergubernamental, autorizado por el Derecho de la Unión de modo expreso o implícito, y compatible con el Derecho de la Unión ha creado organizaciones internacionales que podíamos decir que son parásitas de la Unión, porque tienen personalidades jurídicas diferentes a la Unión, pero utilizan para su funcionamiento a las instituciones y organismos de la Unión. En definitiva, el proyecto original de construcción Europea ha saltado por los aires. Pero, sin embrago, parece renacer un nuevo proyecto constructivo, al margen del Derecho de la Unión pero intensamente vinculado y relacionado con el mismo. Es el pragmatismo el que sitúa a los Estados miembros de la Unión en diferentes círculos en que se aplican diferentes derechos y obligaciones que pueden permitir seguir construyendo Europa. Pero, dicho lo anterior, a nadie se oculta que el pragmatismo de la Unión puede confundir a los propios y no convencer a los extraños. Puede confundir a los ciudadanos europeos, pues no resulta nada fácil, ni siquiera para los especialistas, comprender la compleja arquitectura de la Unión, más aun si dicha complejidad, que deriva de la incapacidad de los líderes de los Estados miembros para ponerse de acuerdo, no es el instrumento adecuado para la solución de nuestros enormes problemas internos y derivados de la globalización de la política y de la economía. Y, probablemente, no convencerá a los extraños que leerán dicha complejidad como incapacidad persistente de la Unión Europea para resolver la crisis económico-financiera en que está envuelta.

RESUMEN: En este trabajo se analizan la reforma del artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), el Acuerdo Marco sobre la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF) y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, así como las relaciones de los mencionados Tratados con la Unión Europea. Del análisis de dichas relaciones se deduce que aunque el MEDE, el FEEF y el Tratado de Estabilidad crean organizaciones al margen de la Unión Europea mantienen relaciones muy estrechas con las Instituciones de la Unión y su Derecho hasta el punto de que se les puede denominar Tratados y organizaciones parásitos de la Unión Europea. En el trabajo se analizan las causas de esta nueva generación de tratados que se sostiene inauguran una nueva etapa de la construcción europea, que se aleja de la metáfora de la Europa de las dos velocidades, y que se puede representar como un sistema de círculos concéntricos. El círculo más concéntrico o núcleo incluye a todos los Estados de la Unión y se rige por el Derecho de la Unión. Y a partir de dicho círculo se superponen otros excéntricos, unos regidos por el Derecho de la Unión y otros regidos por tratados de naturaleza euro-intergubernamental o por una combinación del Derecho de la Unión y los tratados euro-intergubernamentales.

PALABRAS CLAVE : Artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), el Acuerdo Marco sobre la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF), sistema de círculos concéntricos, Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, Tratados y organizaciones parásitos de la Unión Europea, Tratados de naturaleza euro-intergubernamental o por una combinación del Derecho de la Unión y los tratados euro-intergubernamentales.

SUMMARY: This paper discusses the reform of Article 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the Treaty establishing the European Stability Mechanism (ESM), the Framework Agreement on the European Financial Stability Facility (EFSF) and the Treaty on Stability, Coordination and Governance in Economic and Monetary Union and the aforementioned relations with the EU Treaties. The analysis of these relations it follows that although the ESM, the EFSF and the Treaty of Stability create organizations outside the European Union maintain very close relations with the EU institutions and their right to the point that they can be referred parasites Treaties and organizations of the European Union. The paper analyzes the causes of this new generation of treaties that holds inaugurate a new phase of European integration, which is far from the metaphor of a Europe of two speeds, and that can be represented as a system of concentric circles. The concentric circle or core includes all States of the Union and is governed by Union law. And from the other eccentric circle overlap, each governed by Union law and other treaties governed by euro-governmental nature or a combination of EU law and European intergovernmental treaties.

KEYWORDS: Article 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the Treaty establishing the European Stability Mechanism (ESM), the Framework Agreement on the European Financial Stability Facility EFSF), a system of concentric circles, Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, treaties and organizations parasites EU treaties euro-governmental nature or a combination of EU law and European intergovernmental treaties.

LA UNIÓN EUROPEA Y LA ACTIVIDAD CONSULAR TRAS EL TRATADO DE LISBOA. ASPECTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES¹

CONSULAR ACTIVITY AND THE EU AFTER THE TREATY OF LISBON: LEGAL AND INSTITUTIONAL ASPECTS

MARIO GONZÁLEZ PLIEGO
Diplomático

SUMARIO: I-INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO DE ACTIVIDAD CONSULAR Y SU DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL: 1. Concepto de la actividad consular. El artículo 5 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares. 2. Protección consular, asistencia consular y protección diplomática. 3. La distribución competencial. III. LA PROTECCIÓN CONSULAR Y LA RELATIVIZACIÓN DEL VÍNCULO DE NACIONALIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL EN LA ASISTENCIA A NACIONALES DE OTRO ESTADO DE LA UE. EL MARCO JURÍDICO ESTABLECIDO POR LA CDFUE Y EL TRATADO DE LISBOA Y LA EXCLUSIÓN DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA: 1. Concepto y relativización del vínculo de nacionalidad. 2. Condiciones para el ejercicio de la protección consular. El requisito de la notificación al Estado receptor. 3. Exclusión de la protección diplomática. IV. TIPOS DE ASISTENCIA, EL PRINCIPIO GENERAL DE REEMBOLSO DE LOS ANTICIPOS FINANCIEROS Y SU ENCAJE CON LAS NORMATIVAS NACIONALES. EL DOCUMENTO DE VIAJE DE EMERGENCIA: 1. La Decisión 95/553/CE de 19 de diciembre, la Decisión del Consejo de 14 de junio de 2010 y los tipos de asistencia. 2. El principio de reembolso y la aceptación por terceros Estados. 3. El documento europeo de viaje en caso de emergencia. V. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS EVACUACIONES EN CASO DE EMERGENCIA Y CRISIS Y A SUS IMPLICACIONES PRESUPUESTARIAS Y OPERATIVAS: 1. La importan-

¹ Mario GONZÁLEZ PLIEGO, Diplomático, Programa de Doctorado en Derecho de la UE. Las opiniones manifestadas en este artículo lo son a título particular del autor en el contexto de su Programa de Doctorado.

cia de las evacuaciones en caso de emergencia y la desigual presencia diplomática y consular en el exterior. 2. Condicionantes operativos. 3. Las líneas directrices en caso de evacuación. 4. El desarrollo de mecanismos de reembolso. VI. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL CONSEJO RELATIVA A LA PROTECCIÓN CONSULAR DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EN PAÍSES EXTRANJEROS: 1. Marco general. 2. Áreas en las que incide el borrador de Directiva. 3. Contenido del borrador de articulado. 4. Algunas consideraciones sobre el borrador de articulado. VII. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA ESPAÑOLA. VIII. BREVE REFERENCIA A LAS OTRAS FACETAS DE LA ACTIVIDAD CONSULAR NO TENIDAS EN CUENTA POR LA NORMATIVA COMUNITARIA. IX. LA ACTIVIDAD EN MATERIA DE EXPEDICIÓN DE VISADOS: EL PAPEL DE LAS DELEGACIONES DE LA UE A LA LUZ DEL TÍTULO V DEL REGLAMENTO (CE) Nº 810/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13 DE JULIO DE 2009. X. LA COORDINACIÓN COMPETENCIAL Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD RESULTANTE DEL TRATADO DE LISBOA: 1. La coordinación competencial. 2. El régimen de responsabilidad resultante del Tratado de Lisboa. XI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta una fecha reciente, las cuestiones consulares parecían relativamente ajenas al debate en torno a la arquitectura institucional de la Unión Europea y a la proyección de ésta en el exterior. El papel secundario que han ocupado estos temas en el seno del debate sobre la construcción europea quizás ha sido el resultado de la importancia que se ha otorgado al desarrollo, tanto en sus aspectos prácticos como conceptuales, de la Política Exterior y de Seguridad Común, dejando en un segundo plano a los asuntos consulares, al ser éstos esencialmente una responsabilidad de los Estados miembros de la UE en la que convergen aspectos muy sensibles de la soberanía nacional. O tal y como señala P. ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, esta «parquedad», que contrasta con la que se atribuye a otros derechos de la ciudadanía de la UE, «(...) *de un lado, se debe a que se trata de un tema sobre el que los Estados miembros quieren retener sus competencias y, de otro, que tanto la protección consular como sobre todo la protección diplomática en sentido estricto tienen unos condicionamientos y unos límites impuestos por el derecho internacional que impiden un desarrollo de este derecho en alguna de sus dimensiones, precisamente las vinculadas a lo que podríamos denominar el núcleo duro de la protección diplomática y consular*»².

² ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, Paz, «La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la UE en el exterior», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 11, 2º semestre de 2006, p. 12 .

En cualquier caso son indudables los avances registrados en materia de extranjería y visados, ya desde mediados de los años 80, en particular con la aplicación del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y con el esfuerzo armonizador en materia de visados de corta duración. También se han registrado progresos en ámbitos tales como el Derecho de familia (por ejemplo en materia de alimentos) o el Derecho internacional privado, esbozándose de manera progresiva un inicio de política migratoria europea que, en caso de cristalizar, incidirá mucho en la actividad de las Embajadas y Consulados de los Estados miembros.

Dos han sido las principales fuerzas del impulso en la armonización de los temas consulares en el seno de la Unión Europea: en primer lugar el desarrollo del propio concepto de «ciudadanía europea», que tiene implicaciones no sólo dentro de la Unión sino también en el ámbito exterior, en la medida en que los ciudadanos de la UE tienen una serie de derechos cuando se encuentran en el extranjero y en situación de necesidad. En este sentido es innegable el creciente interés y la preocupación que generan la atención y protección de los ciudadanos de la UE en el exterior, en atención también a la importante repercusión mediática y alarma social que generan situaciones tales como las catástrofes naturales o los atentados. En segundo lugar el espectacular aumento de los movimientos de personas con destino a la Unión Europea y al espacio Schengen, no sólo por motivos migratorios, sino también turísticos o por razón de estancia profesional, lo que ha impulsado la armonización en el espacio Schengen, sentando a su vez las bases para un papel reforzado de la Unión Europea en los aspectos migratorios.

A los efectos del presente artículo, en una primera fase analizaremos muy brevemente el concepto de actividad consular y quién hace qué en los terceros países en los que tanto los Estados miembros de la UE como la propia UE está representada. Posteriormente analizaremos cómo la normativa comunitaria ha relativizado progresivamente el requisito de la nacionalidad, que ha sido históricamente el requisito por excelencia a la hora de tener derecho a la asistencia consular, para garantizar un nivel de protección similar en el exterior de la Unión a sus ciudadanos con independencia de su nacionalidad. Seguidamente veremos las tipologías de asistencia, sus implicaciones presupuestarias, la atención en caso de emergencias y el papel de las Delegaciones de la UE y la normativa española. Posteriormente analizaremos la expedición de un documento de viaje único y todos aquellos aspectos de la actividad consular que hasta la fecha han quedado fuera de la armonización. Finalmente analizaremos los cambios que se han producido en materia de gestión de movimientos de personas, en particular a partir de la entrada en vigor el pasado 5 de abril del «Código Comunitario de Visados» (Reglamento CE 810/2009 por el que se establece un Código Comunitario de Visados) y en particular de su Título V. Este Código Comunitario, sustituye con importantes novedades a la Instrucción Consular Común y confiere un nuevo papel a las Delegaciones de la UE en materia de extranjería.

II. CONCEPTO DE ACTIVIDAD CONSULAR Y SU DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

1. Concepto de la actividad consular. El artículo 5 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares

En cuanto a la definición de la actividad consular, regida por el Convenio de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, hay que destacar la imprecisión del propio concepto, asociada a la «*imprecisión del concepto de Cónsul*» tanto en la esfera doctrinal³, como en las leyes o en los Convenios⁴. En este sentido, el artículo quinto de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares sí que delimita las «funciones consulares» a trece puntos, que no citaremos literalmente por razones de espacio. En esencia, las funciones consulares se refieren a los siguientes aspectos:

1. Protección de los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, tanto personas físicas como jurídicas;
2. Fomento de las relaciones comerciales, económicas y culturales y las relaciones amistosas en general;
3. Labores de información sobre la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor;
4. Extender pasaportes y documentos de viaje y visados;
5. Prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas;
6. Actuar en calidad de Notario, en la de funcionario del Registro Civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo siempre que no se opongan a las leyes o reglamentos del Estado receptor;
7. Velar por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte;
8. Velar por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía;
9. Representar a los nacionales del Estado que envía o tomar medidas para su representación ante tribunales o ante las autoridades del Estado receptor;
10. Comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias;

³ Véanse también las páginas 79 y ss. de NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús, *La Función Consular en el Derecho Español*, 2ª edición actualizada, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid 2004.

⁴ TORROBA SACRISTÁN, José, *Derecho Consular, Guía Práctica de los Consulados de España*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, Imprenta del Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1993, págs. 14 y ss.

11. Ejercer de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía los derechos de control e inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado;

12. Prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado anterior;

13. Ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor.

Como puede observarse, el propio concepto de «actividad consular» es sumamente amplio, y engloba actividades de derecho administrativo, notarial, civil, mercantil, marítimo, de extranjería e internacional privado, junto con otras actividades de naturaleza más asistencial⁵ o de protección de los ciudadanos en situación de necesidad en el exterior, labores de representación y competencias de índole comercial. Por todo ello, es legítimo preguntarse en qué medida incide en esta actividad consular el Tratado de Lisboa y la actual distribución competencial en el seno de la UE, puesto que en terceros países coexisten las Embajadas y Consulados Generales de los Estados miembros con las Delegaciones de la Unión Europea, tal y como han pasado a denominarse en el Tratado de Lisboa.

2. Protección consular, asistencia consular y protección diplomática

Dentro de la actividad consular, se perfilan dos grandes áreas de actividad: por un lado la protección consular y por otro lado la asistencia consular. La primera hace referencia a la reclamación contra una violación del derecho internacional o del derecho interno, instándose la reclamación ante el órgano del que emana el ilícito y no ante el Gobierno directamente, no requiere además del previo agotamiento de los recursos internos y es competencia tanto de las Misiones diplomáticas como de las Oficinas consulares. Por otro lado encontramos la asistencia consular, que viene reconocida en el artículo quinto del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y que remiten a la prestación genérica de ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía y a la asistencia en situaciones tales como la de facilitar a nacionales la permanencia en territorio de Estado receptor, la protección de los menores o la asistencia en caso de sucesión por causa de muerte. La asistencia consular no se dirige contra infracciones del derecho internacional o del derecho interno por el Estado receptor. Para que tenga lugar la asistencia consular sólo se exige la situación de necesidad de un ciudadano del Estado que envía y no una violación del derecho internacional o del derecho interno.

Conviene diferenciar la protección y la asistencia consular de la protección diplomática⁶, que remite a la acción que realiza un Estado frente a otro para reclamar

⁵ En este caso, y para el caso español, véase por ejemplo la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía en el Exterior.

⁶ Para un análisis extenso sobre su concepto y aplicación por la práctica española véase CARRANZA FÖRSTER, Sergio Román, *La protección diplomática y la práctica española*, Colección Escuela

respecto de sus nacionales la debida aplicación del derecho internacional en caso de su violación, pudiendo tener como consecuencia el reconocimiento de una violación en favor del Estado reclamante o, en su caso, la reparación del hecho internacionalmente ilícito. Se trata de una institución que deriva de la no legitimación activa del individuo en el derecho internacional general y en la competencia personal de los Estados en base al vínculo de la nacionalidad. Tiene asimismo una finalidad triple, esto es, prevenir la violación de normas internacionales relativas a extranjeros, obtener el cese de una actividad de consideración ilícita y obtener una reparación y una naturaleza discrecional, puesto que el Estado en cuestión puede decidir, en base a criterios de oportunidad, si defenderá o no los intereses de sus ciudadanos. Tres son los requisitos para su ejercicio: el vínculo de la nacionalidad, el agotamiento de los recursos internos y la correcta conducta del protegido, y en cuanto a su manera de ejercicio puede realizarse mediante gestiones diplomáticas oficiosas, oficiales o recurriendo a la vía arbitral o judicial. Como veremos más adelante, la doctrina se inclina por no incluir a la protección diplomática en el elenco de competencias reconocidas por el Tratado de Lisboa.

3. La distribución competencial

En relación a la tipología anteriormente señalada en el artículo quinto de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares podríamos hacer la siguiente división de tareas:

En cuanto a las competencias exclusivas de los Estados miembros, con algunos ligeros matices, los puntos 4 (expedición de pasaportes y documentos de viaje y visados), punto 5 (asistencia a sus nacionales), punto 6 (actividades notariales y de Registro Civil), punto 7 (sucesiones por causa de muerte), punto 8 (protección de menores), punto 9 (representación procesal), punto 10 (comisiones rogatorias), punto 11 (control e inspección de buques), punto 12 (asistencia a buques y aeronaves). Vemos que se trata del núcleo de las funciones consulares, es decir, aquellas relacionadas con la asistencia y protección consular, con el derecho civil, mercantil y notarial y con la extranjería.

En cuanto al segundo bloque de competencias en las que participa la UE encontraríamos aquellas en las que tanto los Estados miembros como la propia UE tiene áreas de responsabilidad, aunque su delimitación deviene mucho más compleja, porque entre otras cosas hay que atender al caso práctico que se plantea y tienen en todo caso una naturaleza mucho menor. Con matices encontramos el punto primero (protección de los intereses del Estado y de sus nacionales, tanto personas físicas como jurídicas), puesto que la UE también tiene, en el marco de su acción exterior, capacidad para dar cabida a la protección de los intereses de uno de sus Estados, en sentido

Diplomática, nº 11, Escuela Diplomática, Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

genérico, aunque bien es cierto que los medios de acción concretos los tienen los Estados miembros. También con matices tendría cabida la competencia de coordinación en materia de expedición de visados, muy limitada ya que en la responsabilidad fundamental en materia de extranjería recae en las Embajadas y Consulados de los Estados miembros.

Encontramos seguidamente toda una serie de puntos más difusos y con menos sustancia jurídica: el fomento de las relaciones comerciales, económicas y culturales y de las relaciones amistosas en general es también una competencia nacional pero también compartida de la UE, en la medida en que ésta tiene competencias en materia de política comercial. A título de ejemplo, la UE auspicia la creación de Cámaras de Comercio de la UE que complementan a las Cámaras de Comercio nacionales. Lo mismo podríamos decir de las labores de información sobre la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor.

III. LA PROTECCIÓN CONSULAR Y LA RELATIVIZACIÓN DEL VÍNCULO DE NACIONALIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL EN LA ASISTENCIA A NACIONALES DE OTRO ESTADO DE LA UE. EL MARCO JURÍDICO ESTABLECIDO POR LA CDFUE Y EL TRATADO DE LISBOA Y LA EXCLUSIÓN DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

1. Concepto y relativización del vínculo de nacionalidad

Como hemos visto en el punto relativo al concepto de la función consular, los tipos de actividades que encajan bajo el concepto de «actividad consular» son extremadamente amplios. En sus diversos documentos, la Comisión Europea utiliza la denominación «*protección consular*», y opta por una definición extremadamente amplia y genérica en su Informe «Protección consular para los ciudadanos de la Unión Europea en terceros países: situación actual y perspectiva futura», que quizás hubiera podido ser desarrollada con mayor precisión en atención a la diferencia existente entre protección consular, asistencia consular y protección diplomática: «*La protección consular consiste en prestar asistencia y apoyo a los ciudadanos que se encuentran en el extranjero, ya se trate de los nacionales propios o de nacionales a los que un país se ha comprometido a prestar asistencia*»⁷.

Una vez visto el concepto, cabe destacar que la función consular está íntimamente ligada a la nacionalidad, que ha sido históricamente la premisa básica para la prestación de asistencia consular de todo tipo a un ciudadano. A título de ejemplo, un buen número de Constituciones de Estados miembros de la Unión Europea incor-

⁷ Informe Protección consular para los ciudadanos de la Unión Europea en terceros países: Situación actual y perspectiva futura. COM(2011) 149 final, 23-3-2011, pág. 5.

poran la obligación del Estado de prestar asistencia a sus nacionales en el exterior y otros han desarrollado este mandato mediante legislación específica. En el caso de las Constituciones destaca la de Estonia (artículo 13), Letonia (artículo 98), Lituania (artículo 13), Hungría (artículo 69) y Polonia (artículo 36) que consagran todas ellas un genérico «derecho a la protección» del ciudadano nacional en el exterior. Sin embargo, fruto de lo que podríamos denominar como la «dimensión exterior» de la ciudadanía de la UE⁸, este requisito de la nacionalidad se ha ido flexibilizando a través del derecho comunitario. En un primer momento encontramos el artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se encuentra situado bajo el capítulo V «Ciudadanía», junto al derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales, el derecho a la buena administración, el derecho al acceso a los documentos y al Defensor del Pueblo, el derecho de petición y el derecho a la libre circulación y residencia. El artículo 46 («Protección diplomática y consular») reza así: *«Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse⁹, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado».*

Como complemento del artículo 46 de la Carta encontramos el artículo 23 del Tratado de Lisboa, antiguo artículo 20 del Tratado CE, que supone una profundización en lo establecido en la Carta: *«Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección. El Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, directivas en las que se establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha protección».* El artículo 20.2 c) recoge esta misma previsión puesto que los ciudadanos de la Unión, tienen, entre otras cosas el derecho a *«(...) acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado».* Estos artículos se ubican en la segunda parte del Tratado bajo el epígrafe «No discri-

⁸ Así lo denomina el Informe Protección consular para los ciudadanos de la Unión Europea en terceros países: situación actual y perspectiva futura COM(2011) 149 final, 23-3-2011.

⁹ En este punto algunos autores señalan que, frente a la intención de la Comisión, recogida en el *Libro Verde* de 2006, los términos utilizados en la Carta no hacen referencia a derecho alguno, y se limitan a reconocer «facultades» a los ciudadanos, entendidos éstos como personas físicas, lo que implicaría un matiz notable en relación a otros «derechos» reconocidos en el articulado y ejemplifica la limitación del régimen de protección finalmente recogido. TOUZÉ, Sébastien, «Aspects récents (et choisis) de la protection consulaire des citoyens de l'Union européenne», *Revue des Affaires européennes*, N. 01, 2011.

minación y ciudadanía de la Unión» y deben de ponerse en relación con el artículo 25.1, que recoge la obligación de la Comisión de informar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación de las disposiciones recogidas en el mismo¹⁰.

2. Condiciones para el ejercicio de la protección consular. El requisito de la notificación al Estado receptor

Cuatro son las condiciones para el ejercicio de la protección consular por un Estado UE del que no se es nacional:

- Nacionalidad de un Estado de la UE y encontrarse en un tercer país;
- Que en este tercer país no haya embajada ni consulado del país de nacionalidad¹¹;
- Esta asistencia debe de prestarse en las mismas condiciones que la que se presta a los nacionales;
- Esta asistencia puede prestarse por cualquier Estado miembro de la UE.

En todo caso, a la vista de que la citada disposición no contiene mención alguna al requisito de la notificación al Estado receptor sobre esta disposición recogida en el Tratado de Lisboa, también se ha señalado por parte de la doctrina la necesidad de que ésta se produzca, de conformidad con el artículo 34 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados¹² y el artículo 8 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Por tanto, para que la delegación de competencias consulares prevista en el Tratado de Lisboa pueda ser válidamente opuesta de conformidad con el derecho internacional es necesario que el Estado receptor sea claramente informado de su existencia, para hacer valer su acuerdo¹³. En cuanto al método de notificación, el artículo 8º de la Convención de Viena no impone ningún requisito en particular, aunque en el año 1993 la notificación de las directivas en la materia

¹⁰ Este artículo ha servido de base para la publicación de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Protección consular para los ciudadanos de la UE en terceros países. Situación actual y perspectiva futura», *Op. cit.*

¹¹ Este derecho se configura con naturaleza «subsidiaria» al hacerse sólo efectivo en caso de ausencia de representación diplomática o consular accesible. ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, Paz, *op. cit.*, pág. 12.

Sirva de ejemplo el siguiente anuncio colgado en la página web de la Embajada del Reino Unido en Teherán tras el cierre de la misma: «*British nationals requiring urgent consular assistance can visit the Embassy of any EU Member State in Tehran*». <http://www.fco.gov.uk/en/travel-and-living-abroad/find-an-embassy/middle-east-and-north-africa/iran>.

¹² Artículo 34. Norma general concerniente a terceros Estados: un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.

¹³ TOUZÉ, Sébastien, «La protection diplomatique et consulaire des citoyens de l'Union européenne. Retour sur une fausse originalité communautaire», pág. 26.

se hizo mediante Nota Verbal de la Presidencia de turno, aunque sería oportuno que ésta hiciese referencia al artículo anteriormente citado. Como veremos más adelante, la Comisión propone que tal aceptación se incluya en los futuros Acuerdos bilaterales con terceros Estados, sin entrar a definir qué tipo de acuerdos son éstos ni su contenido.

3. Exclusión de la protección diplomática

La terminología utilizada tanto por la Carta de Derechos Fundamentales y el propio Tratado de Lisboa es equívoca, puesto que habla de la «*protección de las autoridades diplomáticas*», lo que podría llevar a pensar que la protección diplomática estaría incluida dentro del elenco de competencias de la Unión Europea en el exterior. En relación a la posibilidad de que el antiguo artículo 20 TCE, y actual 23 del Tratado de Lisboa, incorpore esta posibilidad, la doctrina se inclina por descartarlo por varios motivos¹⁴: en primer lugar porque ello supondría una delegación automática y por adelantado por parte de los Estados miembros de una facultad soberana a otro Estado miembro, que estaría facultado para presentar una reclamación internacional basándose no en el vínculo de nacionalidad sino en el de ciudadanía europea, que no parece por el momento suficiente a la luz del derecho internacional público¹⁵. En segundo lugar tampoco parece posible su delegación en una organización supranacional como la UE, y en tercer lugar tampoco parece delegable en base a la naturaleza discrecional de la misma, ya que en caso de reconocerse conllevaría la posibilidad de reconocer un derecho a favor de un individuo cuando su propio Estado de nacionalidad le niega tal posibilidad. Por tanto, ello lleva a concluir que el artículo anteriormente citado se limita a incorporar la protección y la asistencia consulares. En todo caso, el antiguo artículo 20 TCE desarrolla una «protección por afinidad» tal y como lo denomina C. JIMÉNEZ PIERNAS¹⁶, que sería «muy similar en su contenido a la tradicional asistencia consular reservada por el Derecho internacional a los propios nacionales». Otros autores hablarían de un «derecho de asistencia» o de «asistencia consular», pero excluyendo siempre la protección diplomática.

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 26.

¹⁵ «*Peut-on opérer une analogie avec le concept de citoyenneté européenne ? La réponse es bien entendue négative, dans la mesure où cette dernière ne découle pas directement de l'exercice par un Etat de ses compétences personnelles et, comme l'énonce lui-même le traité, n'est qu'un complément de la nationalité conférant aux citoyens certains droits et obligations aux fins du Traité.*», *Ibíd.*, pág. 19.

¹⁶ JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos, «Estatuto de ciudadanía y Derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea», *RIE*, Vol. 20 1993, págs. 459-460, citado en ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, Paz, «La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el exterior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 11, 2º semestre de 2006.

IV. TIPOS DE ASISTENCIA, EL PRINCIPIO GENERAL DE REEMBOLSO DE LOS ANTICIPOS FINANCIEROS Y SU ENCAJE CON LAS NORMATIVAS NACIONALES. EL DOCUMENTO DE VIAJE DE EMERGENCIA

1. La Decisión 95/553/CE de 19 de diciembre¹⁷, la Decisión del Consejo de 14 de junio de 2010 y los tipos de asistencia

La asistencia a nacionales de otro Estado de la UE ya fue desarrollada por la Decisión 95/553/CE, de 19 de diciembre, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por representaciones diplomáticas y consulares, que establecía como requisitos básicos para la protección de un nacional de otro Estado miembro de la UE la inexistencia de una misión diplomática o consulado honorario del país de nacionalidad o de un país con el que se haya firmado un acuerdo de protección. En estos casos, la embajada o consulado general de un Estado miembro de la UE deberá aceptar la solicitud de asistencia de este ciudadano, siempre que se pruebe su ciudadanía de la UE. Esta asistencia será prestada en base al principio de igualdad de trato con sus nacionales y al del reembolso de la asistencia prestada.

En cuanto a la tipología de asistencia, esta Decisión establece, de manera muy genérica, qué tipo de ayuda se podrá prestar:

- Asistencia en caso de fallecimiento: en este caso la ayuda cubre la comunicación al Estado de la UE del que el fallecido es nacional y la asistencia para el entierro¹⁸. En la Decisión del Consejo de 14 de junio de 2010 en su anejo «Prácticas comunes para la asistencia consular fuera de la UE» se recoge el «mínimo común» que deben prestar todos los Estados miembros. En este caso se hace referencia a la obtención del certificado local de defunción, de un salvoconducto para los casos en los que se desee repatriar el cadáver y notificación a los familiares del fallecido.

- Asistencia en caso de accidente o enfermedades graves: la asistencia necesita de la autorización del Estado del que es nacional, que es el responsable de los gastos médicos y de la tramitación de la documentación preceptiva. En cuanto al «mínimo común» recogido en la Decisión del Consejo de 14 de junio de 2010 en su anejo «Prácticas comunes para la asistencia consular fuera de la UE» se señala la información a la familia, la asistencia para encontrar un médico o un abogado, asistencia «no económica» y asistencia reembolsable;

¹⁷ DO L 314 de 28-12-1995.

¹⁸ En este punto, el «Informe Protección consular para los ciudadanos de la Unión Europea en terceros países: situación actual y perspectiva futura», señala en su página 8 que en materia de identificación y repatriación de fallecidos, dieciséis Estados miembros han ratificado el Acuerdo sobre traslado de cadáveres y repatriación de fallecidos. En todo caso, hay que tener en cuenta que se trata de un Acuerdo de alcance muy limitado y que no cubre muchos de los terceros Estados en los que se registran fallecimientos de nacionales de la UE y con los que sí que sería necesario establecer algún tipo de acuerdo.

- Asistencia en caso de detención: la embajada/consulado general del Estado de la UE que presta asistencia no es responsable del pago de los costes de esta asistencia. En cuanto al «mínimo común» recogido en la Decisión del Consejo de 14 de junio de 2010 en su anejo «Prácticas comunes para la asistencia consular fuera de la UE» se señala que deberá visitarse al detenido, informarle de sus derechos, informar a sus familiares y controlar el estándar mínimo de tratamiento en las prisiones;

- Asistencia en caso de crimen violento. En cuanto al «mínimo común» recogido en la Decisión del Consejo de 14 de junio de 2010 en su anejo «Prácticas comunes para la asistencia consular fuera de la UE» se señala que deberá asistirse a la víctima e informar a sus familiares (cuando ésta haya consentido), asistirle para obtener ayuda legal y asistencia sanitaria;

- Asistencia para la repatriación de ciudadanos de la UE. Los gastos ocasionados serán cubiertos por el Estado de nacionalidad;

- Los ciudadanos de la UE pueden formular otro tipo de solicitud, en particular de ayuda económica en determinadas condiciones, siempre mediando el principio de reembolso.

2. El principio de reembolso y la aceptación por terceros Estados

Por tanto, como principio general encontramos el del reembolso de la asistencia prestada y tres condiciones que vienen establecidas por las propias Decisiones anteriormente citadas:

1. La autorización: no debe procederse a la concesión de ayudas económicas si el Estado de la UE del que el ciudadano es nacional no lo ha autorizado (a través de su Ministerio de Asuntos Exteriores o de la Embajada más cercana);

2. Compromiso de reembolso al Estado de la UE que presta la asistencia;

3. Reembolso: el Estado que presta la asistencia será reembolsado por el otro Estado (junto con los gastos consulares que se hayan generado). Este punto se reitera en la Decisión del Consejo de 14 de junio de 2010 en su anejo «Prácticas comunes para la asistencia consular fuera de la UE» destacando que las asistencias nacionales son por lo general reembolsables y sólo se concederán en caso de extrema necesidad;

En cuanto a la aceptación por parte de terceros Estados de esta asistencia de ciudadano de otro Estado de la UE, el citado Informe de la Comisión «*Protección consular para los ciudadanos de la UE en terceros países. Situación actual y perspectiva futura*» se hace eco de las reticencias que podría generar en un tercer Estado este tipo de asistencia, al requerirse conformidad de acuerdo con el artículo 8 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, como hemos visto con anterioridad. La Comisión propone que tal cláusula se incluya en los futuros Acuerdos bilaterales con terceros Estados.

3. El documento europeo de viaje en caso de emergencia

La cuestión de la documentación de los nacionales es uno de los pilares básicos de la función consular, bien a través de la expedición de pasaportes, bien a través de la expedición de salvoconductos, que permiten una vuelta directa al país de nacionalidad. En este ámbito también se ha producido una relativización del vínculo de nacionalidad, a través del establecimiento del documento de viaje europeo, que supone un gran avance en la materia, mediante la Decisión 96/409/PESC, de 16 de julio de 1996, que establece un formato uniforme para el documento de viaje que puede ser expedido por las autoridades diplomáticas y consulares de los Estados miembros. Este documento puede ser expedido para un único trayecto, cuyo destino sea el Estado miembro de la UE del que el solicitante es nacional o en el que reside de manera permanente o, en circunstancias excepcionales, otro tercer Estado.

En cuanto a los requisitos que deben cumplirse para solicitar el citado documento, el ciudadano de la UE en cuestión debe de carecer de documento de viaje o pasaporte (por pérdida, robo o destrucción) y debe de encontrarse en un país en el que su Estado de nacionalidad no esté representado, o el acceso es difícil para poder expedir este documento de viaje. En todo caso, las autoridades de su Estado de nacionalidad deben de autorizar la expedición del citado documento. Se trata de un enorme avance en el ámbito de la ciudadanía de la UE, puesto que esta Decisión permite la expedición de documentación a no nacionales, rompiendo así la estrechez del vínculo de la nacionalidad y las limitaciones derivadas de una presencia muy desigual de los Estados miembros de la UE en el mundo. Por el momento no parece que ningún tercer Estado en el que se haya hecho uso de este derecho al documento de viaje haya objetado al mismo.

V. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS EVACUACIONES EN CASO DE EMERGENCIA Y CRISIS Y A SUS IMPLICACIONES PRESUPUESTARIAS Y OPERATIVAS

1. La importancia de las evacuaciones en caso de emergencia y la desigual presencia diplomática y consular en el exterior

De las actuaciones consulares en el exterior, las que tienen mayor impacto y relevancia mediática son, quizás, las evacuaciones en caso de crisis política o de catástrofe natural. Este ha sido el caso de las recientes evacuaciones como consecuencia de la «Primavera Árabe» (Libia, Túnez, Egipto, Bahrein), de las evacuaciones en Japón tras el terremoto y tsunami registrado en 2011, o de las evacuaciones tras el terremoto de Haití de marzo de 2010. Estas evacuaciones son particularmente sensibles, puesto que al número de residentes permanentes en esos países hay que sumar el creciente número de ciudadanos de la UE que se desplazan temporalmente

al exterior, ya sea por motivos de turismo o de trabajo. Según estimaciones de la propia Comisión Europea, sólo en el año 2009 más de 90 millones de ciudadanos de la UE viajaron fuera de la misma, y se calcula que más de 30 millones de ciudadanos de la UE viven fuera de la Unión¹⁹. La propia Comisión Europea estima que más de 100.000 ciudadanos de la UE se encontraban en los países anteriormente referidos en el momento de producirse las crisis, por lo que es imperativo una mejora de la cooperación con el objetivo de optimizar los recursos.

La asistencia a nacionales de otros Estado de la UE es aún más importante dado que no todos los Estados de la Unión tienen la misma red de Embajadas y Consulados en el exterior y, de hecho, todos los Estados de la UE sólo están representados en los EEUU, China y la Federación de Rusia. De hecho, en el año 2006, en 107 países del mundo sólo había 10 Embajadas de la UE representadas, y en 2008 había 18 países en los que no había representación de ningún Estado miembro de la UE y 11 en los que sólo había 2 Representaciones de Estados miembros de la UE. Entre los países con ninguna o escasa presencia consular destacan importantes destinos turísticos como las Bahamas, Barbados, Madagascar, Maldivas y Seychelles. En este sentido, la Comisión Europea ha puesto de relieve la débil cobertura consular en América Central y el Caribe, Asia Central y África Occidental y Oriental y el hecho de que el 8,7% de los ciudadanos de la UE que viajan fuera de la misma visiten países donde no hay representación alguna de ningún Estado de la UE, lo que dificulta enormemente la asistencia consular.

2. Condicionantes operativos

En estos casos, el peso del operativo de la asistencia consular recae en los Estados miembros, que son, en definitiva, quienes disponen del grueso de las competencias consulares y de la capacidad de acción ante este tipo de situaciones. Sin embargo, de la observación empírica de la coordinación entre los Estados de la UE en este tipo de cuestiones, se deducen una serie de consideraciones:

En primer lugar, la decisión de evacuar a los nacionales es, en última instancia, una decisión nacional que sigue los procedimientos internos de cada país, aunque que bien es cierto que suele coordinarse con los otros Estados de la UE presentes en ese país. De hecho, los Planes de Evacuación y Contingencia son estrictamente nacionales y referidos a los nacionales del Estado en cuestión, aunque también es cierto que suelen coordinarse de manera local entre los Estados de la UE, aunque también es cierto que no suele darse un único plan de evacuación para todos los Estados de la UE. Por otro lado, la Delegación de la UE suele coordinarse con otras Embajadas con recursos operativos para llevar a cabo su propio Plan de Evacuación para su personal.

¹⁹ Informe Protección consular para los ciudadanos de la Unión Europea en terceros países: situación actual y perspectiva futura COM(2011) 149 final, 23-3-2011, página 3.

En segundo lugar, estos planes de concentración y evacuación nacionales en ocasiones consagran a un Estado líder y en ocasiones no, y hay que tener en consideración que existen también acuerdos bilaterales que vinculan a algunos Estados miembros a la hora de evacuar a ciudadanos no comunitarios²⁰. Ello puede plantear diferentes problemas operativos que dificultan la armonización, como pueden ser, por ejemplo, la existencia de diferentes mecanismos nacionales de decisión y de diferentes cadenas de mando a la hora de ordenar la evacuación, la existencia de diferentes criterios a la hora de decidir una evacuación o la existencia de diferentes criterios sobre quiénes tienen derecho a la evacuación. En relación a esta última cuestión, para algunos países de la UE la evacuación se hace en base al criterio de unidad familiar estricto (un nacional y sus familiares de primer grado, padres, esposo o pareja de hecho, descendientes) mientras que otros países son más laxos a la hora de entender el concepto de unidad familiar. Este es el caso, por ejemplo, de Suecia, puesto que su normativa interna establece que, además de sus propios nacionales y de sus familiares directos, tienen derecho a la evacuación los refugiados o los apátridas residentes en Suecia²¹, los ciudadanos de Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega y sus familias, los ciudadanos extranjeros titulares de un permiso de residencia en Suecia, los ciudadanos extranjeros que trabajan en la cooperación sueca al desarrollo y sus familiares y «*los ciudadanos de países de la UE, de acuerdo con las líneas directrices publicadas por la Unión*». Además, en la redacción de muchos de estos planes queda claro que se dará prioridad a los propios nacionales, por ejemplo, a la hora de poner a su disposición medios de transporte para la evacuación, por lo que cabe preguntarse si esta práctica casa con el principio de igualdad de trato recogido en la normativa comunitaria.

Finalmente debe hacerse referencia a las recomendaciones de viaje que ponen a disposición de los viajeros los Ministerios de Asuntos Exteriores de los Estados miembros, normalmente en sus respectivas páginas web, y que incluyen advertencias y diversas consideraciones (de seguridad, salud, etc.) a la hora de viajar a un tercer país. Estas recomendaciones no están armonizadas y cada Estado miembro las actualiza en base a sus propias evaluaciones de la situación del país, pero es indudable que tienen un importante peso a la hora de condicionar el viaje de los ciudadanos de la UE. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la vinculación o no de las mismas y la posible responsabilidad del Estado en relación a la información en ellas contenida dependerá del régimen jurídico interno²².

²⁰ Por ejemplo en el caso de España y la evacuación de nacionales andorranos y probablemente la evacuación de nacionales británicos por la Embajada de Nueva Zelanda en Timor Oriental.

²¹ «*General Rules Regarding Evacuation*» disponible en la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores de Suecia <http://www.sweden.gov.se/sb/d/11441/a/118515>. Véase también el resultado de los trabajos del Comité de Estudio de la Responsabilidad del Estado sueco en materia de emergencias consulares y evacuaciones «*The state's responsibility to assist Swedes in emergencies and emergency situations abroad*» disponible en <http://www.sweden.gov.se/sb/d/11441/a/118518>.

²² En el caso español, las recomendaciones de viaje carecen de efecto vinculante alguno y operan como mero aviso o consejo. El Estado no resulta responsable en modo alguno ni por ningún concepto,

3. Las líneas directrices en caso de evacuación

El Consejo de la Unión ha venido aprobando hasta la fecha una serie de líneas de actuación en materia de coordinación de crisis²³ con el objetivo de mejorar la coordinación operativa y el uso de los recursos disponibles. Estas líneas de actuación se dividen en actuaciones antes de la crisis y durante la crisis. En relación a las acciones previas, estas líneas directrices recogen la cooperación en una serie de áreas, como por ejemplo la coordinación en materia de recomendaciones de viaje y en materia de alertas de crisis (tanto por la EU como por su centro de gestión de crisis) o el intercambio de información sobre el terreno²⁴ (por ejemplo sobre número de nacionales residentes, presencia de menores, cooperantes de ONGs, puntos de concentración en caso de evacuación, unidades de emergencia que cooperarían en caso necesario, etc.). En relación a la coordinación y gestión de crisis se insta a reforzar la cooperación mediante el intercambio de información a través del «CoOL» (sistema «Consular on Line») y se propone reforzar los intercambios de información en relación a los acuerdos de evacuación de que disponen los Estados miembros con terceros países y con el país de destino en caso de evacuación. Finalmente, en aquellos países en los que no hay un acuerdo de Estado líder en materia de evacuación se insta a establecer una división de trabajo y de recursos.

Por otro lado, la Comisión ha impulsado toda una serie de iniciativas para mejorar la coordinación, aunque es cierto que quizás debería reforzarse aún más la coordinación en los terceros Estados en los que es más probable que se produzcan situaciones de emergencia. La Comisión ha creado una página web específica²⁵ y está llevando a cabo una serie de acciones de formación y de sensibilización de los funcionarios consulares. Como veremos más adelante, y en el marco de las nuevas competencias que le otorga el Tratado de Lisboa, la Comisión tiene también previsto presentar propuestas legislativas uniformizadoras para abordar directamente la cuestión de la compensación financiera en caso de crisis y la asistencia consular a familiares de ciudadanos de la UE que tengan la nacionalidad de un tercer Estado.

de los daños o perjuicios que, tanto por la observancia como por desconocimiento o no atención de la recomendación, pudieran ocasionarse a personas o bienes, no considerando dicha recomendación título que ampare reclamación alguna en tal sentido.

²³ Por ejemplo las relativas a coordinación de crisis por el Consejo de 14 de junio de 2010. Estas Conclusiones incluían dos documentos, uno relativo a la coordinación de crisis («*Pre-crisis situations: Travel recommendations, warnings and coordination*») y otro relativo a las prácticas comunes de asistencia consular fuera de la UE.

²⁴ En las líneas directrices se especifica que se hará siempre que tal intercambio se hará de acuerdo con las normativas nacionales de protección de datos y siempre que no se trate de información restringida. En todo caso señala además que este intercambio de información se hará de manera informal y «caso a caso».

²⁵ <http://ec.europa.eu/consularprotection/index.action>.

4-. El desarrollo de mecanismos de reembolso

En relación a los gastos que previsiblemente se generen, por el momento no se ha establecido un mecanismo de reembolso presupuestario, que está siendo estudiado. En este sentido, las Delegaciones de la Unión, de conformidad con el artículo 35, párrafo tercero del TUE, apoyarán a los Estados miembros, a petición de éstos, en sus relaciones diplomáticas y en su función de prestación de protección consular a los ciudadanos de la Unión en países terceros, basándose en la «neutralidad» en lo que se refiere a los recursos. En la actualidad el reembolso de los gastos de evacuación debe producirse de conformidad con un reparto justo de los costes, en base al prorrateo (en función del número de nacionales repatriados) y el país de nacionalidad del asistido es responsable, en última instancia, de conseguir el reembolso por parte de su nacional. Se trata éste de un tema tremendamente sensible, puesto que muchas veces la evacuación implica el uso de costosos recursos públicos, como por ejemplo los que conlleva el alquiler un avión o el uso de aeronaves de las fuerzas armadas.

La Unión Europea ha creado una línea presupuestaria específica para que sus Delegaciones puedan aportar, en caso necesario, apoyo logístico, como fue el caso de la evacuación de Gaza en 2009, que se produjo con apoyo económico comunitario. Desde noviembre de 2007 está también a disposición de los Estados miembros el Mecanismo de Protección Civil de la UE²⁶. La activación de este mecanismo conlleva que el Centro de Control e Información de la Comisión Europea se moviliza para captar recursos de los Estados de la UE, del Espacio Económico Europeo y Croacia así como intercambio de información. Este mecanismo fue activado con ocasión de los atentados terroristas de Bombay (para cofinanciar un vuelo de evacuación médica) y en el contexto de la crisis de Libia. Como medios adicionales debemos reseñar el conocido como «Consular On-Line» que supone la coordinación mediante teleconferencias y red segura de la UE, cuyos servicios son prestados por el Centro de Situación de la UE. Finalmente, tal y como se recoge en el Plan de Acción 2007-2009, uno de los objetivos últimos es la creación de Oficinas Comunes en cooperación con los Estados miembros²⁷, como ya es el caso de algunos centros de visados (Moldavia o República Democrática del Congo).

²⁶ Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007 por la que se establece un Mecanismo Comunitario de Protección Civil, en su considerando 18º establece «*El Mecanismo podría utilizarse también para apoyar la ayuda consular a los ciudadanos de la UE en emergencias importantes en terceros países en actuaciones de protección civil si así lo solicitan las autoridades consulares de los Estados miembros*».

²⁷ Aunque estamos todavía lejos de algo asimilable a los «euroconsulados», que plantean importantes retos logísticos y presupuestarios. ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, Paz, *op. cit.*, pág. 17. En todo caso, éstos supondrían un enorme avance en términos de visibilidad de la protección y de la asistencia consular de los ciudadanos de la UE.

VI. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL CONSEJO RELATIVA A LA PROTECCIÓN CONSULAR DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EN PAÍSES EXTRANJEROS

1. Marco general

La Comisión Europea ha hecho circular un borrador de Directiva relativa a la protección consular de los ciudadanos de la Unión Europea en países extranjeros, cuyo texto puede consultarse en la página web relativa a la protección consular en la UE. Este borrador de Directiva pretende sustituir a la Decisión 95/553/CE (que debía haber sido actualizada en 2007) relativa a la protección de los ciudadanos de la UE por parte de las representaciones diplomáticas y consulares, de tal manera que la nueva normativa pueda «conformarse al marco jurídico establecido en el Tratado de Lisboa», tal y como señala en su exposición de motivos, desarrollando de esta manera el punto 8º del «Informe sobre la ciudadanía de la UE 2010-La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la UE» en el que la Comisión se comprometió a reforzar el derecho a la asistencia consular de los ciudadanos de la UE en terceros países. Como señala el mismo borrador de Directiva en su página 8 «la protección consular de los ciudadanos de la UE sin representación nacional acarrea por definición una dimensión transfronteriza que amplía los derechos que otorga la ciudadanía de la UE más allá de las fronteras de la UE (...) La viabilidad y coherencia de dicho derecho se reforzarán aún más al alojarlo en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, con el derecho de los órganos de jurisdicción nacionales a solicitar al Tribunal Europeo de Justicia orientación sobre la interpretación de la legislación y con las competencias de la Comisión para garantizar el respeto del derecho». Asimismo, y según la propia exposición de motivos, se tiene suficientemente en cuenta el principio de «proporcionalidad», incluyéndose siempre aquellas actuaciones que son más frecuentes en el marco de la asistencia consular.

Este borrador ahonda en la noción de solidaridad, como expresión de los derechos que otorga la ciudadanía de la UE en el exterior, y por ende en el derecho a la asistencia en el extranjero, y desarrolla todos aquellos documentos que de una u otra manera han incorporado el mandato de desarrollar este concepto de la acción exterior de la UE²⁸. El citado borrador de directiva insiste en el nuevo contexto jurídico resultante del Tratado de Lisboa, en el que la Comisión tiene el derecho de proponer directivas que establezcan las medidas de cooperación y coordinación necesarias

²⁸ Entre otros: «Programa de Estocolmo-Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», Documento 17024/09 del Consejo de 2 de diciembre de 2009, Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2009, relativa a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo-Un espacio de libertad, seguridad y justicia que sirva al ciudadano-Programa de Estocolmo, DO C 285 E de 21-10-2010, Resolución del Parlamento Europeo de 11 de diciembre de 2007, relativa al Libro Verde «La protección diplomática y consular del ciudadano de la UE en los terceros países» DO C 232E de 18-12-1008.

para facilitar el derecho a los ciudadanos de la UE sin representación de su país a obtener de otros Estados miembros la misma protección consular que otorgan a sus propios nacionales.

2. Áreas en las que incide el borrador de Directiva

Las cuatro áreas principales en las que incide el borrador de Directiva son las siguientes:

- **Ámbito personal:** en este punto la Directiva pretende aclarar quiénes son los beneficiarios de este derecho de asistencia en base al criterio de «accesibilidad». Se tendrá derecho a este tipo de asistencia por parte de otro Estado de la UE siempre que la Embajada o Consulado del país de nacionalidad no sea «accesible». Por «accesibilidad» se entiende el no poder trasladarse las oficinas de la Embajada o Consulado de nacionalidad en un tercer país y volver al punto de partida en el mismo día (por los medios de transporte comúnmente utilizados). Asimismo, y en virtud al principio de trato no discriminatorio (arts. 23 TFUE, y 4 y 24 de la CDFUE), se considera que los familiares del ciudadano comunitario deben ser beneficiarios de dichos derechos (de conformidad con el derecho a la vida familiar y los derechos del menor (arts. 7 y 24 de la CDFUE).

- **Acceso a la protección consular y cooperación/coordiación:** se considera que deben aclararse las reglas de reparto de cargas entre los Estados miembros y la coordinación entre éstos. También se prevé que pueda derogarse esta posibilidad mediante acuerdos particulares entre los Estados miembros, siempre que los mismos sean públicos.

- **Coordinación local/valor añadido de la UE:** se insta a mejorar la coordinación local en materia de asistencia consular y a clarificar el papel de las Delegaciones de la UE en la materia. Se prevé aquí también la posibilidad de nombrar un Estado líder.

- **Asistencia en caso de crisis y reembolso de los gastos:** Se insta a clarificar los procedimientos de reembolso, que hasta el momento son excesivamente genéricos.

3. Contenido del borrador de articulado

De los 16 artículos de que consta el borrador de Directiva, cabría destacar los siguientes aspectos:

Comenzando por el Capítulo I («Disposiciones generales»), en el artículo 2 se define el concepto de «beneficiario» de la asistencia y se insiste en el concepto de «derecho» a la asistencia y en la plena igualdad del beneficiario, y de sus familiares, a la hora de obtenerlo en caso de carecer de Embajada o Consulado de su nacionalidad en el país en el que se encuentre. En cuanto a la carencia de representación, el artículo 3º considera que se tiene derecho a la citada asistencia consular si el país de la UE del que es nacional el afectado «*carece de embajada o consulado accesibles*

establecidos con carácter permanente en dicho país». Por «accesible» se entiende aquella situación en la que la embajada o consulado establecidos con carácter permanente en un tercer país «*pueden prestar una protección efectiva y se puede llegar a ellos con seguridad tras un trayecto y un tiempo de viaje razonables*», lo que se entiende cuando se puede llegar y regresar a su lugar de partida en el mismo día utilizando los medios de transporte usuales en el tercer país. También se entiende que la Embajada o Consulado no serán accesibles cuando se haya producido el cierre temporal de los mismos. En cuanto a los cónsules honorarios se los consideran equivalentes a las embajadas o consulados «*dentro de los límites competenciales que les otorguen el Derecho y las prácticas nacionales*».

En el artículo 4º se hace mención al derecho a la elección de la embajada o consulado que quieren que les represente en las circunstancias anteriormente referidas y a la posibilidad de que se establezcan acuerdos de representación para mejorar el reparto de cargas. El artículo 5º establece los criterios de identificación del ciudadano en cuestión, recurriendo a la cooperación del Estado UE del que es nacional.

El artículo 6º es de particular relevancia, puesto que establece las tipologías de ayuda a las que tendrán derecho los ciudadanos de la UE en el exterior: arresto o detención, ser víctima de un delito, accidente grave o enfermedad grave, fallecimiento, ayuda y repatriación en caso de desgracia, expedición de documentos de viaje provisionalmente de conformidad con la Decisión 96/409/PESC.

En relación al Capítulo 2 («Medidas de coordinación y cooperación»), su articulado establece los principios básicamente recogidos en la normativa existente hasta la fecha (comunicación al Estado de la UE del que el particular es nacional, información a los familiares del afectado y principio de reembolso). En su artículo 8º y siguientes especifica los tipos de asistencia que se pueden prestar: en caso de arresto o detención (artículo 8º), víctimas de un delito (artículo 9º), accidente grave o enfermedad grave (artículo 10º) y fallecimiento (artículo 11).

El Capítulo 3 del borrador de Directiva («Procedimientos financieros») es quizás la principal novedad, al recoger un principio general de reembolso y comunicación al Estado de nacionalidad (artículo 12º, «Normas generales») y un «procedimiento aligerado en situaciones de crisis» (artículo 13º), puesto que se podrá exigir el reembolso aún cuando el Estado del que es nacional no haya firmado un compromiso de devolución de los gastos ocasionados. Se incluye también una mención a las potenciales aportaciones con cargo al Mecanismo de Protección Civil de la UE, estableciendo también un modelo común para el reembolso.

El Capítulo 4 titulado «Cooperación y coordinación local en situaciones de crisis» se regula en el artículo 14º la coordinación permanente entre Estados miembros de la UE y las Delegaciones y se establece la posibilidad de que las reuniones de coordinación estén presididas por un Estado miembro «designado localmente» o por la Delegación de la UE. En cuanto al artículo 15º, éste desarrolla la coordinación de los planes de emergencia (que deberán incluir a los ciudadanos de la UE que carezcan de Representación), mientras que el artículo 16º desarrolla el concepto de Estado «principal». Por Estado(s) principal(es) se entiende a aquellos Estados encar-

gados de «*coordinar y dirigir la asistencia relativa a la preparación para y en situación de crisis, lo que incluye una función específica para atender a los ciudadanos sin representación*». El párrafo segundo recoge el procedimiento para designar a un Estado principal

El Capítulo 5 introduce las Disposiciones finales básicamente el principio de trato más favorable (artículo 17º), el desarrollo legislativo ulterior de los Estados miembros (artículo 18º) y la derogación de la Decisión 95/552/CE.

4. Algunas consideraciones sobre el borrador de articulado

El borrador de Directiva constituye, sin duda, un esfuerzo armonizador considerable y supone dotar a estas normas de una entidad jurídica de la que carecían en la situación actual, en la que el catálogo de buenas prácticas está recogido en una Decisión del Consejo. Supone también consagrar la nueva posición de la Comisión tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la clarificación de conceptos equívocos, y por otro lado esenciales, como el de «accesibilidad» y de las situaciones en las que se tiene derecho a la asistencia.

En todo caso, y desde un punto de vista práctico, sería deseable avanzar en la coordinación entre los consulados y embajadas de los Estados miembros a la hora de intercambiar información y diseñar y aplicar los Planes de Evacuación. En este sentido, el concepto de Estado «líder» recogido en el artículo 16.2 puede ser asumido con reticencia en la práctica, puesto que puede suponer asumir una gran responsabilidad en materia de evacuaciones para la embajada o consulado en cuestión, en todo caso superior a la que incluso materialmente pueda asumir. Esta responsabilidad podría asumirse de manera muy natural en determinados países potencialmente inestables o sujetos a catástrofes naturales en los que hay unos lazos históricos, políticos o culturales, pero en otros terceros países en los que la justificación puede ser más difícil podría llegar a ser potencialmente difícil encontrar un Estado líder dispuesto a asumir las cargas de tal liderazgo. Por otro lado, el hecho de que la Delegación de la UE presida estas reuniones tiene una indudable carga positiva, pero también es cierto que las Delegaciones no tienen competencias directas en materia consular o de evacuación de sus ciudadanos y por lo tanto carecen de la experiencia directa necesaria para activar un protocolo de emergencia.

En este sentido, quedan pendientes algunos retos en materia de armonización de la gestión de este tipo de situaciones, por ejemplo mediante la elaboración de listados comunes de residentes a partir de los respectivos registros de matrícula consular que sirvan para la coordinación en caso de emergencia. Pero este punto supone también un importante desafío, puesto que si hay países, como España, en el que el registro es obligatorio²⁹ en otros no lo es o las cifras de registro lo hacen inoperante a los efectos

²⁹ Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, sobre inscripción de los españoles en los Registros de Matrícula de las Oficinas Consulares en el extranjero, en cuyo artículo 2 se regula la obligación de los españoles de inscribirse en el mismo.

del establecimiento de cifras reales de residentes para la elaboración de un Plan de Evacuación³⁰. Otra cuestión que quizás debería de haberse abordado, aunque quizás queda ya resuelta con la aplicación del principio de igualdad de trato, es el establecimiento en la práctica de Planes de Evacuación en los que se da preferencia a los nacionales del Estado en cuestión. Esta práctica existe, y quizás choca con este principio. Finalmente, probablemente debería llevarse a cabo una armonización de los compromisos que determinados Estados de la UE tienen con terceros países no miembros de la UE en caso de evacuación de sus nacionales. En este punto encontramos una multiplicidad de compromisos bilaterales que implicarían que nacionales de terceros Estados no miembros de la UE se sumaran a un hipotético plan de evacuación. Por otro lado, algunos Estados miembros tienen acuerdos de evacuación con terceros Estados sin considerar al Estado líder de la UE presente sobre el terreno³¹.

VII. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA ESPAÑOLA

La normativa española se hace eco de la normativa comunitaria y de las disposiciones del artículo 23 del Tratado de Lisboa (que recoge el anterior artículo 20 del TCE) y ha desarrollado mediante disposiciones internas toda una serie de normas sobre asistencia consular y ayuda económica en caso de necesidad. Así lo han hecho las Órdenes Circulares del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación³², a su vez desarrolladas mediante Instrucciones de Servicio. Las materias reguladas son las siguientes:

- Españoles detenidos y presos en el extranjero. Se regula aquí detalladamente la asistencia a los nacionales españoles detenidos en el exterior (régimen de visitas y comunicaciones a presos, asistencia letrada, etc).
- Traslado de cadáveres y restos cadavéricos a España. Se regula en este apartado el traslado de los cadáveres y de los restos cadavéricos a España de conformidad con los Convenios internacionales firmados por España, así como la actividad en materia de tramitación de permisos de entrada de los cadáveres en España. Esta regulación incluye ya una mención a los cadáveres de ciudadanos de la UE fallecidos en la demarcación consular y que carezcan de representación de su Estado en la misma.
- Protección a nacionales de países de la UE en terceros países por Embajadas y Oficinas Consulares de los demás países de la Unión. Esta Orden circular debe

³⁰ Por ejemplo el Reino Unido, con unas cifras muy reducidas de registro de sus ciudadanos en el extranjero.

³¹ Por ejemplo el Reino Unido en Timor Oriental, que tiene suscrito un convenio con Nueva Zelanda en caso de evacuación. El resto de países miembros de la UE se dirigirían en caso de evacuación a la Embajada de Portugal, la única de los Estados miembros presente en el territorio timorense.

³² Recopilación de Órdenes Circulares Vigentes, Subsecretaría, Secretaría General Técnica, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, junio de 2005.

de completarse con la relativa a la Asistencia a ciudadanos del Principado de Andorra (de conformidad con el artículo 7º del Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación entre el Reino de España, la República Francesa y el Principado de Andorra).

- Adopción, sucesiones y todo aquello que tiene relación con la actividad notarial y de derecho civil (nacionalidad, legalizaciones, comisiones rogatorias, celebración de matrimonios, expedición de la fe de vida) y marítimo (abanderamiento de buques).
- La actividad expedidora de documentación de identidad (pasaportes y salvoconductos) y de documentación en general.
- Consejos residentes españoles y atención a la colectividad española.

En relación a la asistencia en caso de emergencia cabe destacar la importancia de la dimensión presupuestaria de las ayudas previstas para nacionales españoles, cuya supervisión compete a la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios (en función al monto de las ayudas se podrán otorgar directamente por la Embajada o Consulado) y que vienen reguladas en la Orden AEX/1059/2002, de 25 de abril, de Bases Reguladoras de las ayudas de protección y asistencia consulares en el extranjero, que entró en vigor el 14 de agosto de 2010 (BOE de 14 de mayo de 2002). Como principio general hay que destacar el carácter reintegrable de las ayudas «*salvo que se acuerde motivadamente lo contrario*», aunque las ayudas de subsistencia, detenidos y para inhumación o incineración «*tendrán siempre, como excepción a la norma, el carácter de no reintegrables*». La determinación de la capacidad o no de reintegrar la ayuda la determinará en España la Agencia Tributaria. Cabe destacar también el carácter subsidiario de las ayudas, en caso de recibirse ayudas de otras entidades públicas o privadas o de otras administraciones.

En cuanto a los requisitos para la obtención de las ayudas se establecen los siguientes: ser español (no se hace mención a la nacionalidad de un Estado miembro de la UE aunque sí se menciona a los beneficiarios de la condición de asilo y refugio en España), encontrarse en el extranjero, estar en situación de necesidad, precisar de protección o asistencia para salir de dicha situación (es responsabilidad de la Embajada o Consulado asistir al ciudadano para ponerle en contacto con entorno familiar, etc) y acreditar haber reintegrado las ayudas concedidas con anterioridad.

En cuanto a las modalidades de ayuda encontramos las siguientes: repatriación, ayuda de subsistencia, ayuda individual extraordinaria, ayuda a detenidos, ayudas para asistencia jurídica y asistencia para evacuación. En el caso de protección y asistencia a consulares nacionales de otros Estados Miembros de la UE, cuando éstos carezcan de oficina consular, se establece que deberá seguirse el art 20 TCE (actual artículo 23 del Tratado de Lisboa) y lo dispuesto en la Decisión de 19-12-1995 del Consejo «relativa a la protección de los ciudadanos de la UE por las Representaciones Diplomáticas y las Oficinas Consulares de los demás países miembros de la UE».

VIII. BREVE REFERENCIA A LAS OTRAS FACETAS DE LA ACTIVIDAD CONSULAR NO TENIDAS EN CUENTA POR LA NORMATIVA COMUNITARIA

Como hemos visto al inicio de este artículo, la actividad consular es sumamente amplia, como también es sumamente laxa la concepción de «protección consular» adoptada por la Comisión Europea, puesto que la necesidad de la citada protección puede darse en bastantes ámbitos. Por el momento quedan fuera de los esfuerzos de armonización comunitaria todos aquellos aspectos relativos a la actividad registral civil (aplicación de la Ley y Reglamentos del Registro Civil en el exterior³³) y la notarial³⁴, en los que el componente soberano de los Estados miembros es esencial. También quedan fuera los aspectos de derecho civil, algunos de ellos de gran importancia en el exterior como las adopciones internacionales, los aspectos relativos a los menores, etc. En general, todos los aspectos reseñados en este párrafo requerirían de un esfuerzo de comunitarización previo, antes de que los efectos del mismo se pudiesen percibir en el exterior.

Lo mismo puede decirse de las comisiones rogatorias en el ámbito civil y penal y de la actividad expedidora de documentos y de visados nacionales. También quedan excluidas todas aquellas actividades prestacionales y sociales, que suponen una actividad esencial de las Embajadas y Consulados Generales que atienden a las comunidades emigrantes en el exterior.

IX. LA ACTIVIDAD EN MATERIA DE EXPEDICIÓN DE VISADOS: EL PAPEL DE LAS DELEGACIONES DE LA UE A LA LUZ DEL TÍTULO V DEL REGLAMENTO (CE) Nº 810/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13 DE JULIO DE 2009

Hasta este momento, la gestión de los flujos migratorios ha sido una competencia básicamente nacional, de la que se encargan los Consulados Generales o las Secciones Consulares de las Embajadas de los Estados de la UE en los terceros países. Sin entrar en consideraciones sobre el incipiente desarrollo de una política migratoria en la UE³⁵, hay que destacar que se ha realizado, como es sabido, un importante

³³ Título III («Reglas de competencia») de la Ley del Registro Civil, en el que el vínculo es esencialmente la nacionalidad.

³⁴ Anejo III («Del ejercicio de la fe pública por los Agentes diplomáticos»).

³⁵ Véase en este sentido la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «Enfoque Global de la Migración y la Movilidad» COM(2011) 743 final, Bruselas 18-11-2011 disponible en <http://cde.gestiondocumental.info/juridica%5Caue%5CDIC11%5C31341.pdf> y la diferencia que establece entre «movilidad» y «migración». «*La movilidad de los nacionales de terceros países para atravesar las fronteras exteriores de la UE es de importancia estratégica a este respecto. Es aplicable a una*

esfuerzo de coordinación y de armonización en la expedición de visados de estancia (hasta 90 días), el conocido como «visado Schengen». Más allá de estos 90 días de estancia los Estados Schengen otorgan visados nacionales, cuyos requisitos dependen enteramente de la normativa de extranjería de los Estados miembros. De hecho, según cifras de la propia Comisión recogidas en el Enfoque Global sobre la Migración y la Movilidad, en 2009, los Estados miembros de la zona Schengen expedieron unos 11 millones de visados, lo que da una idea de la importancia de una gestión adecuada de este flujo masivo de personas.

En la actualidad, lo esencial de la actividad de las Embajadas y Consulados en materia de expedición de visados Schengen viene regulado en el Código Comunitario de Visados, Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, que entró en vigor el 5 de abril de 2010. En su Título V este Reglamento refuerza el papel de las Delegaciones de la UE, en particular respecto de las competencias que tenían con anterioridad al mismo: en primer lugar en relación a la lista armonizada de documentos justificativos para el viaje que deberán presentar los solicitantes de visado, ámbito en el que la Delegación de la UE debe tener un liderazgo coordinador. Asimismo la Delegación adquiere mayores competencias en lo relativo a la armonización de la tasa por visado y en las cuestiones relativas al impreso de solicitud. La Delegación de la UE participará también en los intercambios de información y en el desarrollo de las estadísticas sobre número de solicitantes de visado y todos aquellos aspectos relativos a situaciones de riesgo de inmigración ilegal, compañías locales de seguros, etc.

En todo caso, su perfil queda realizado mediante el artículo 48.4, referido a la «Cooperación Consular local Schengen entre los consulados de los Estados miembros», puesto que éste introduce la posibilidad de que las Delegaciones de la UE convoquen las reuniones de Cooperación Consular local a menos de que se acuerde otra cosa en el marco de la misma Cooperación Consular local. Este punto es muy relevante, puesto que la Delegación incide directamente en las agendas y orienta los trabajos de la Cooperación Consular Schengen, pero también es cierto que lo hace sin la experiencia de gestionar la actividad cotidiana de una Sección Consular o de un Consulado General, lo que hace que quizás esté un poco alejada de los pormenores de manejar la actividad diaria. Finalmente, en el artículo 48.5 se establece la obligación de la Comisión de elaborar un Informe anual, que remitirá al Parlamento y al Consejo.

amplia gama de personas, por ejemplo a visitantes de cortos periodos, turistas, estudiantes, investigadores, hombres de negocios o familiares de visita. Es, por lo tanto, un concepto mucho más amplio que la migración. La movilidad y la política de visados están relacionadas y los Estados miembros que concedieron visados Schengen en 2009 expedieron unos 11 millones. La política de visados es un instrumento esencial para una política de movilidad de futuro, como se explica en la Comunicación de la Comisión de 4 de mayo de 2011. Así pues, en estos momentos resulta necesario tener muy en cuenta los vínculos entre la política común de visados de la UE para estancias de corta duración, las políticas nacionales de los Estados miembros relacionadas con las estancias largas y el Enfoque Global de la Migración. Esta es una de las principales razones para ampliar el ámbito de aplicación de este marco político».

Aunque no intervengan las Delegaciones de la UE, un paso adelante en el desarrollo de una mayor concertación, y también desde el punto de vista de la imagen, lo constituye el artículo 41 «Cooperación entre los Estados miembros», puesto que incorpora en su párrafo primero la posibilidad de que se establezcan usos conjuntos de instalaciones en materia de visados, y en su párrafo 2 recoge los «centros comunes de presentación de solicitudes de visado» y la posibilidad de la gestión conjunta de las instalaciones. Por el momento, esta posibilidad se ha explorado en lugares concretos y con un resultado desigual por los problemas presupuestarios y legales que implica (por ejemplo el prorrateo de los costes del centro de visados o el estatuto legal de sus trabajadores, que podrían quedar fuera de la cobertura jurídica de la que goza la Embajada o Sección Consular de la Embajada en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas o de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares). En todo caso, el desarrollo de centros comunes será sin duda una de las vías de desarrollo futuro y a buen seguro, en caso de cristalizar, simplificará mucho las solicitudes de visado transmitiendo una imagen mucho más compacta del entramado Schengen o de la propia UE, al establecerse una «ventanilla única».

X. LA COORDINACIÓN COMPETENCIAL Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD RESULTANTE DEL TRATADO DE LISBOA

1. La coordinación competencial

En cuanto a la coordinación competencial entre los Estados miembros y el papel reservado a la UE, hay que subrayar que en el ámbito exterior las cuestiones consulares son de las pocas en las que el papel de la Presidencia rotatoria sigue siendo muy importante, en atención básicamente a la naturaleza intergubernamental de este ámbito de actividad. A grandes rasgos, las líneas directrices en materia de protección consular y emergencias se coordinan en Bruselas a través del Grupo de Trabajo del Consejo sobre Asuntos Consulares (COCON), y en el exterior en el marco de las reuniones de Cooperación Consular Local, que son presididas por la Presidencia de turno de la UE. En estas reuniones, en las que también está presente la Delegación de la UE, se tratan todos aquellos temas relativos a la actividad consular que son de interés para los Estados miembros. En relación a la actividad de extranjería y a la expedición de visados Schengen, como hemos visto con anterioridad, en Bruselas la coordinación se lleva a cabo en el seno del Grupo de Visados, y en el exterior en el marco de la denominada «Cooperación Local Schengen», en la que participan todos los Estados Schengen y que está regulada en el Título V (artículos 48 y ss.) del Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un Código Comunitario de Visados. Como hemos visto, de conformidad con el artículo 48.4 del Reglamento, *«estas reuniones serán convocadas por la Comisión en el correspondiente ámbito territorial, a menos que se acuerde otra cosa a petición de la Comisión»*. En el marco de la cooperación

consular local Schengen se desarrollará también un Manual, que recoge aspectos concretos de la práctica Schengen en el país receptor (por ejemplo directrices en materia de armonización documental).

Por tanto, en la práctica, en el exterior y con una frecuencia mensual, aproximadamente, se producirán este tipo de reuniones de coordinación consular y Schengen, siendo la primera presidida por la Presidencia rotatoria de la UE (en estos momentos Dinamarca) y la segunda por la Delegación de la UE (como regla general y de conformidad con el artículo 48.4 anteriormente referido). En todo caso, el impulso de la agenda de los temas consulares por parte de la Delegación de la UE se ve dificultado por el hecho de que carece de un contacto directo con la actividad de extranjería, al no tener competencias directas en la materia. Por ello, como hemos mencionado anteriormente, su iniciativa se ve mermada al no estar en contacto permanente con los problemas de extranjería y la expedición de visados, como sí lo están las Secciones Consulares y Consulados Generales de los Estados miembros, que perciben los problemas inherentes a esta actividad (gestión de flujos migratorios, falsificaciones, problemas derivados de la documentación de viaje del país receptor, etc.).

2. El régimen de responsabilidad resultante del Tratado de Lisboa

En cuanto al régimen de responsabilidad el *«Informe Protección consular para los ciudadanos de la Unión Europea en terceros países: situación actual y perspectiva futura»* destaca que el régimen de protección consular establecido en el artículo 23 del Tratado de Lisboa está sometido al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, de conformidad con el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales, está sometido al derecho al recurso judicial en caso de denegación de la asistencia, pudiéndose generar responsabilidad por el perjuicio causado³⁶. Asimismo, frente al régimen esencialmente intergubernamental anteriormente existente, que resultó en las dos Decisiones anteriormente referidas (la relativa a la protección de los ciudadanos de la UE por las representaciones diplomáticas y consulares y la relativa al establecimiento del documento provisional de viaje), el artículo 23 del Tratado de Lisboa implica que *«se abandona la lógica anterior de toma de decisiones intergubernamentales sui generis. El artículo 23, párrafo segundo, del TFUE confiere a la Comisión el derecho de iniciativa legislativa, es decir, de proponer directivas que establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha protección. Previa consulta al Parlamento Europeo, el Consejo decidirá por mayoría cualificada»*. Por todo ello, es más que previsible el impulso de la coordinación en estos ámbitos mediante el desarrollo de Directivas, que permitan una progresiva coordinación en un ámbito con normativas nacionales tan dispares.

³⁶ Informe Protección consular para los ciudadanos de la Unión Europea en terceros países: Situación actual y perspectiva futura COM(2011) 149 final, 23-3-2011, página 5.

XI. CONCLUSIONES

En cuanto a las opciones de futuro, todavía estamos lejos de la existencia de Delegaciones de la Unión Europea con una «ventanilla única» para la asistencia consular a todos los ciudadanos de la UE en función de la ciudadanía europea. En caso de existir tal ventanilla, la misma, sin duda, dotaría de una enorme y obvia visibilidad a la dimensión exterior de la ciudadanía europea y a la propia Unión. Sin embargo, como hemos visto a lo largo del presente artículo, ello presenta indudables desafíos, que requieren no sólo de avances en la coordinación de la acción exterior y de la asistencia en caso de emergencias, sino del desarrollo de mecanismos presupuestarios y, en última instancia, de una profunda armonización de la «dimensión exterior» de los derechos internos de los Estados miembros en los ámbitos civil, mercantil y notarial.

Parece oportuno recordar que no sólo la atención en caso de emergencias debería guiar el desarrollo normativo en este ámbito³⁷. Debería también tomarse en consideración el desarrollo de un catálogo de buenas prácticas³⁸ en ámbitos no tan relevantes desde el punto de vista mediático, pero que son muy comunes en la práctica, como por ejemplo la atención a enfermos mentales, la asistencia a menores no acompañados y en caso de secuestro internacional, el control de los matrimonios forzados, la asistencia a detenidos, la entrega de las pertenencias personales de un ciudadano fallecido, la asistencia y visita en períodos de cuarentena, la tramitación de comisiones rogatorias, la lucha contra el fraude documental y contra el fraude en la legalización de documentos. Son todas ellas cuestiones de enorme relevancia, en la que con una aproximación cohesionada se ganaría mucho en la calidad y eficiencia de la asistencia consular que se da a los ciudadanos de la UE.

Finalmente, está por ver la incidencia en este ámbito del Servicio Europeo de Acción Exterior, que puede asumir mayores competencias, quizás en lo que a gestión de crisis se refiere. En todo caso, y como hemos visto en el ámbito de la extranjería, un primer paso, aunque limitado, lo constituye el Código Comunitario de Visados, que otorga un mayor papel a las Delegaciones de la Unión Europea en la coordinación de los trabajos a nivel local, aunque el grueso de las competencias en materias de visados de estancia corresponde a los Estados miembros. Quizás en este punto la visibilidad de la UE (o del espacio Schengen) se alcance mediante el desarrollo de centros comunes de presentación de visados, que por el momento, como hemos visto, presentan importantes dificultades logísticas y legales.

³⁷ Se trata de un ámbito que genera mucha atención en otras organizaciones regionales de integración, como por ejemplo la ASEAN. Interesan en particular los aspectos operativos y presupuestarios, y en particular el desarrollo de los mecanismos de reembolso.

³⁸ En cuanto a las perspectivas de futuro y mejora de la asistencia, la Decisión del Consejo de 14 de junio de 2010 algunas propuestas vienen recogidas en su anejo «Prácticas comunes para la asistencia consular fuera de la UE». También se recogen propuestas en el *Libro Verde* de la Comisión de noviembre de 2006 relativo a la protección diplomática y consular de los ciudadanos de la UE en terceros países (COM(2006)712) o en el Plan de Acción de la Comisión de diciembre de 2007 (COM(2007)767) que desarrolla un programa de trabajo para el bienio 2007-2009.

En definitiva, existe una necesidad objetiva de coordinar la asistencia consular en el exterior en el caso de emergencias, pero en éstas no se acaba la utilidad de la coordinación y de la armonización de la actividad consular en terceros Estados. Quizás comienza ahora el verdadero desarrollo de la dimensión exterior de la ciudadanía de la Unión Europea.

RESUMEN: Este artículo analiza el estado actual en el que se encuentra la regulación de la asistencia consular en el derecho de la Unión Europea. La asistencia y la protección consulares han tenido históricamente una de las principales funciones de la acción exterior de los Estados en base al vínculo de nacionalidad. Sin embargo, en el marco del desarrollo del concepto de la ciudadanía europea, o lo que podríamos llamar la «dimensión exterior» de la ciudadanía de la UE, los ciudadanos comunitarios tienen el derecho a recibir asistencia y protección consular y a ser documentados también en aquellos terceros países en los que su Estado de nacionalidad no se encuentre representado, lo que se hará a través de la Embajada o Consulado de otro Estado de la UE. Tanto la Carta de Derechos Fundamentales de la UE como el Tratado de Lisboa han profundizado en este derecho, que ha venido siendo desarrollado hasta la fecha en base a Decisiones del Consejo. El Tratado de Lisboa supone un punto de inflexión, al otorgar la iniciativa legislativa a la Comisión, y por ello ésta ya ha comenzado a desarrollar un borrador de Directiva sobre la asistencia consular a los ciudadanos de la UE que se encuentren en situación de necesidad en el exterior de la UE.

PALABRAS CLAVE: Asistencia consular, ciudadanía europea, ciudadanía de la Unión Europea, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, competencia judicial en materia civil, consulado general, cooperación consular local, cooperación consular Schengen, Convención de Viena sobre relaciones Diplomáticas, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Delegaciones de la Unión Europea, documento europeo en caso de emergencia, embajadas, espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, Política Exterior y de Seguridad Común, Mecanismo Europeo de Protección Civil, protección civil, protección consular, sección consular de una Embajada, Schengen, Servicio Europeo de Acción Exterior, Tratado de Lisboa, visados.

ABSTRACT: *This article analyzes the current legal framework of the consular assistance within European Union law. Historically, both consular assistance and protection have been two of the main driving forces behind the external action of EU Member States. Only nationality entitled to this type of protection and assistance. However, within the development of the concept of European citizenship, or what could be called «external dimension» of the EU citizenship, EU citizens have the right to obtain from another EU Member State consular assistance and protection and to obtain identification documents in those third countries where their country of nationality is not represented. Both the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Treaty of Lisbon have developed this right, which was developed up until now by EU Council Decisions. The Treaty of Lisbon implies big novelties, since it confers the power of initiative to the Commission, which has drafted a blueprint of Directive which will regulate consular assistance to EU nationals who are outside the EU in a situation of necessity.*

KEY WORDS: *Consular assistance, EU citizenship, Charter of Fundamental Rights of the European Union, consulate general, consular cooperation at a local level, local Schengen cooperation, Vienna Convention on diplomatic relations, Vienna Convention on consular relations, Delegations of the European Union, European Union emergency travel document, European space of freedom, security and justice, embassies, legal competence in aspects of civil law, Common Foreign and Security Policy, EU Mechanism on Civil Protection, civil protection, consular protection, consular sections, Schengen, European Union External Action Service, Treaty of Lisbon, visas.*

**EL (IMPERFECTO) SISTEMA DE GARANTÍAS
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
DE LA UNIÓN EUROPEA. A PROPÓSITO
DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL BANCO
CENTRAL EUROPEO**

**THE (UNFINISHED) SAFEGUARDS SYSTEM OF THE
EUROPEAN UNION SANCTIONING ADMINISTRATIVE
LAW. ON THE EUROPEAN CENTRAL BANK
SANCTIONING POWERS**

ANTONIO BUENO ARMIJO

Profesor Ayudante Doctor. Acreditado Contratado Doctor
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. EL PODER SANCIONADOR DEL BANCO CENTRAL EUROPEO: INTERÉS DE LA CUESTIÓN Y DIFICULTADES METODOLÓGICAS PARA SU ESTUDIO. II. LAS BASES COMPETENCIALES Y EL GRUPO NORMATIVO REGULADOR DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL BANCO CENTRAL EUROPEO. III. LA PECULIAR POSICIÓN DEL BANCO CENTRAL EUROPEO EN EL MARCO INSTITUCIONAL DE LA UE. IV. ÓRGANOS COMPETENTES PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE UNIÓN MONETARIA Y SUJETOS CONTRA LOS QUE SE DIRIGE. V. LA ERRÓNEA (E INOPORTUNA) NOCIÓN DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN. VI. EL RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA: 1. El principio de tipicidad en las infracciones. 2. El principio de tipicidad en las sanciones y en la correspondencia entre infracciones y sanciones. 3. El problema de la reserva de ley en el ámbito administrativo sancionador. VII. EL PROBLEMA DE LA CULPABILIDAD. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PODER SANCIONADOR DEL BANCO CENTRAL EUROPEO: INTERÉS DE LA CUESTIÓN Y DIFICULTADES METODOLÓGICAS PARA SU ESTUDIO

Recientemente ha afirmado Jean-Victor LOUIS que la autoridad monetaria de la zona euro es, «tanto para el jurista como para el economista, un apasionante objeto de observación y análisis»¹. Y, en efecto, son muchas las dudas jurídicas que se suscitan alrededor del Banco Central Europeo (en adelante, BCE), elevado por el Tratado de Lisboa al rango de Institución de la Unión (art. 13.1 TUE). Por un lado, existen importantes interrogantes desde el punto de vista del Derecho Constitucional de la Unión, tales como cuál es la posición que ocupa el BCE dentro del marco institucional de la Unión y hasta qué punto resulta dicha posición respetuosa con el principio democrático, cuál es el alcance de su independencia frente a las demás Instituciones, qué lugar ocupan los actos jurídicos que adopta dentro del sistema de fuentes de la Unión, cómo debe calificarse su posición cuasi jerárquica respecto a los Bancos Centrales nacionales, etc.

Por otro lado, también se generan dudas de primer orden dentro del ámbito propio del Derecho Administrativo de la Unión. Destacadamente, las relativas a las relaciones directas que mantiene el BCE con los sujetos privados, entre las que el ejercicio de la potestad sancionadora se destaca como el ámbito de mayor complejidad por varios motivos.

En primer lugar, el ejercicio de la potestad sancionadora por parte del BCE constituye un supuesto de ejecución directa del Derecho de la Unión. Si esta forma de ejecución es, por sí misma, bastante excepcional, aún más lo es cuando ni siquiera es realizada por la Comisión Europea o alguna de sus Agencias, sino por una Institución comunitaria distinta y genéticamente independiente. En segundo lugar, la Unión Monetaria es uno de los rarísimos ámbitos donde es posible encontrar normas de la Unión estableciendo un completo régimen sancionador directamente aplicable a los ciudadanos. Desde luego, no es ajeno a esta situación el hecho de que el art. 3.1.c) TFUE configure como competencia exclusiva de la Unión «la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro». Y en tercer lugar, y sobre todo, parece clara la creciente importancia del Derecho administrativo sancionador de la Unión (tanto en ejecución directa como indirecta), lo que contrasta con la ausencia de un corpus normativo y doctrinal sólido construido a su alrededor, capaz de identificar con claridad el concepto de sanción administrativa y el alcance de las garantías sustantivas y procedimentales que deben rodear el ejercicio de la potestad sancionadora.

Todo ello parece justificar suficientemente que deba prestarse atención a la configuración actual de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo. La justificación, si cabe, se ve reforzada cuando el análisis que se propone hacer parte de las premisas conceptuales y dogmáticas del Derecho Administrativo sancionador desarrollado en España. En efecto, por diversos motivos relacionados con nuestra tra-

¹ Jean-Victor LOUIS, «L'autorité monétaire de la zone euro», en *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union Européenne. Union de droit, Union des droits*, Éditions A. Pedone, París, 2010, p. 296.

dición histórica, la Administración pública española ha gozado tradicionalmente de una amplísima potestad sancionadora, casi desaparecida en otros países de nuestro entorno desde la abolición del Antiguo régimen y hasta tiempos recientes². Ello ha generado un amplísimo campo de actuación administrativa que ha sido oportunamente estudiado por parte de la doctrina científica, la jurisprudencia y, desde su puesta en marcha, la doctrina del Tribunal Constitucional, con el fin de establecer un adecuado sistema de garantías jurídicas para el administrado. De este modo, el ordenamiento español cuenta con un Derecho administrativo sancionador suficientemente desarrollado como para servir de piedra de toque al todavía incipiente Derecho administrativo sancionador de la Unión³. A ello se uniría el hecho, además, de que los derechos fundamentales que sirven de fundamento al sistema de garantías del Derecho administrativo sancionador español son los mismos que se encuentran en la base del resto de Estados miembros y de la propia Unión Europea: los del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁴.

Existen, sin embargo, importantes dificultades metodológicas para el estudio de la potestad administrativa sancionadora del BCE. El principal problema a este respecto se encuentra en la dificultad para acceder a las sanciones que efectivamente impone esta Institución. Como es habitual, las resoluciones por las que se acuerda la imposición de una sanción no son publicadas en ningún *Diario Oficial*, sino directamente notificadas a la entidad sancionada. En consecuencia, solo estas últimas tienen conocimiento de la resolución. Así ocurre también, por norma general, en el ordenamiento jurídico español. Ello da lugar a que, normalmente, solo sea posible tener noticia de las sanciones impuestas por una vía indirecta: la jurisprudencia. En efecto, la publicidad de las resoluciones que ponen fin a los procesos judiciales

² En países como Francia, Alemania o Italia una interpretación estricta del principio de separación de poderes hizo que las sanciones administrativas prácticamente desaparecieran (con excepción de las sanciones estrictamente disciplinarias y, en ocasiones, del ámbito fiscal) hasta que comenzaron a surgir las primeras «leyes de despenalización». Por el contrario, en otros países, como España, Austria o Suiza, la Administración no solo mantuvo incólume su potestad sancionadora sino que, al aumentar progresivamente su presencia en todos los ámbitos de la vida social y económica, esta se extendió a nuevos campos. Cabe destacar que entre ellos se incluiría, por cuanto ahora nos interesa, la disciplina bancaria y financiera. Sobre todo ello, Blanca LOZANO CUTANDA, «Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa: “despenalización” y garantía», *Revista de Administración Pública*, nº 121 (enero-abril 1990), en especial, pp. 393-400.

³ Puede, por tanto, prescindirse de las prudentes advertencias de José SUAY RINCÓN, «Los principios inspiradores del Derecho Administrativo Sancionador Comunitario», en Enrique GÓMEZ-REINO CARNOTA (dir.), *Jornadas sobre el Derecho Administrativo Comunitario*, Escola Galega de Administración Pública-Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 120-121, acerca de que en este ámbito «debe huirse de las ideas preconcebidas propias a partir de la experiencia puntual de cada Estado miembro y, mucho más, de tratar de instalar automáticamente dichas ideas en el ámbito de la Unión Europea (...) No es “nuestra” Unión Europea, sino la Unión Europea de todos los Estados miembros y se alimenta, por consiguiente, de las diversas experiencias de dichos Estados».

⁴ Sobre la aplicabilidad del art. 6.1 CEDH a la actuación administrativa productora de decisiones sancionadoras y, especialmente, el debate doctrinal que ello ha ocasionado en Francia, *vid.* Francisco RODRÍGUEZ PONTÓN, *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 93-100.

permite tener una idea, siquiera parcial, de las sanciones impuestas por la Administración pública. En realidad, el estudio de la actividad sancionadora de la Administración a través de la jurisprudencia implica el riesgo de describir una realidad distorsionada, en la medida en que los casos que llegan a los tribunales son aquellos en los que existe algún tipo de patología. Sin embargo, en el caso de la actividad sancionadora desplegada por el BCE ni siquiera cabe ese riesgo, sencillamente porque no existe ninguna resolución del Tribunal de Justicia cuyo objeto venga constituido por alguna de las sanciones impuestas por el BCE.

Como resultado, la única forma de comprobar si el BCE ejerce sus potestades sancionadoras es acudiendo a las memorias anualmente publicadas por esta Institución. Solo allí es posible encontrar algunas indicaciones, realmente mínimas, sobre estas sanciones. En los Informes Anuales correspondientes a sus primeros cuatro años de vida el BCE recogía el número de sanciones impuestas así como ciertas indicaciones sobre su cuantía. De este modo, sabemos que el número de sanciones impuestas por incumplimiento de exigencias de reservas fue de 132 en 1999 y de 92 en 2000, mientras que en 2001, 2002 y 2003, el promedio de infracciones para cada periodo de mantenimiento del año se situó en 70, 29 y 19, respectivamente. Se trató, por norma general, de incumplimientos de menor cuantía, por lo que las sanciones fueron, asimismo, generalmente bajas (alrededor del 80% de las sanciones impuestas en 2000 fue inferior a 500 euros, porcentaje que se reduce hasta el 58% en 2003), si bien también se registraron infracciones de cierta importancia sancionadas con multas superiores a los 10.000 euros (25 en 2001, 13 en 2002, 7 en 2003)⁵.

Junto a ello, al desglosar su presupuesto, el BCE presentaba entre los epígrafes correspondientes a los ingresos las «sanciones impuestas a las entidades de crédito por el incumplimiento de las reservas mínimas requeridas». En concreto, los ingresos por este concepto se elevaron a 1.296.112 euros en 2000, 931.206 euros en 2001, 634.241 euros en 2002 y 700.271 euros en 2003⁶. Sin embargo, a partir del *Informe Anual del Banco Central Europeo, 2004* únicamente se incluye la segunda de estas informaciones, lo que solo nos permite conocer que los ingresos por este concepto supusieron para el BCE 297.964 euros en 2004, 473.432 euros en 2005, 338.198 euros en 2006, 263.440 euros en 2007, 588.052 euros en 2008 y 679.416 euros en 2009, pero no el número de infracciones cometidas ni su gravedad⁷.

⁵ Datos extraídos de los sucesivos informes aprobados por el BANCO CENTRAL EUROPEO: *Informe anual del Banco Central Europeo. 2000*; *Informe anual del Banco Central Europeo. 2001*, p. 76; *Informe anual del Banco Central Europeo. 2002*, p. 85; *Informe anual del Banco Central Europeo. 2003*, p. 87.

⁶ BANCO CENTRAL EUROPEO, *Informe anual del Banco Central Europeo. 2000*; *Informe anual del Banco Central Europeo. 2001*, p. 215; *Informe anual del Banco Central Europeo. 2002*, pp. 228-229; *Informe anual del Banco Central Europeo. 2003*, p. 215.

⁷ BANCO CENTRAL EUROPEO, *Informe anual del Banco Central Europeo. 2004*, p. 216; *Informe anual del Banco Central Europeo. 2005*, p. 212; *Informe anual del Banco Central Europeo. 2006*, p. 228; *Informe anual del Banco Central Europeo. 2007*, p. 245; *Informe anual del Banco Central Europeo. 2008*, p. 264; *Informe anual del Banco Central Europeo. 2009*, p. 248.

Aparentemente, conocer la suma total ingresada por el BCE en concepto de sanciones autorizaría a afirmar, al menos, que esta Institución ejerce regularmente su potestad sancionadora. No obstante, y como se indicará más adelante, la normativa del BCE incluye en este mismo concepto de «sanciones» a las simples multas coercitivas impuestas en ocasiones a las entidades de crédito incumplidoras de sus obligaciones de reservas mínimas. En consecuencia, ni siquiera esta última deducción es segura del todo.

De manera inversa, el hecho de que en los presupuestos del BCE no haya referencia alguna a las sanciones impuestas por otros motivos, señaladamente por incumplimiento de las obligaciones de información en materia de estadística, llevaría a pensar que esta Institución no ha ejercido jamás sus competencias sancionadoras en este ámbito.

Esta situación de oscurantismo respecto al ejercicio de la potestad sancionadora por parte del BCE no parece deseable en absoluto, sin que resulte del todo convincente el argumento de que el conocimiento público de la imposición de una sanción a una entidad de crédito puede provocar en los depositantes «una desbandada general, ya que estos inmediatamente asociarían la sanción a una supuesta crisis económica de la entidad», dando lugar a una pérdida masiva de los fondos depositados en ella⁸. En realidad, el orden público económico más bien tiende a exigir la publicidad de este tipo de decisiones, con el fin de garantizar la transparencia y, por tanto, una mayor confianza en el mercado, sin que dicha publicidad deba considerarse, en sí misma, una nueva sanción⁹.

Como resultado de la situación descrita, el análisis de la potestad sancionadora del BCE solo puede basarse en sus normas reguladoras. Junto a ellas, únicamente cabe acudir a la jurisprudencia recaída en relación con las sanciones impuestas en otros ámbitos de la Unión, como la protección de los intereses financieros comunitarios (incluyendo las importantes partidas de fondos agrícolas y estructurales) y las normas de defensa de la competencia. No en vano, cabe retener que parte de la regulación de la potestad sancionadora del BCE parece inspirarse directamente en la regulación existente en estos sectores¹⁰.

⁸ José SUAY RINCÓN, «Sanciones», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (dir.), *Estudios de Derecho público bancario*, CEURA, Madrid, 1987, pp. 361 y 363, quien justifica de este modo que «el desarrollo del procedimiento sancionador se desenvuelva con el máximo sigilo».

⁹ Así lo ha entendido, en un ámbito económico distinto, pero igualmente vulnerable a los riesgos de una defectuosa información (el mercado de valores), la STS de 21 de julio de 2009, Sección Tercera (recurso de casación para la unificación de doctrina nº 507/2008). La sentencia, tras analizar el art. 103.e) de la Ley del Mercado de Valores, niega que la obligación de publicar en el *BOE* las sanciones impuestas en esta materia, una vez sean firmes en vía administrativa, tenga carácter sancionador. De este modo, la sentencia rechaza que esta medida tenga naturaleza sancionadora o restrictiva de derechos individuales, justificando su existencia, más bien, en «motivos de tutela jurídica de intereses públicos vinculados con el deber de información, con la finalidad de preservar los principios de transparencia y publicidad de la actividad financiera».

¹⁰ Así lo ha detectado Maiténa POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant-LGDJ, Bruselas-París, 2004, pp. 302, 511 y 512, por ejemplo, en relación con los elementos

II. LAS BASES COMPETENCIALES Y EL GRUPO NORMATIVO REGULADOR DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL BANCO CENTRAL EUROPEO

En el nivel de desarrollo alcanzado por el proceso de integración de la Unión Europea, parece inevitable aceptar que esta goce de un poder sancionador propio. En última instancia, se trataría de una exigencia derivada de la existencia de «bienes, valores y principios jurídicos propios del ordenamiento comunitario» y que, por tanto, a él corresponde en primer término proteger, acudiendo incluso, si ello fuera necesario, al ejercicio del *ius puniendi*¹¹. No obstante, la Unión Europea constituye un ente político de segundo grado, no soberano, en el que rige el principio de competencias de atribución. En virtud de este principio, y tal y como ahora recoge expresamente el art. 5.2 TUE, «la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que estos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros». Ello significa que el reconocimiento de una potestad sancionadora propia de la Unión exige determinar la base competencial mediante la que esta le es atribuida, explícita o implícitamente, en los Tratados.

Es bien conocida la evolución jurisprudencial acontecida en esta cuestión, en la que el Tribunal de Justicia ha realizado un uso intensivo de la teoría de los «poderes implícitos», llegando a reconocer por esta vía incluso competencias penales en favor de la Unión¹². Pero todo ello puede ser omitido a nuestros efectos, por cuanto la potestad administrativa sancionadora del BCE se encuentra expresamente reconocida en los Tratados.

En efecto, existen únicamente dos atribuciones explícitas de competencias sancionadoras a la Unión. Una, en materia de defensa de la competencia, en el art. 103.2.a) TFUE. La otra, en materia de política monetaria, en el art. 132.3 TFUE, atribuyendo expresamente, además, el ejercicio de esta potestad al BCE. No parece, desde luego, casualidad que en ambos casos se trate de materias económicas, atendiendo a la centralidad de los intereses económicos en el ordenamiento comunitario¹³. Junto

previstos para la fijación de las sanciones (comportamiento de la empresa, intencionalidad, gravedad de las consecuencias, duración, ventajas obtenidas, etc.) o la regulación de los derechos de defensa, para los que parece haber servido de modelo el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia.

¹¹ Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, «Marco institucional de las sanciones comunitarias», *Documentación Administrativa*, nº 280-281 (enero-agosto), p. 361.

¹² STJUE de 13 de septiembre de 2005, *Comisión c. Consejo*, as. C-176/03, y STJUE de 23 de octubre de 2007, *Comisión c. Consejo*, as. C-440/05. Puede encontrarse una primera y breve exposición sobre la posibilidad de reconocer competencias penales a las Instituciones de la (entonces) Comunidad Económica Europea, en Enrique BACIGALUPO, *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Colex, Madrid, 1991, pp. 91-98. Entre las aportaciones más recientes, *vid.*, María ACALE SÁNCHEZ, «Derecho penal y Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30 (mayo-agosto 2008), pp. 349-380, así como el amplio debate doctrinal del que da cuenta.

¹³ Así lo destaca Maiténa POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 103.

a ellas, y a fuer de exactos, existen otras dos previsiones expresas que permiten la adopción de medidas «sancionadoras», relativas, respectivamente, a las obligaciones en materia de déficit de los Estados miembros cuya moneda es el euro (art. 126.11 TFUE) y al cumplimiento forzoso de sentencias del Tribunal de Justicia por parte de los Estados miembros condenados (arts. 260.2 y 260.3 TFUE)¹⁴. En estos dos últimos casos, sin embargo, no cabe hablar propiamente de sanciones administrativas, pues estas únicamente pueden darse en las relaciones entre los particulares y los poderes públicos, y no entre organismos internacionales y sus Estados miembros¹⁵.

Por cuanto ahora nos interesa, el art. 132.3 TFUE (antiguo art. 110.3 TCE) dispone que «dentro de los límites y en las condiciones adoptados por el Consejo con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 4 del artículo 129, el Banco Central Europeo estará autorizado a imponer multas y pagos periódicos de penalización a las empresas que no cumplan con sus obligaciones respecto de los reglamentos y decisiones del mismo». Idéntica redacción se repite en el art. 34.3 de los Estatutos del Banco Central Europeo y del Sistema Europeo de Bancos Centrales (en adelante, los Estatutos), también con rango de Derecho originario. De conformidad con ambas disposiciones, y siempre en el marco de las normas previamente aprobadas por el Consejo, se atribuye al BCE la potestad para ejecutar las normas sancionadoras frente a las empresas que incumplan sus obligaciones en materia de Unión Monetaria. Ejecución, eso sí, que incluye tanto la ejecución administrativa como un cierto desarrollo normativo previo.

De conformidad con el anterior esquema, y sobre la base de los art. 132.3 TFUE y 34.3 de los Estatutos, se dictó el Reglamento (CE) n° 2532/98 del Consejo, de 23 de noviembre de 1998, sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (en adelante, Reglamento n° 2532/98). Este Reglamento, que constituye la norma de cabecera del grupo normativo regulador de la potestad sancionadora del BCE, se encuentra desarrollado por el Reglamento (CE) n° 2157/1999 del Banco Central Europeo, de 23 de septiembre de 1999, sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (en adelante, Reglamento n° 2157/1999).

Junto a ambas normas deben tenerse en cuenta toda una pléyade de Reglamentos del Consejo y de actos jurídicos (normativos y no normativos) del BCE que rigen

¹⁴ A estas previsiones cabría añadir las recogidas en el Tratado por el que se establece la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), en el que se atribuyen a la Comisión potestades sancionadoras como «corolario de la inspección» que esta misma Institución debe ejercer. Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 73.

¹⁵ Como señala Luis María Díez-PICAZO, «Derecho comunitario y medidas sancionadoras», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 78, 1996, p. 252, «confundir ambas cuestiones equivaldría, verbigracia, a equiparar los artículos 25 y 135 de la Constitución española». En el mismo sentido, Maiténa POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, cit., pp. 44-58, quien niega también el carácter de verdadera sanción de la suspensión de derechos acordada por el Consejo contra un Estado miembro cuando se haya constatado la existencia de una violación grave y persistente por parte de este a los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos (art. 7.3 TUE).

la actividad de las entidades financieras y que cumplen una función de «normas de remisión», de modo que el incumplimiento de las obligaciones que tales actos imponen puede ser constitutiva, según veremos, de infracción.

Asimismo, existen también ciertos actos de *soft law* en los que el BCE hace público el modo en que interpretará las anteriores normas, incluyendo sus aspectos sancionadores. Se trata, fundamentalmente, de la «Notificación del Banco Central Europeo relativa a la imposición de sanciones por incumplimiento de la obligación de mantener reservas mínimas (2000/C 39/04)» y de la «Notificación del Banco Central Europeo sobre la imposición de sanciones por incumplimiento de las exigencias de información estadística relativas al balance (2004/C 195/10)».

III. LA PECULIAR POSICIÓN DEL BANCO CENTRAL EUROPEO EN EL MARCO INSTITUCIONAL DE LA UE

El BCE fue creado el 1 de junio de 1998 como pieza clave de la tercera fase de la Unión Monetaria, sustituyendo al hasta entonces existente Instituto Monetario Europeo (IME). La diferencia entre ambos entes no fue solo nominal. A pesar de las importantes funciones que tenía encomendadas (fundamentalmente, de coordinación de las políticas de los Bancos Centrales nacionales), el IME únicamente podía formular recomendaciones y dictámenes, dotados de «una importante *auctoritas*», pero carentes de fuerza vinculante¹⁶. La atribución de la potestad sancionadora al BCE supuso, por tanto, una importante novedad respecto de la situación anterior.

En efecto, el BCE fue modelado a imagen y semejanza de los poderosos Bancos Centrales de los Estados miembros. Muchos de estos últimos, en ocasiones con una existencia más que centenaria, ejercían ya importantísimos poderes de intervención en la vida económica y política de sus respectivos Estados, en muchas ocasiones con notables grados de independencia respecto a parlamentos y gobiernos, contando para ello con un personal altamente cualificado. De este modo, y de nuevo en palabras de LOUIS, «era evidente que la Unión Monetaria solo podía realizarse con la colaboración de los Bancos Centrales nacionales y no contra ellos»¹⁷. El resultado fue la creación de un BCE dotado de importantes poderes y, lo que es quizás más importante, de una notable independencia. El BCE goza de personalidad jurídica propia (art. 282.3 TFUE), de autonomía financiera (art. 282.3 TFUE y art. 26 de los Estatutos), de autonomía en la contratación y gestión de su personal (art. 36 de los Estatutos) y de responsabilidad patrimonial propia (art. 340 TFUE). Su independencia «en el ejercicio de sus competencias», que incluyen una amplia potestad normativa de especial importancia en el ámbito sancionador, se proclama en el art. 282.3 TFUE, donde se añade que «las instituciones, órganos y organismos de la Unión y

¹⁶ Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, «Cuestiones jurídicas sobre el euro», en Francisco SOSA WAGNER (COORD.), *El Derecho Administrativo en el umbral del s. XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón MARTÍN MATEO*. T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 2593.

¹⁷ Jean-Victor LOUIS, «L'autorité monétaire de la zone euro», cit., p. 285.

los gobiernos de los Estados miembros respetarán esta independencia». Todo ello ha permitido conceptuar al BCE, a imagen de los Bancos Centrales nacionales, como una autoridad independiente, solo que comunitaria¹⁸.

No obstante, el entendimiento de la independencia del BCE como desvinculación del resto de Instituciones de la Unión y de los gobiernos y parlamentos de los Estados miembros conlleva que esta Institución arrastre un importante déficit de legitimidad democrática. Dicho déficit se manifiesta tanto en la forma en que son elegidos los órganos directivos del BCE como en el modo en que este (no) rinde cuentas ante los ciudadanos europeos. Las críticas a esta falta de legitimidad democrática no son raras¹⁹, pero estas críticas se hacen especialmente intensas cuando se repara en la potestad sancionadora del BCE. En relación con esta última, incluso quienes justifican que los Bancos Centrales adopten las decisiones básicas en materia monetaria con total independencia, atendiendo a su especial cualificación, consideran que el respeto a la libertad individual debería llevar a que el ejercicio de la potestad sancionadora recayera sobre la Administración, dada su mayor legitimidad²⁰.

En todo caso, la independencia del BCE se circunscribe estrictamente al ejercicio de las competencias que le son propias y que justificaron su creación. Se trata, por tanto, de una simple independencia o autonomía funcional en el sentido clásico de estar orientada «a la reglamentación de los intereses propios»²¹. Esta situación justifica que, a pesar de que en ejercicio de su potestad normativa pueda configu-

¹⁸ Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, «Cuestiones jurídicas sobre el euro», cit., p. 2609.

¹⁹ El punto central de estas críticas se sitúa, como señala M^a José ALONSO MAS, «La dirección de la política monetaria por el Banco de España», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* n^o 67 (1997), p. 785, en que «toda actividad de dirección de la economía, y especialmente la monetaria, es una actividad de Gobierno, que debe de estar sometida al control democrático, es decir, tener una legitimidad democrática». Las decisiones del gobierno de la economía, frente a lo sostenido desde postulados tecnócratas, tendrían en última instancia una naturaleza política, y no solo técnica. En consecuencia, la legitimidad de los órganos encargados de adoptarlas no podría ser únicamente técnica, sino también política.

²⁰ En este sentido, José SUAY RINCÓN, «Sanciones», cit., p. 371. Debe advertirse, sin embargo, que desde los ordenamientos de otros Estados miembros el hecho de que la potestad sancionadora sea ejercida por una «autoridad independiente», lejos de verse como un problema, podría considerarse una ventaja y, en concreto, podría considerarse constitucionalmente preferible y más conveniente que el ejercicio de la potestad sancionadora recaiga en este tipo de autoridades antes que en la Administración «general». De hecho, el argumento de la «autoridad independiente» parece haber tenido una especial importancia en Francia para aceptar la compatibilidad de las sanciones administrativas con el principio de separación de poderes que, en principio, obligaría a reservar el ejercicio del *ius puniendi* en exclusiva a los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial, excluyendo a la Administración. Manuel REBOLLO PUIG, Manuel, «Las sanciones administrativas en el Derecho francés», *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1991, p. 468.

²¹ Santi ROMANO, «Autonomía», en *Fragments de un diccionario jurídico*, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA RENDÍN, Ediciones Jurídicas Europa y América, Buenos Aires, 1964, p. 50. En expresión de Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, «Capítulo III. Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea», en Enrique LINDE PANIAGUA, Mariano BACIGALUPO SAGGESE y Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 5^a edición, 2012, p. 274, la independencia del Banco Central Europeo «es, pues, limitada y funcional, no orgánica e institucional».

rar un «régimen normativo excepcional respecto del ordenamiento jurídico europeo general»²², ello «no tiene como consecuencia desvincularlo por completo de la Comunidad Europea ni eximirlo de toda norma jurídica comunitaria» (STJCE de 10 de julio de 2003, Comisión c. Banco Central Europeo, as. C-11/00, ap. 134).

A nuestros efectos, esto conlleva que el BCE, en el ejercicio de su potestad sancionadora, no solo se encuentra vinculado por las normas aprobadas por él mismo, sino por otras muchas normas básicas del ordenamiento jurídico de la Unión y, muy especialmente, «los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (art. 6.1 TUE), «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» (art. 6.3 TFUE)²³.

IV. ÓRGANOS COMPETENTES PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE UNIÓN MONETARIA Y SUJETOS CONTRA LOS QUE SE DIRIGE

Aunque suela identificarse únicamente con el BCE, la definición y ejecución de la política monetaria de la Unión corresponde, en puridad, al Sistema Europeo de Bancos Centrales (en adelante, SEBC), formado por el BCE y los Bancos Centrales nacionales (art. 127.2 TFUE). De este modo, la autoridad monetaria europea presentaría una estructura «parcialmente descentralizada»²⁴.

²² Manuel J. SARMIENTO ACOSTA, «La potestad normativa del Banco Central Europeo y del Banco de España: una transformación del tradicional sistema de fuentes», *Noticias de la Unión Europea* n° 217 (febrero 2003), p. 58.

²³ En definitiva, «la independencia del BCE no se concibe como una barrera infranqueable que excluya la aplicación de las reglas de derecho común, sino que el legislador comunitario puede adoptar medidas normativas que sean aplicables al BCE, siempre y cuando no se inmiscuya en el ejercicio de las funciones específicamente encomendadas al SEBC», Juan SANTOS VARA, «La independencia del Banco Central Europeo y del Banco Europeo de Inversiones frente a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). Comentario a las Sentencias del TJCE de 10 de julio de 2003, Comisión c. BCE y Comisión c. BEI», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 8 (enero-abril 2004), p. 256. Sobre esta misma sentencia, y haciendo una encendida defensa del sometimiento del BCE a los poderes de control de la OLAF como forma de equilibrar «el binomio tecnocracia-democracia», Fernando GONZÁLEZ BOTIJA, «Los límites de la autonomía del Banco Central Europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003. Comisión de las Comunidades Europeas contra Banco Central Europeo (BCE)-Asunto C-11/00», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 123 (julio-septiembre 2004), en especial, pp. 493-500.

²⁴ Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, «Capítulo 13. El Banco Central Europeo», en Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 300. No obstante, las relaciones entre BCE y Bancos Centrales nacionales distan de estar claras, como tampoco lo está la verdadera naturaleza de estos últimos, órganos híbridos en parte nacionales y en parte supranacionales. Sin que podamos detenernos en ello, y a mero título de ejemplo, basta con indicar que la independencia que se predica del BCE se extiende, también, a los Bancos Centrales

En todo caso, el BCE ocupa un papel de preeminencia absoluta dentro del SEBC, como lo demuestra, en primerísimo término, el que sean los órganos rectores del BCE los que dirigen el SEBC (art. 282.2 TFUE). Tales órganos son el Comité Ejecutivo, formado por un Presidente, un Vicepresidente y otros cuatro miembros, todos ellos nombrados de entre personas de reconocido prestigio y experiencia profesional en asuntos monetarios o bancarios, y el Consejo de Gobierno del BCE, formado por los miembros del Comité Ejecutivo al que acabamos de referirnos y los Gobernadores de los Bancos Centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro.

Sobre el Consejo de Gobierno recae, fundamentalmente, el deber de formular la política monetaria de la Unión y las orientaciones necesarias para su cumplimiento (art. 12.1 de los Estatutos). Por su parte, corresponde al Comité Ejecutivo, más pequeño y ágil, la «gestión ordinaria del BCE» (art. 11.6 de los Estatutos), la puesta en práctica de la política monetaria, la preparación de las reuniones del Consejo de Gobierno y las funciones que este le delegue (art. 12.1 de los Estatutos). En consecuencia, el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde al Comité Ejecutivo.

Debe advertirse que el mismo art. 12.1 de los Estatutos permite que el BCE pueda recurrir a los Bancos Centrales nacionales para ejecutar «operaciones que formen parte de las misiones del SEBC». No obstante, las delegaciones previstas en este artículo se limitan a las «operaciones», por lo que el BCE «no puede delegar sus poderes, por ejemplo, en lo que concierne a la adopción de sanciones frente a empresas»²⁵, en el bien entendido de que lo que no puede delegar es, únicamente, la adopción de la resolución sancionadora.

De este modo, los Bancos Centrales nacionales pueden participar en el ejercicio de la potestad sancionadora. Así, pueden proponer al Comité Ejecutivo del BCE la iniciación de un procedimiento sancionador o incluso pueden iniciarlo por sí mismos (art. 3.1 Reglamento nº 2532/98). Pueden, incluso, tramitar todo el expediente, debiendo remitirlo al Comité Ejecutivo del BCE, una vez terminada la instrucción, para que este resuelva. Finalmente, en caso de que la tramitación la haya llevado a cabo el propio Comité Ejecutivo del BCE, este deberá consultar con el Banco Central nacional en cuya jurisdicción tuvo lugar la presunta infracción antes de resolver el expediente. En consecuencia, el ejercicio de la potestad sancionadora en materia monetaria se configuraría, según indicamos, como una forma de ejecución directa del Derecho de la Unión.

Desde el extremo opuesto de la relación, la potestad sancionadora se ejerce únicamente sobre sujetos privados. Ello no significa que el BCE no pueda actuar contra los Estados miembros que incumplen sus obligaciones en materia de política monetaria. Lo que ocurre es que en tales casos –y dejando al margen el peculiar mecanismo de control del déficit público previsto en el art. 126 TFUE y actualmente

nacionales «cuando ejerzan las facultades que les confieran los Tratados» (art. 130 TFUE y art. 7 de los Estatutos), lo que conlleva, por ejemplo, que «las circulares monetarias [del Banco de España] (...) resultan inmunes no solo a la potestad reglamentaria del Gobierno, sino a la potestad legislativa del Parlamento», Manuel J. SARMIENTO ACOSTA, «La potestad normativa del Banco Central Europeo y del Banco de España...», cit., p. 64.

²⁵ Jean-Victor LOUIS, «L'autorité monétaire de la zone euro», cit., p. 288.

objeto de reforma— el BCE deberá acudir al TJUE e interponer un recurso por incumplimiento frente a ellos (art. 258 TFUE), con la peculiaridad, eso sí, de que será el Consejo de Gobierno del BCE quien ocupe la posición de la Comisión en la fase pre-contenciosa, ejerciendo las funciones que, con carácter general, le corresponden a aquella [art. 271.d) TFUE]²⁶.

En relación con los sujetos sometidos a la potestad sancionadora del BCE, el Reglamento n° 2532/98 habla expresamente de «empresas», definiéndolas en el art. 1.3 como «las personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, con excepción de las autoridades públicas en el ejercicio de sus poderes públicos, de un Estado miembro participante, sujetas a obligaciones que tengan su origen en los reglamentos y decisiones del BCE, con inclusión de las delegaciones u otros organismos permanentes situados en un Estado miembro, cuya sede central o razón social registrada esté fuera de un Estado miembro participante». La potestad del BCE solo puede ejercerse, por tanto, sobre «empresas» de «un Estado miembro participante», es decir, de «un Estado miembro que haya adoptado la moneda única, de acuerdo con el Tratado» (art. 1.2 Reglamento n° 2532/98), y que, además, estén sujetas a las obligaciones fijadas en el ámbito de la política monetaria por el BCE.

Hasta la fecha, tales obligaciones se reconducen, esencialmente, a dos grandes grupos: las obligaciones de reservas mínimas y las obligaciones de suministrar información estadística, reguladas, respectivamente, en el Reglamento (CE) n° 2531/98 del Consejo, de 23 de noviembre de 1998, relativo a la aplicación de las reservas mínimas por el Banco Central Europeo, y en el Reglamento (CE) n° 2533/98 del Consejo, de 23 de noviembre de 1998, sobre la obtención de información estadística por el Banco Central Europeo. A fuer de exactos, lo que hacen tales Reglamentos no es imponer realmente obligaciones, sino, más bien, establecer un marco de referencia para que el BCE, en ejercicio de su potestad reglamentaria, las determine por sí mismo.

V. LA ERRÓNEA (E INOPORTUNA) NOCIÓN DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN

Uno de los mayores problemas con los que se enfrenta el Derecho administrativo sancionador de la Unión es el de la ausencia de un concepto claro y suficientemente depurado de sanción administrativa. En primer lugar, el mismo empleo de la palabra «sanción» es raro en el ordenamiento de la Unión, prefiriéndose, normalmente, otras fórmulas «más neutras» o menos comprometidas²⁷. De hecho, la pala-

²⁶ En relación con las distintas modalidades y peculiaridades de la llamada «fase pre-contenciosa» de los procedimientos por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *vid.*, Manuel REBOLLO PUIG y Antonio BUENO ARMIJO, «Los procedimientos administrativos previos al recurso por incumplimiento», Parlamento Europeo, Bruselas, 2011 (PE 432-765), disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

²⁷ Así ha sido expresamente destacado por Isabelle PINGEL, «Rapport introductif», en *Les sanctions contre les États en droit communautaire*, Éditions A. Pedone, París, 2006, p. 11.

bra «sanción» solo se emplea tres veces a lo largo del extenso TFUE (dos veces en el art. 83 y una más en el art. 261 TFUE), mientras que el término «multa» aparece en bastantes más ocasiones [arts. 103.2.a), 126.11, 132.3, 260.2 y 260.3 TFUE]. En segundo lugar, existe una cierta «contaminación» procedente del Derecho Internacional público, donde se acepta con normalidad la utilización del término «sanciones» para referirse «a toda la pluralidad de medidas de orden financiero adoptada por la Unión Europea contra un tercer Estado»²⁸, lo que claramente excede del concepto de sanción administrativa. Finalmente, y quizá se encuentre aquí la clave del problema, existen importantes diferencias en el concepto de sanción administrativa manejado por los ordenamientos de los distintos Estados miembros²⁹.

Los únicos elementos que parecen claros en relación con el concepto de sanción administrativa son su carácter desfavorable –dado que su contenido supone, en todo caso, un gravamen para su destinatario–, su carácter reactivo –puesto que su imposición debe venir motivada, necesariamente, por una actuación contraria al ordenamiento jurídico– y su carácter administrativo y no penal, lo que ha permitido al Tribunal de Justicia excluir la aplicación del art. 6 CEDH al enjuiciar la actuación de los órganos sancionadores comunitarios³⁰ –exclusión que no deja de ser discutible– y evitar las reticencias procedentes de aquellos Estados miembros que tradicionalmente proclamaban el principio *societas delinquere non potest* en materia penal³¹.

En el específico caso de la potestad sancionadora atribuida al BCE, el Reglamento n° 2532/98 parte, sin embargo, de una notable confusión conceptual sobre lo que debe considerarse sanción. Ello tiene como resultado un régimen jurídico contradictorio y, en ocasiones, disparatado. El principal problema se halla en que el legislador comunitario no maneja un concepto de sanción en sentido estricto, cobijando en su seno ciertas actuaciones administrativas que, aun siendo medidas desfavorables para su destinatario, carecen de naturaleza punitiva. Nada distinto, en realidad, respecto de lo que ocurre en otros ámbitos sectoriales de la Unión Europea³².

En particular, el principal problema del Reglamento n° 2532/98 radica en considerar como sanción tanto las multas como las multas coercitivas (art. 1.5, 1.6 y 1.7 Reglamento n° 2532/98). No se trata de un error baladí y sin consecuencias. Justo al contrario. La multa y la multa coercitiva son instituciones creadas por el ordenamiento jurídico para dar respuesta a necesidades absolutamente distintas y es esta distinta funcionalidad la que impone un régimen jurídico diferenciado para ambas.

²⁸ Dominique ROSEMBERG, «Les sanctions financières contre les Etats tiers. Essai de typologie», en Isabelle PINGEL (dir.), *Les sanctions contre les Etats en droit communautaire*, Éditions A. Pedone, París, 2006, p. 99.

²⁹ José SUAY RINCÓN, «Los principios inspiradores del Derecho Administrativo Sancionador Comunitario», cit., p. 118.

³⁰ STJUE de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française*, as. ac. 100/80 a 103/80, ap. 7.

³¹ STJUE de 18 de septiembre de 2003, *Volkswagen*, as. C-338/00, aps. 94-98.

³² Cfr., art. 5.1 Reglamento n° 2988/95, de 18 de noviembre de 1995, del Consejo, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Crítico también en este sentido Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, «Marco institucional de las sanciones comunitarias», cit., p. 389.

La multa es una sanción, un castigo, porque, en primer lugar, «alter[a] la situación jurídica de quien lo sufre, perjudicándole», y, en segundo lugar, es un perjuicio «precisamente buscado como tal, directa y deliberadamente»³³. Nada más. La sanción no pretende generar ninguna consecuencia porque la propia sanción es, en sí misma, una consecuencia. Pero la multa coercitiva, por el contrario, no es una consecuencia, no es un fin: es un medio, un medio de ejecución forzosa. Esto es, la multa coercitiva se diseña como una herramienta dirigida a obligar a su destinatario a adoptar una conducta que se niega a realizar³⁴. Si bien se piensa, en realidad la multa y la multa coercitiva son instituciones perfectamente opuestas: la primera se anuda a una conducta cuyo destinatario nunca debió realizar, la segunda se vincula a una conducta que, viniendo impuesta, el destinatario se niega a adoptar.

La diferencia radical en sus fines hace que el régimen jurídico de ambas medidas deba ser, necesariamente, distinto. La imposición de una multa, en tanto que castigo, debe ser rodeada de todas las garantías necesarias para asegurar que solo recaerá sobre quien el ordenamiento considera merecedor de ella³⁵. La adopción de multas coercitivas, por el contrario, en la medida en que sirve al fin de hacer cumplir el Derecho, debe ser lo suficientemente ágil como para garantizar la efectividad del ordenamiento. Tan peligroso resultaría la imposición de una multa sin respetar las debidas garantías, como rodear de garantías paralizantes la adopción de medidas que tienden a hacer efectivo un mandato jurídico.

En consecuencia, y como no podía ser de otra forma, el resultado de que el Reglamento nº 2532/98 califique como sanciones tanto a las multas como a las multas coercitivas es un sistema imperfecto por exceso y por defecto. Por defecto, porque no se prevé el respeto de derechos fundamentales que se verán afectados cuando se pretenda imponer una multa (legalidad sancionadora, antijuridicidad, culpabilidad, etc.). Por exceso, porque se somete a las multas coercitivas a un régimen que le resulta extraño y que acaba perjudicando a los intereses generales (plazo de prescripción para su adopción, necesidad de tramitar un procedimiento contradictorio en el que se incluya trámite de audiencia y prueba antes de su adopción, etc.).

Lo evidente de la confusión llega al absurdo de que el propio Reglamento nº 2532/98 distinga claramente, a ciertos efectos, entre medidas cuya finalidad es estrictamente punitiva (v.gr., multas) y medidas cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de una obligación (v.gr., multas coercitivas). En concreto, el art. 2.4 Reglamento nº

³³ Estos serían, en la depurada síntesis propuesta por Manuel REBOLLO PUIG, «El contenido de las sanciones», *Justicia Administrativa. Nº Extraordinario 2001. Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, 2001, p. 155, los dos principales criterios que permitirían caracterizar una medida administrativa como verdadera sanción, distinguiéndola así de otras medidas meramente desfavorables.

³⁴ En relación con el concepto de multa coercitiva, Rafael PIZARRO NEVADO, «La multa coercitiva», en *Revista del Poder Judicial*, Tercera Época, nº 62 (2001), p. 378.

³⁵ Ello incluye, por ejemplo, el derecho a la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables, únicamente aplicable cuando se trata de verdaderas sanciones, y no de meros actos desfavorables. STJUE de 4 de mayo de 2006, *Haug*, as. C-286/05, aps. 24-25; STJUE de 24 de mayo de 2007, *Maatschap Schonewille-Prins*, as. C-45/05, aps. 58-59.

2532/98 aclara que la imposición de una sanción no exime a la empresa sancionada de cumplir la obligación cuyo incumplimiento ha provocado su imposición. El legislador comunitario, por lo tanto, es consciente de que una cosa es castigar, lo que se consigue mediante sanciones, que se agotan en sí mismas, y otra cosa distinta es obligar a que se cumpla una obligación, lo que puede implicar medidas desfavorables para el administrado que no se agotan en el simple mal que le infligen, sino que se dirigen a (y se justifican por) intentar poner fin al incumplimiento. La diferencia entre ambos tipos de medidas es, precisamente, la diferencia entre multas y multas coercitivas.

VI. EL RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA

El carácter punitivo de la sanción administrativa exige que su imposición se rodee de toda una serie de garantías para los derechos de los ciudadanos. Garantías que son tan necesarias para salvaguardar estos derechos, como exclusivas de la sanción administrativa. Es decir, es para garantizar que la potestad sancionadora, y no ninguna otra potestad administrativa, se ejerce correctamente, para lo que se establecen toda una serie de requisitos sustantivos y garantías procedimentales. Entre los primeros, y de manera paralela a la definición analítica del delito, la sanción solo debe imponerse frente a actuaciones típicas, antijurídicas y culpables, lo que supone el respeto a los principios de legalidad sancionadora, antijuridicidad y culpabilidad. En relación con las segundas, la sanción solo podrá imponerse tras la tramitación de un procedimiento administrativo en el que se garanticen, entre otros derechos, la presunción de inocencia, el derecho a conocer la acusación, el derecho a la prueba y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Todos los anteriores requisitos sustantivos y garantías procedimentales, junto con algunos otros más (prohibición del *non bis in idem*, proporcionalidad de la sanción, extinción de la responsabilidad sancionadora, control judicial pleno, etc.) son plenamente predicables de las sanciones administrativas de la Unión y, en particular, de las sanciones administrativas que pueda imponer el BCE, siendo muchos los problemas que se generan en relación con todos ellos.

En primer lugar, nos ocuparemos de analizar el respeto a la aplicación del principio de legalidad sancionadora. A este respecto, cabe afirmar que la imposición de sanciones administrativas, en cualquier ámbito material, debe hacerse respetando, en primer término, el derecho fundamental a la legalidad sancionadora. En el ordenamiento jurídico español, este principio se encuentra consagrado en el art. 25.1 CE, tanto para las sanciones penales como para las sanciones administrativas, en su triple vertiente de reserva de ley, tipicidad e irretroactividad de la norma sancionadora desfavorable³⁶. La afirmación de este principio alcanza, además, con total

³⁶ En relación a la triple vertiente del principio de legalidad y a su formulación por parte de la doctrina constitucional y la jurisprudencia ordinaria, Antonio BUENO ARMIJO, «Capítulo IV. El principio de legalidad sancionadora (I): la reserva de ley», en Manuel REBOLLO PUIG, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, Antonio BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 113.

rotundidad al ámbito de la política monetaria. En consecuencia, debe rechazarse que los sujetos que actúan en este sector y, por tanto, potencialmente sancionables, se encuentren en una relación de sujeción especial que flexibilice la aplicación de este principio, frente a lo que, equivocadamente, se ha sostenido en ocasiones por la jurisprudencia y parte de la doctrina³⁷.

1. El principio de tipicidad en las infracciones

De las tres exigencias, la única cuyo respeto ha sido plenamente confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es la vinculada al principio de tipicidad en su vertiente de taxatividad de las infracciones y predeterminación de las sanciones. Es decir, a la exigencia de que las normas sancionadoras describan con suficiente grado de detalle las conductas que se consideran constitutivas de infracción y las sanciones que, como resultado de su comisión, puedan corresponder³⁸. De este modo, el TJUE ha exigido la existencia de norma previa y cierta como requisito para la imposición de sanciones administrativas, argumentando que «una sanción, aunque no tenga carácter penal, solo puede imponerse si se apoya en una base legal clara y no ambigua»³⁹. Ello, por supuesto, sin perjuicio de que puedan emplearse conceptos jurídicos indeterminados, pues lo contrario impediría toda tipificación con aspiraciones de generalidad⁴⁰. Asimismo, también parece aceptarse la prohibición de analogía *in malam partem*, aunque existen pronunciamientos judiciales contradictorios a este respecto⁴¹.

³⁷ Entre los autores que se han hecho eco de dicha jurisprudencia, aceptando que las entidades financieras se encuentran en una relación de sujeción especial, José SUAY RINCÓN, «Sanciones», cit., pp. 385-386.

³⁸ Sobre las distintas manifestaciones del concepto del principio de tipicidad como vertiente del principio de legalidad sancionadora, de nuevo analizando su aplicación judicial en España, Antonio BUENO ARMIJO, «Capítulo V. El principio de legalidad sancionadora (II): el principio de tipicidad», en Manuel REBOLLO PUIG, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, Antonio BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 159-160.

³⁹ STJUE de 25 de septiembre de 1984, *Könecke*, as. 117/83, ap. 11; STJUE de 11 de julio de 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, as. C-210/00, ap. 52; STJUE de 6 de abril de 2006, *Ed & F Man Sugar*, as. C-274/04, ap. 15. En realidad, el TJUE vincula esta manifestación del principio de legalidad al principio de seguridad jurídica, el cual «constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que exige, particularmente, que una normativa sea clara y precisa, con el fin de que los justiciables puedan conocer, sin ambigüedad, sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia», STJUE de 16 de marzo de 2006, *Emsland-Stärke*, as. C-94/05, ap. 43.

⁴⁰ Raúl CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2001, p. 191.

⁴¹ La prohibición de la analogía, como corolario del principio de tipicidad, no se encuentra expresamente enunciado en la jurisprudencia comunitaria, sino que, más bien, parece deducirse de algunas sentencias. Es el caso de la STJUE de 12 de diciembre de 1990, *Vandermoortele*, as. 172/89, ap. 14. No obstante, y de nuevo sin emplear expresamente el término «analogía», de otros pronunciamientos parece deducirse exactamente lo contrario, esto es, la posibilidad de sancionar conductas que no están expresamente tipificadas en la norma pero que guardan una semejanza sustancial con otras que sí lo están. Así parece razonar, en concreto, la STJUE de 27 de abril de 2006, *Elfering Export*, as.

No obstante, a pesar de la indubitada consagración de este principio, las normas reguladoras de la potestad sancionadora del BCE no siempre cumplen adecuadamente con sus exigencias. Desde luego, la definición de infracción contenida en el art. 1.4 Reglamento nº 2532/98, resulta absolutamente insuficiente para colmar las exigencias del principio de tipicidad. De conformidad con este artículo, se entiende por infracción «el incumplimiento, por parte de una empresa, de una obligación que tenga su origen en un reglamento o en una decisión del BCE». Probablemente resultaría necesario que esta amplia previsión se concretase algo más, tarea que, en principio, debería recaer sobre los Reglamentos reguladores de las «obligaciones» a las que hace referencia. Sin embargo, ello tampoco ocurre siempre. De este modo, en relación con las obligaciones de reservas mínimas, el art. 7.1 Reglamento 2531/98 se limita a prever que «cuando una institución incumpla, total o parcialmente, las obligaciones de reservas mínimas impuestas según lo establecido en el presente Reglamento o en reglamentos y decisiones complementarias dictadas por el BCE, el BCE podrá imponer una de las sanciones siguientes (...)». Tales obligaciones pueden ser de mayor o menor importancia, de naturaleza material o formal, sin embargo, ninguna distinción se hace entre ellas, por lo que, aparentemente, cualquier incumplimiento de cualquier obligación en materia de reservas mínimas puede ser constitutiva de infracción, lo que resulta inconcebible. De hecho, el art. 1.2 Reglamento nº 2532/98 reconoce implícitamente que no todos los incumplimientos deben ser sancionados cuando prevé que «para determinar si procede imponer una sanción (...) el BCE se guiará por el principio de proporcionalidad». De este modo, se asume que únicamente deben considerarse infracciones (y, consecuentemente, únicamente deben ser merecedoras de sanción) aquellas conductas especialmente graves. Sin embargo, los sujetos sometidos a las obligaciones de reservas mínimas no tienen forma de conocer cuáles de sus conductas, en concreto, serán consideradas infracciones. Esto es, no existe seguridad jurídica alguna sobre qué conductas pueden ser constitutivas de infracción y cuáles no, dejando su determinación a un momento posterior a su realización y la competencia sobre dicha determinación al BCE. La consecuencia necesaria es la vulneración del principio de legalidad sancionadora en su vertiente de *lex certa*. Es decir, la imposibilidad de que las empresas puedan conocer qué actuaciones son constitutivas de infracción y, consecuentemente, adaptar a ellas su comportamiento.

Mucho más respetuoso con el principio de tipicidad de las infracciones se muestra el art. 7.2 Reglamento nº 2533/98 sobre obligaciones de información estadística, en el que sí que se tipifica claramente que «se considerará que la obligación de facilitar determinados datos al BCE o a los Bancos centrales nacionales se infringe por los agentes informadores si:

- a) el BCE o el Banco central nacional no recibe información estadística antes de la finalización del plazo establecido; o bien
- b) la información estadística es incorrecta, incompleta o facilitada en forma diferente de la solicitada».

C-27/05, aps. 27 y 33-34, y parcialmente coincidente con ella la STJUE de 24 de abril de 2008, *AOB Reuter*, as. C-143/07, aps. 22 y 25.

2. El principio de tipicidad en las sanciones y en la correspondencia entre infracciones y sanciones

El legislador de la Unión no ha sido mucho más cuidadoso en la predeterminación normativa de las sanciones y en el establecimiento de las reglas que permiten identificar qué sanciones (y con qué extensión) corresponden a cada tipo de infracción. Además, es en este ámbito donde en mayor medida se generan las consecuencias funestas resultantes de haber considerado a las multas coercitivas como auténticas sanciones.

En primer lugar, el art. 1.7 Reglamento nº 2532/98 prevé, como ya indicamos, que las posibles sanciones que cabe imponer frente a las infracciones que se cometan en materia de política monetaria son las multas y los pagos periódicos coercitivos. En segundo lugar, el art. 2.1 Reglamento nº 2532/98 limita la cuantía máxima de las multas a 500.000 euros y el de las multas coercitivas a 10.000 euros/día por un periodo máximo de seis meses. Finalmente, el art. 2.2 Reglamento nº 2532/98 deja a la discrecionalidad del BCE la elección sobre cuál debe ser la sanción impuesta (multa o multa coercitiva) en cada caso, debiendo guiarse «por el principio de proporcionalidad».

Por supuesto que el principio de proporcionalidad debe regir la actuación administrativa cuando se imponen sanciones, tanto para elegir la sanción adecuada al caso como para, una vez elegida esta, determinar su extensión⁴². Y también este mismo principio debe regir en la actuación administrativa de ejecución forzosa, para seleccionar, de entre todos los medios a disposición de la Administración, «el menos restrictivo de la libertad individual», como expresamente se establece en el art. 96.2 LRJPAC para el ordenamiento español⁴³. Lo que carece de sentido es habilitar al BCE para que elija, sobre la base de este principio, si conviene imponer una multa (es decir, una sanción) o una multa coercitiva (es decir, un medio de ejecución forzosa), pues la adecuación de una u otra medida al caso concreto no vendrá determinada por su «proporcionalidad» sino, evidentemente, por el fin que se persiga en cada situación.

Aun más, nada obstaría a que, frente a una misma actuación de una empresa, fuera posible imponerle conjuntamente una multa y una multa coercitiva: la primera, para castigar el incumplimiento culpable de la obligación; la segunda, para forzar a la empresa a que la cumpliera. Así se prevé expresamente en el ordenamiento jurídico español, por el art. 99.2 LRJPAC.

Esta indeseable situación se ha visto reproducida en las normas reguladoras de las obligaciones sustantivas en materia de política monetaria. Así ha ocurrido, en concreto, con el art. 7 Reglamento nº 2533/98, en materia de obligaciones estadísticas, el cual prevé tres tipos de infracciones, a cada una de las cuales anuda una sanción específica:

⁴² Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «La determinación de la sanción administrativa», en *Justicia Administrativa. Nº Extraordinario 2001. Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, 2001, pp. 254-255, quien ofrece un pormenorizado análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad a lo largo de todo el proceso conducente a la fijación final de la sanción.

⁴³ Manuel REBOLLO PUIG, «El procedimiento administrativo de ejecución subsidiaria», en *Revista del Poder Judicial*, Tercera Época, nº 57 (enero-marzo 2000), pp. 329-335.

– En primer lugar, el incumplimiento de la obligación de remitir en plazo al BCE o al Banco nacional competente la información estadística que corresponda. Este incumplimiento da lugar a la imposición de multas coercitivas, sujetas a ciertas reglas (pago diario de una cantidad no superior a 10.000 euros, no pudiendo exceder la cuantía total de 100.000 euros);

– En segundo lugar, el suministro de información estadística incorrecta, incompleta o facilitada de forma diferente a la solicitada. Este incumplimiento puede dar lugar a una multa que no podrá exceder de 200.000 euros;

– En tercer lugar, el incumplimiento de la obligación de permitir al BCE y a los Bancos centrales nacionales la verificación de la exactitud y calidad de la información facilitada (obstrucción), dentro de lo cual se incluye el hacer desaparecer documentos o impedir el acceso a los funcionarios del BCE o el Banco central nacional. Este incumplimiento también puede dar lugar a una multa que no podrá exceder de 200.000 euros.

Sin embargo, estas previsiones no dejan de ser problemáticas. Como ya se adelantó, la confusión entre multa y multa coercitiva parece establecer una disyuntiva al BCE de modo tal que un incumplimiento solo podrá dar lugar a una multa o a una multa coercitiva, como si ambas medidas tuvieran la misma finalidad. De este modo, se deja desarmado al BCE ante una empresa que le suministra en plazo información estadística, pero esta es conscientemente incorrecta o incompleta. En tal situación, solo podrá castigar a la empresa, pero no podrá obligarla a que le entregue la información que espera de ella.

3. El problema de la reserva de ley en el ámbito administrativo sancionador

La cuestión de la reserva de Ley en el ordenamiento de la Unión debe plantearse en unos términos adecuados, capaces de tener en cuenta las peculiaridades del proceso de integración europea y, sobre todo, el verdadero alcance de esta reserva. Y todo ello sin perder de vista que el debate sobre la reserva de ley en el ordenamiento de la Unión no se circunscribe únicamente al ámbito sancionador, sino que dicha reserva afecta a todas las injerencias que puedan producirse en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos europeos. Como recuerda el art. 51.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades».

Planteada en sus términos constitucionales clásicos, la reserva de ley es difícilmente trasladable al ordenamiento de la Unión. La identificación de la ley con la manifestación de la voluntad del pueblo soberano, a través de sus legítimos representantes, constituidos en Poder Legislativo, no tiene fácil encaje en la actual configuración de la Unión Europea. No ya porque sea discutible la existencia de un pueblo soberano europeo en lugar de 27 pueblos distintos, sino porque el órgano que encarna la representación de los ciudadanos europeos, esto es, el Parlamento Europeo, no ostenta en

exclusiva la condición de Poder Legislativo. Dicho Poder es, en el mejor de los casos, compartido con el Consejo, cuando no ostentado por este último en solitario. Ciertamente, los miembros del Consejo también pueden ser considerados legítimos representantes de los ciudadanos, pero debe convenirse en que la suya es una legitimación de tercer o cuarto grado (ciudadanos que eligen a sus parlamentos nacionales, parlamentos nacionales que eligen o refrendan a sus jefes de gobierno, jefes de gobierno que eligen a sus ministros, ministros que pasan a conformar el Consejo)⁴⁴.

Esta situación, que va más allá de una objeción meramente formal o nominalista, pues afecta a los fundamentos políticos mismos de la convivencia, no resulta ciertamente satisfactoria⁴⁵. Sin embargo, la única alternativa para evitar caer en un improductivo nihilismo consiste en soslayarla y centrarse en el contenido material del concepto de ley. Es decir, en el papel de la ley como instrumento jurídico encargado de traducir las grandes líneas y las principales orientaciones políticas en la ordenación de un sector. O, por emplear la terminología propia del ordenamiento de la Unión, «los elementos esenciales de un ámbito» (art. 290.1.2º TFUE)⁴⁶.

Desde esta perspectiva material, el ordenamiento de la Unión sí reconoce e integra la existencia de «reservas de ley» o, por mejor decir, «reservas de actos legislativos». De este modo, el ya indicado art. 290.1.2º TFUE establece que «la regulación de los elementos esenciales de un ámbito estará reservada al acto legislativo y, por lo tanto, no podrá ser objeto de una delegación de poderes». Por su parte, los actos legislativos se definen como «los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo» (art. 289.3 TFUE), que, a su vez, puede adoptar la forma

⁴⁴ No son estos los únicos elementos del tan denunciado «déficit democrático» de la Unión. Como acertadamente señala Laetitia GUILLOUD, *La loi dans l'Union européenne. Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration*, LGDJ, París, 2010, pp. 359-369, otros elementos, como la ausencia de un procedimiento electoral uniforme, la existencia de diferencias en el estatuto de los parlamentarios dependiendo de su país de origen (por ejemplo, en relación con sus inmunidades), la sobrerrepresentación de los Estados más pequeños o la debilidad de los partidos políticos europeos, también restan unidad y legitimidad al Parlamento Europeo.

⁴⁵ Como denunció hace años Luis María Díez-PICAZO, «Derecho comunitario y medidas sancionadoras», cit., p. 269, refiriéndose expresamente a la falta de legitimidad democrática en el ámbito sancionador, «no es aceptable que el perfeccionamiento de la Comunidad suponga una disminución de la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder».

⁴⁶ Esta perspectiva permitiría hablar, más que de ley, de «función legislativa» (en este sentido, Claude BLUMANN, *La fonction législative communautaire*, LGDJ, París, 1995) o de «legalidad europea» (Ciro GRANDI, «Nullum crimen sine lege parlamentaria y Derecho europeo», en Luis María Díez-PICAZO y Adán NIETO MARTÍN, dirs., *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 215). El contenido de una reserva de ley así entendida sería, por tanto, «establecer “los elementos esenciales de la materia a regular”, los cuales tienen la finalidad de traducir las orientaciones fundamentales posibilitadas por el Tratado o la atribución de derechos por el ordenamiento europeo. Se trata, pues, de opciones políticas encauzadas jurídicamente por el legislador y para lo cual goza de gran discrecionalidad», Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, «Actos delegados, actos de ejecución y distribución de competencias ejecutivas en la Unión Europea», *in Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 149 (enero - marzo 2011), p. 71, quien se remite a la STJUE de 17 de diciembre de 1970, Köster, as. 22/70, las Conclusiones del Abogado General JACOBS de 27 de octubre de 1992, en *Alemania c. Comisión*, as. C-240/90, y la STJUE de 15 de julio de 1970, *ACF Chemiefarma*, as. 41/69.

de «procedimiento legislativo ordinario» o de «procedimiento legislativo especial» (arts. 289.1 y 289.2 TFUE).

Aclarado lo que debe entenderse por «reserva de ley» en el ordenamiento de la Unión, resta por ver si dentro de dicha reserva se incluye el establecimiento de infracciones y sanciones administrativas, tal y como, sin duda, exige el derecho fundamental a la legalidad sancionadora. La respuesta, sin embargo, en el estado actual de desarrollo del ordenamiento de la Unión, es negativa. El TJUE parece aceptar la necesidad de respetar el principio de legalidad sancionadora cuando se trata de materia penal⁴⁷. Pero no extiende la exigencia del respeto a dicho principio a las sanciones administrativas. La situación tampoco ha variado con la entrada en vigor de la CDFUE, dado que su artículo 49, en el que se consagra el principio de legalidad sancionadora, se titula expresamente «Principios de legalidad y de proporcionalidad de los *delitos* y las *penas*», lo que indica que solo resulta de aplicación al ámbito penal. Por si quedara alguna duda, en las «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales» (DO C nº 303, de 14-12-2007) se aclara expresamente que «este artículo recoge la norma clásica de irretroactividad de las leyes y sanciones *penales*» (cursiva añadida).

De este modo, la jurisprudencia del TJUE ha venido entendiendo que «únicamente deben ser calificadas de normas esenciales [y, por tanto, quedar reservadas a los actos legislativos] las disposiciones destinadas a traducir las orientaciones fundamentales de la política comunitaria», pero «este no es el caso de las sanciones que (...) tienen por objeto garantizar la aplicación de esas orientaciones fundamentales»⁴⁸. Como resultado, la Comisión –o, en nuestro caso, el BCE– puede adoptar todas las medidas necesarias para el buen funcionamiento del régimen legal establecido en cada caso, incluyendo la posibilidad de imponer sanciones, con el único límite, eso sí, de que estas no resulten contrarias al reglamento de base o al reglamento de aplicación del Consejo⁴⁹.

Trasladada esta construcción al ámbito de la política monetaria, todo lo anterior significaría que el establecimiento de las infracciones y las sanciones en este sector no quedaría reservado al Consejo. Es decir, que no existiría reserva de ley (o de «acto legislativo»). Y ello a pesar de que los actos del Consejo en esta materia, al requerir la previa consulta al Parlamento Europeo, tienen verdadera naturaleza de «actos legislativos», aprobados mediante «procedimiento legislativo especial» (art. 129.4 TFUE en conexión con los arts. 290.1.2º y 289.2 TFUE). Así, la determinación del régimen sancionador en materia de política monetaria parece que podría quedar a merced del BCE. Aparentemente, sin embargo, la situación resulta ser otra por expreso deseo de los Tratados.

En efecto, el art. 133.3 TFUE prevé que el BCE «estará autorizado a imponer multas y pagos periódicos de penalización a las empresas que no cumplan con sus obligaciones respecto a los reglamentos y decisiones del mismo» pero, aclara, «den-

⁴⁷ STJUE de 7 de enero de 2004, *Proceso penal contra X*, as C-60/02, ap. 63.

⁴⁸ STJUE de 6 de julio de 2000, *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen*, as. C-356/97, aps. 21 y 22.

⁴⁹ Maiténa POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 172.

tro de los límites y en las condiciones adoptadas por el Consejo». Como consecuencia, podría pensarse que el art. 133.3 TFUE ha establecido, al menos para este ámbito, una verdadera reserva de ley (o de «acto legislativo») en materia sancionadora. Sin embargo, de ser esta la voluntad del Tratado, es posible afirmar que dicha reserva de ley ha sido vulnerada por las Instituciones de la Unión, dado que la regulación aprobada por el Consejo resulta tan exigua que difícilmente puede llegar a colmar las exigencias derivadas del principio de reserva de ley.

Como ya indicamos, las descripciones de los tipos sancionadores contenidas en los Reglamentos aprobados por el Consejo resultan, en ocasiones, tan vagos, que incluso cuando hubieran podido ser completados por normas del BCE, satisfaciendo así el principio de tipicidad, no podrían, en ningún caso, colmar las exigencias del principio de reserva de ley. Esto es: que sea el propio acto legislativo, y no sus normas de desarrollo, el que regule, al menos, los elementos esenciales para la tipificación de las infracciones y sus respectivas sanciones.

Así, cuando el art. 1.4 Reglamento nº 2532/1998 se limita a tipificar una infracción como «el incumplimiento, por parte de una empresa, de una obligación que tenga su origen en un Reglamento o en una decisión del BCE», no puede asumirse, frente a lo que sostiene LÓPEZ BENÍTEZ, que nos encontremos ante «una típica norma sancionadora en blanco», pues el tipo carece de los más mínimos elementos de antijuridicidad que permitan que pueda ser completado por la norma de remisión⁵⁰. En realidad, será la norma de remisión la que describa y construya todo el tipo, por lo que, más que ante una norma sancionadora en blanco, nos encontramos ante una simple e inadmisibles deslegalización de la materia⁵¹.

Idéntico comentario merece la infracción tipificada en el art. 7.1 Reglamento nº 2531/98, en materia de reservas mínimas, que ya transcribimos más atrás.

VII. EL PROBLEMA DE LA CULPABILIDAD

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, la exigencia de culpabilidad en la conducta del infractor como requisito necesario para la imposición de una sanción no ofrece dudas. Se trata de una exigencia derivada del propio principio de legalidad sancionadora y elevada al rango de derecho fundamental, que rige plenamente y sin excepciones tanto en el ámbito penal (STC 150/1991, de 4 de julio) como en el ámbito administrativo sancionador (STC 246/1991, de 19 de diciembre). Esta exigencia se aplica, además, a todo tipo de infractores, ya se trate de personas físicas o jurídicas. En consecuencia, y por cuanto ahora nos interesa, resulta también

⁵⁰ Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, «Marco institucional de las sanciones comunitarias», cit., p. 377.

⁵¹ En el mismo sentido, José SUAY RINCÓN, «Los principios inspiradores del Derecho administrativo Sancionador Comunitario», cit., p. 128, también estima que esta generosa definición de infracción «atenta contra la configuración clásica del principio de tipicidad [en realidad, reserva de ley] de las infracciones en nuestro Derecho administrativo sancionador».

plenamente exigible a los operadores económicos y, en particular, a las entidades financieras controladas por el Banco de España⁵².

Desde la perspectiva del ordenamiento de la Unión, la situación del principio de culpabilidad es más delicada, dado que el Tribunal de Justicia parece negarse a aceptar su vigencia no solo en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, sino incluso en el ámbito del propio Derecho penal.

En primer lugar, y en relación con el Derecho penal, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha negado a reconocer que el principio *nulla poena sine culpa* sea un principio del ordenamiento comunitario. Esto le ha permitido afirmar que «un sistema de responsabilidad penal objetiva que sanciona la infracción de un Reglamento no es incompatible en sí mismo con el Derecho comunitario»⁵³. Esta postura, sin embargo, debe matizarse. Aunque no haya afirmaciones tajantes a este respecto en su jurisprudencia, parece posible asumir que el Tribunal de Justicia sí que reconoce la exigencia de culpabilidad como un requisito *normal* para la imposición de sanciones penales⁵⁴. Lo que probablemente rechaza, más modestamente, es que esta exigencia sea total y absoluta. Es decir, lo único que el Tribunal de Justicia estaría afirmando es que, en ciertos supuestos, el principio de culpabilidad en el ámbito penal puede verse excepcionado en favor de un régimen de responsabilidad penal objetiva⁵⁵. Esta postura, aunque coherente con los ordenamientos de varios Estados

⁵² Por su rotundidad, y a pesar de la extensión de la cita, resulta útil recordar las afirmaciones de José SUAY RINCÓN, «Sanciones», cit., pp. 384-385, a este respecto: «el principio de responsabilidad personal, por cuya virtud no caben sanciones realizadas por terceros ajenos a los hechos, puede y debe ser aplicado en el ordenamiento del crédito. Goza de tanta solera y raigambre en el Derecho Penal este principio que se ha convertido en su principio característico. Nada hay que repugne más a este Derecho como la responsabilidad por hechos ajenos, realizados sin la menor intervención (...) del inculpado. Sería un contrasentido proclamar enfáticamente la vigencia de los principios del Derecho Penal en el Derecho administrativo sancionador y dejar de aplicar aquel que es su principio primero».

⁵³ STJUE de 27 de febrero de 1997, *Ebony*, as. C-177/95, ap. 36, y ya antes la STJUE de 10 de julio de 1990, *Hansen*, as. C-326/88, ap. 19.

⁵⁴ Así se deduciría, *a contrario*, de sus pronunciamientos contenidos en la STJUE de 18 de noviembre de 1987, *Maizena*, as. 137/85, o en la STJUE de 11 de julio de 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, as. C-210/00, del que nos ocuparemos, a continuación, en texto. En tales sentencias, el Tribunal de Justicia niega el carácter de sanción penal a ciertas medidas sancionadoras para afirmar, justo a continuación, que «de ello se deduce que no es aplicable a dicha sanción el principio *nulla poena sine culpa*». Por lo tanto, si el principio *nulla poena sine culpa* no es aplicable a «esta» sanción, es porque dicho principio sí resulta, en principio, aplicable a las sanciones penales.

⁵⁵ Repárese en que la afirmación del TJUE transcrita en texto se cuida de señalar que «un sistema de responsabilidad penal objetiva que sanciona la infracción de un Reglamento no es incompatible en sí mismo con el Derecho comunitario». Se trata, por tanto, de una aceptación condicionada. Su compatibilidad dependerá, por tanto, de las circunstancias específicas que permitan justificar esta limitación en el supuesto concreto, lo que, en todo caso, deberá analizarse a la luz del criterio de proporcionalidad empleado por el TEDH. Asimismo, se ha sostenido que la proclamación del principio de culpabilidad (al menos, con carácter general) se deduciría ahora del mismo principio de dignidad consagrado desde el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De este modo, y a juicio de María ACALE SÁNCHEZ, «Derecho penal y Tratado de Lisboa», cit., pp. 375-376, el principio de dignidad «en lo penal supone partir del principio del Derecho penal de hecho

miembros y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁶, resulta sin embargo contradictoria con la doctrina del Tribunal Constitucional español. Nuestro Alto Tribunal, mucho más garantista en este punto, ha proclamado la exigencia del principio de culpabilidad en toda su extensión, rechazando de plano la existencia de infracciones «de autor», no ya en el ámbito penal, sino incluso en el ámbito administrativo sancionador.

En segundo lugar, y como cabría prever, la vigencia del principio de culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador es aún más débil. De este modo, el Tribunal de Justicia ha rechazado abiertamente que el principio de culpabilidad resulte de aplicación en relación con las sanciones administrativas, aun reconociendo que son verdaderas sanciones, de carácter punitivo, y no meras medidas de restablecimiento de la legalidad.

Las afirmaciones más contundentes en este sentido se han producido en sentencias recaídas en el ámbito de la Política Agrícola Común, donde son las propias normas comunitarias las que establecen la obligación de sancionar ciertas conductas sin necesidad de que concurren culpa o negligencia. A este respecto, existe una interesante línea jurisprudencial generada alrededor de las ayudas para la exportación de productos agrícolas (restituciones a la exportación). Entre ellas destaca, por su especial rotundidad, la STJUE de 11 de julio de 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, as. C-210/00. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia inicia su razonamiento afirmando que la sanción objeto de enjuiciamiento no tiene carácter penal, sino administrativo. En concreto, se trataba de una sanción impuesta a una empresa beneficiaria de ayudas para la exportación de quesos, a las que no tenía derecho por contener éstos grasas vegetales. El Tribunal de Justicia estima que la sanción, «por lo tanto, forma parte del régimen de las restituciones a la exportación de que se trata y no es de carácter penal» (ap. 43). E inmediatamente a continuación, y dado que «no puede reconocerse carácter penal alguno a la sanción» afirma que «de ello se deduce que no es aplicable a dicha sanción el principio *nulla poena sine culpa*» (ap. 44)⁵⁷.

El Tribunal de Justicia acepta, por tanto, sobre la base de lo dispuesto en los Reglamentos comunitarios, la existencia de un régimen de responsabilidad objetiva, de

–desterrando pues todo vestigio del Derecho penal de autor–, así como del principio de culpabilidad, por lo que no cabrá extender la responsabilidad penal más allá de la persona de su autor, ni sobrepasar su grado de culpabilidad».

⁵⁶ *Vid.*, a este respecto, el análisis contenido en las Conclusiones del Abogado general VAN GERVEN en el caso resuelto por la STJUE de 10 de julio de 1990, *Hansen*, as. C-326/88, aps. 13-15.

⁵⁷ La sanción se remite para sustentar esta afirmación a la STJUE de 18 de noviembre de 1987, *Maizena*, as. 137/85, ap. 14, en la que ya había afirmado que el carácter no penal de la sanción excluía la aplicación de dos principios esenciales «los principios *nulla poena sine culpa* e *in dubio pro reo*». Debe reseñarse que Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, «Marco institucional de las sanciones comunitarias», cit., p. 385, ha realizado un destacable esfuerzo para intentar cohonestar esta jurisprudencia con el respeto al principio de culpabilidad. En este sentido, considera que siempre «es posible advertir una cierta negligencia por parte del sujeto sancionado» que justificaría la imposición de la sanción. La rotundidad de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia y el rigor que demuestra en ocasiones, dificultan, sin embargo, compartir esta postura.

lo que se deducen importantes consecuencias. Por ejemplo, la irrelevancia de que el incumplimiento sancionado se deba, únicamente, al comportamiento fraudulento de un contratante del sancionado⁵⁸ o la irrelevancia de la confianza en la corrección de la conducta sancionada, aun cuando dicha confianza viniera generada por la propia actuación de la Administración⁵⁹.

No obstante, la consecuencia más problemática quizá sea que los órganos nacionales encargados de ejecutar la Política Agrícola Común no pueden negarse a aplicar estas normas en el sentido en que han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia. Es decir, la Administración española está obligada a sancionar a sus nacionales cuando incurran en alguna de las conductas tipificadas como infracción por las normas comunitarias, aun cuando no existan culpa o negligencia en su conducta, lo que supone rebajar el nivel de protección garantizado por la Constitución Española en la interpretación realizada por nuestro Tribunal Constitucional⁶⁰. Aún más, en caso de no imponer tales sanciones, España podría ser sancionada por incumplimiento de sus obligaciones de Derecho de la Unión, lo que ya ha ocurrido⁶¹.

⁵⁸ La STJUE de 24 de abril de 2008, *AOB Reuter*, as. C-143/07, se pronuncia sobre la corrección de la sanción impuesta a un exportador que había percibido restituciones a la exportación por unas exportaciones de azúcar que no llegaron a realizarse, únicamente, por el comportamiento fraudulento de su contratante. Tras afirmar que «la responsabilidad (...) tiene un carácter objetivo» (ap. 19), la sentencia concluye que «la sanción prevista (...) es aplicable a un exportador que ha solicitado una restitución a la exportación por una mercancía cuando dicha mercancía no haya sido exportada como consecuencia del comportamiento fraudulento de su cocontratante», (ap. 37). Debe advertirse, sin embargo, que aun sin exigirla, la sentencia parece entender que en la conducta del sancionado existiría, al menos, una cierta *culpa in eligendo*, al razonar que «el exportador puede elegir libremente a sus cocontratantes y le incumbe tomar las adecuadas precauciones» (ap. 36).

⁵⁹ De este supuesto se ocupa la STJUE de 16 de marzo de 2006, *Emsland-Stärke*, as. C-94/05, relativa a la sanción impuesta a una empresa productora de fécula por haber solicitado y recibido ayudas para su producción sin tener derecho a ello. De conformidad con la normativa comunitaria, tales ayudas únicamente podían concederse cuando la empresa transformadora adquiriese directamente las patatas que servían de materia prima a una empresa cultivadora. La empresa sancionada, sin embargo, había adquirido las patatas a una empresa comercializadora. Ahora bien, la empresa beneficiaria en ningún momento ocultó ni falseó esta circunstancia, presentando a la Administración toda la documentación solicitada. El Tribunal de Justicia, a pesar de ello, confirma la corrección de la sanción impuesta al entender que «esta empresa productora de fécula no puede invocar el principio de la protección de la confianza legítima cuando una autoridad nacional, *deliberadamente o por error*, ha infringido el Derecho comunitario al haber considerado un contrato, comunicado por la propia empresa productora de fécula, como un contrato de cultivo, a pesar de que no cumplía los requisitos exigidos en la normativa comunitaria para ser reconocido como tal» (ap. 61, cursiva añadida).

⁶⁰ Esta rebaja del nivel de protección reconocido por el Tribunal Constitucional español ya se ha producido, por cierto, en otras ocasiones, como en el supuesto de la STJUE de 7 de septiembre de 2006, *Cordeiro Alonso*, as. C-81/05. Precisamente para evitar una nueva situación como esta, el Tribunal Constitucional español presentó por primera vez una triple cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia mediante Auto de 9 de junio de 2011. Sobre ambas cuestiones, Antonio BUENO ARMIGO y Nuria MAGALDI MENDAÑA, «La cuestión prejudicial y otras formas de diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La singular participación de los jueces españoles», *Justicia Administrativa*, n° 53, pp. 49-50 y 59-61.

⁶¹ La única especialidad de la condena se encuentra en que, al tratarse de una irregularidad cometida en el ámbito de la PAC, se articula a través del sistema de liquidación de cuentas y no mediante

Ahora bien, es preciso aclarar que el hecho de que el ordenamiento de la Unión no exija necesariamente la concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad como requisito imprescindible para la imposición de sanciones, ya sean penales o administrativas, no significa que la culpabilidad carezca de toda relevancia. Por una parte, debe retenerse que en ocasiones sí se exige expresamente la existencia de un elemento de culpa o negligencia para la imposición de una sanción⁶². Por otra parte, incluso en aquellos supuestos en los que se admite la responsabilidad objetiva, también la concurrencia de dolo, culpa o negligencia constituye un elemento que debe ser tomado en consideración para la determinación de la sanción o su extensión⁶³.

Las consideraciones hasta ahora expuestas resultan plenamente aplicables en el caso de las sanciones impuestas por el BCE. Por una parte, la normativa reguladora no exige en ningún momento la concurrencia de elemento de culpa alguno en las empresas infractoras para la imposición de sanciones. Nada dice a este respecto el art. 132.3 TFUE al atribuir su potestad sancionadora al BCE y nada exige, tampoco, el Reglamento n° 2532/98, al que dicho artículo se remite.

Por otra parte, lo que sí se prevé es que la concurrencia de ciertos elementos de intencionalidad en la actuación de la empresa infractora («buena fe», «engaño intencionado») deberán ser tenidos en cuenta como circunstancias modificativas de la responsabilidad, en tanto que aplicación del principio de proporcionalidad (art. 2.2 y 2.3 Reglamento n° 2532/98). De este modo, la intencionalidad se contempla, únicamente, como un elemento que ayuda a graduar la sanción (al mismo nivel que

el habitual procedimiento de incumplimiento de los arts. 258-260 TFUE. En todo caso, la STJUE de 13 de septiembre de 2001, *España c. Comisión*, as. C-374/99, confirmó que España había incumplido el Derecho comunitario al negarse a sancionar a sus agricultores por no concurrir en sus conductas culpa o negligencia y limitarse a retirarles las ayudas que habían recibido indebidamente (reintegró). La sentencia razona que «aunque conforme al artículo 2, apartado 4, del Reglamento n° 2988/95, los procedimientos relativos a la aplicación de las sanciones comunitarias se rigen por el Derecho de los Estados miembros, ello es así “a reserva del Derecho comunitario aplicable”. En particular, el procedimiento previsto por el Derecho nacional no puede hacer que sea prácticamente imposible la ejecución de la normativa comunitaria o que se menoscabe su eficacia» (ap. 33). No obstante, «como ha observado acertadamente la Comisión, la irregularidad se define por su resultado y no por la existencia de dolo o negligencia grave. Por lo tanto, la falta de uno de estos elementos no justifica que no se imponga la sanción que prevé la normativa comunitaria por una irregularidad cuya realidad haya quedado acreditada» (ap. 34).

⁶² A juicio de Maiténa POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 576, esta sería, además, la tónica habitual en los textos comunitarios. En todo caso, son paradigmáticos, en este sentido, los apartados 1 y 2 del art. 23 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, en el que se exige, para que la Comisión pueda imponer multas por infracciones en materia de defensa de la competencia, que la conducta de las empresas sancionadas se haya producido «de forma deliberada o por negligencia». Se trata de la misma previsión ya contenida en el antiguo art. 15 del Reglamento n° 17.

⁶³ Se trataría, en última instancia, de una exigencia del principio de proporcionalidad, fundamento, a su vez, del principio de culpabilidad. Sobre esta idea, Eduardo DEMETRIO CRESPO, «El principio de culpabilidad: ¿un derecho fundamental en la Unión Europea?», en Luis María Díez-PICAZO y Adán NIETO MARTÍN (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, cit., pp. 382-384.

«la gravedad de los efectos», la «repetición» o la «dimensión económica de la empresa»), pero no como un elemento de la infracción. Su concurrencia únicamente significa que el BCE podrá imponer a las empresas sanciones pecuniarias especialmente elevadas⁶⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María, «Derecho penal y Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30 (mayo-agosto 2008), pp. 349-380.
- ALONSO MAS, M^a José, «La dirección de la política monetaria por el Banco de España», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 67 (1997), pp. 785 y ss.
- BACIGALUPO, Enrique, *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Colex, Madrid, 1991.
- BANCO CENTRAL EUROPEO. Informe anual del Banco Central Europeo. 2000, Frankfurt, 2001.
- BANCO CENTRAL EUROPEO. Informe anual del Banco Central Europeo. 2001, Frankfurt, 2002.
- BANCO CENTRAL EUROPEO. Informe anual del Banco Central Europeo. 2002, Frankfurt, 2003.
- BANCO CENTRAL EUROPEO. Informe anual del Banco Central Europeo. 2003, Frankfurt, 2004.
- BANCO CENTRAL EUROPEO. Informe anual del Banco Central Europeo. 2004, Frankfurt, 2005.
- BANCO CENTRAL EUROPEO. Informe anual del Banco Central Europeo. 2005, Frankfurt, 2006.
- BANCO CENTRAL EUROPEO. Informe anual del Banco Central Europeo. 2006, Frankfurt, 2007.
- BANCO CENTRAL EUROPEO. Informe anual del Banco Central Europeo. 2007, Frankfurt, 2008.
- BANCO CENTRAL EUROPEO. Informe anual del Banco Central Europeo. 2008, Frankfurt, 2009.
- BANCO CENTRAL EUROPEO. Informe anual del Banco Central Europeo. 2009, Frankfurt, 2010.
- BLUMANN, Claude, *La fonction législative communautaire*, LGDJ, París, 1995.
- BUENO ARMIJO, Antonio, «Capítulo IV. El principio de legalidad sancionadora (I): la reserva de ley», en Manuel REBOLLO PUIG, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, Antonio BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 113-157.

⁶⁴ Maiténa POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 582.

- BUENO ARMIJO, Antonio, «Capítulo V. El principio de legalidad sancionadora (II): el principio de tipicidad», en Manuel REBOLLO PUIG, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, Antonio BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 159-199.
- BUENO ARMIJO, Antonio, y Nuria MAGALDI MENDAÑA, «La cuestión prejudicial y otras formas de diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La singular participación de los jueces españoles», *Justicia Administrativa*, n° 53, pp. 41-72.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2001.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «El principio de culpabilidad: ¿un derecho fundamental en la Unión Europea?», en Luis María Díez-PICAZO y Adán NIETO MARTÍN (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 377-394.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, «Derecho comunitario y medidas sancionadoras», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 78 (1996), pp. 251-273.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, *La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, «Capítulo III. Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea», en Enrique LINDE PANIAGUA, Mariano BACIGALUPO SAGGESE y Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 5ª edición, 2012, pp. 190-291.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, «Actos delegados, actos de ejecución y distribución de competencias ejecutivas en la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 149 (enero-marzo 2011), pp. 55-89.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, «Los límites de la autonomía del Banco Central Europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003. Comisión de las Comunidades Europeas contra Banco Central Europeo (BCE) - Asunto C-11/00», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 123 (julio-septiembre 2004), en especial, pp. 469-500.
- GRANDI, Ciro, «Nullum crimen sinne lege parlamentaria y Derecho europeo», en Luis María Díez-PICAZO y Adán NIETO MARTÍN (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Cizur Menor, 2010.
- GUILLOUD, Laetitia, *La loi dans l'Union européenne. Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration*, LGDJ, París, 2010.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, «La determinación de la sanción administrativa», en *Justicia Administrativa. N° Extraordinario 2001. Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, 2001, pp. 207-257.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, «Cuestiones jurídicas sobre el euro», en Francisco SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del s. XXI. Ho-*

- menaje al Profesor Dr. D. Ramón MARTÍN MATEO*. T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 2591-2622.
- LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., «Capítulo 13. El Banco Central Europeo», en Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 287-308.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «Marco institucional de las sanciones comunitarias», *Documentación Administrativa*, nº 280-281 (enero-agosto 2008), pp. 359-395.
- LOUIS, Jean-Victor, «L'autorité monétaire de la zone euro», en *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union Européenne. Union de droit, Union des droits*, Éditions A. Pedone, París, 2010, pp. 283-296.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, «Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa: “despenalización” y garantía», *Revista de Administración Pública*, nº 121 (enero-abril 1990), pp. 393-414.
- PINGEL, Isabelle, «Rapport introductif», en *Les sanctions contre les États en droit communautaire*, Éditions A. Pedone, París, 2006, pp. 5-14.
- PIZARRO NEVADO, Rafael, «La multa coercitiva», en *Revista del Poder Judicial*, Tercera Época, nº 62 (2001), pp. 375-418.
- POELEMANS, Maiténa, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant-LGDJ, Bruselas-París, 2004.
- REBOLLO PUIG, Manuel, «Las sanciones administrativas en el Derecho francés», *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1991, pp. 425-472.
- REBOLLO PUIG, Manuel, «El procedimiento administrativo de ejecución subsidiaria», en *Revista del Poder Judicial*, Tercera Época, nº 57 (enero-marzo 2000), pp. 321-395.
- REBOLLO PUIG, Manuel, «El contenido de las sanciones», *Justicia Administrativa. Nº Extraordinario 2001. Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, pp. 151-206.
- REBOLLO PUIG, Manuel, y Antonio BUENO ARMIJO, «Los procedimientos administrativos previos al recurso por incumplimiento», Parlamento Europeo, Bruselas, 2011 (PE 432-765), disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco, *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Civitas, Cizur Menor, 2005.
- ROMANO, Santi, «Autonomía», en *Fragments de un diccionario jurídico*, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA RENDÍN, Ediciones Jurídicas Europa y América, Buenos Aires, 1964, pp. 37-63.
- ROSEMBERG, Dominique, «Les sanctions financières contre les Etats tiers. Essai de typologie», en Isabelle PINGEL (dir.), *Les sanctions contre les Etats en droit communautaire*, Éditions A. Pedone, París, 2006, 99-128.
- SANTOS VARA, Juan, «La independencia del Banco Central Europeo y del Banco Europeo de Inversiones frente a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude

(OLAF). Comentario a las Sentencias del TJCE de 10 de julio de 2003, Comisión c. BCE y Comisión c. BEI», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8 (enero-abril 2004), pp. 237-257.

SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., «La potestad normativa del Banco Central Europeo y del Banco de España: una transformación del tradicional sistema de fuentes», *Noticias de la Unión Europea* nº 217 (febrero 2003), pp. 57-66.

SUAY RINCÓN, José, «Sanciones», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (dir.), *Estudios de Derecho público bancario*, CEURA, Madrid, 1987, pp. 357-389.

SUAY RINCÓN, José, «Los principios inspiradores del Derecho Administrativo Sancionador Comunitario», en Enrique GÓMEZ-REINO CARNOTA (dir.), *Jornadas sobre el Derecho Administrativo Comunitario*, Escola Galega de Administración Pública-Montecorvo, Madrid, 2001, 115-136.

RESUMEN: El presente artículo constituye un primer acercamiento al estudio de la potestad sancionadora atribuida al Banco Central Europeo (BCE) por los Tratados y sus propios Estatutos. Para ello, se expone, en primer lugar, cuál es la posición institucional del BCE en el sistema de la UE y el verdadero alcance de su independencia. En segundo lugar, se analiza hasta qué punto son respetados algunos de los principios clásicos aplicables al ámbito sancionador, como el principio de legalidad o el principio de culpabilidad.

PALABRAS CLAVE: Banco Central Europeo. Sanciones administrativas. Multas. Multas coercitivas. Principio de legalidad. *Lex previa*. *Lex certa*. Principio de culpabilidad.

SUMMARY: This paper aims to give a preliminary insight into the sanctioning power granted to the European Central Bank (ECB) by the Treaties and the ECB Statutes. First, the paper explains what is the institutional position of the ECB in the EU system and the real scope of its independence. Second, it analyzes whether some of the classical fundamental rights governing sanctioning law, such as the principle of legality or the principle of guilt, are being respected or not.

KEY WORDS: European Central Bank. Administrative sanctions. Fines. Periodic penalty payments. Principle of legality. *Lex previa*. *Lex certa*. Principle of guilt.

CURRICULA VITAE

ALFREDO ALLUÉ BUIZA. Profesor Titular de Universidad de Derecho constitucional de la Universidad de Valladolid. Autor de numerosas monografías, capítulos de libro y artículos científicos sobre las siguientes líneas de investigación: Derecho Comunitario (historia de la Unión Europea, arquitectura institucional y parlamentarismo, constitucionalización de la Unión Europea, subsidiariedad y regiones, políticas comunitarias, parlamentos nacionales y Unión Europea). Derecho autonómico y administración consultiva, autonomía local, autonomías y procesos constitucionales. Derechos fundamentales (multiculturalismo y democracia militante, presunción de inocencia, derecho de asociación y configuración de partidos políticos). Derecho del deporte (disciplina deportiva, naturaleza de las federaciones y asociacionismo deportivo). Jurisprudencia del TEDH y TC (en particular, procesos constitucionales). Miembro del Instituto de Estudios Europeos (UVA), Instituto de Derecho Parlamentario (UCM) y del Instituto de Derecho Público (URJC). Ha ocupado diversos cargos académicos, en concreto ha sido Director del Instituto (LOU) de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid. En el ámbito autonómico ha sido experto del Comité Económico y Social de Castilla y León y, actualmente, es vocal del Tribunal del Deporte de Castilla y León.

ANTONIO BUENO ARMIJO. Profesor Ayudante Doctor de Derecho administrativo en la Universidad de Córdoba. Doctor en Derecho administrativo (Universidad de Córdoba, 2010). Es profesor de Derecho de la Unión Europea y de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba. Sus principales líneas de investigación son el Derecho administrativo sancionador, el Derecho de las subvenciones y ayudas públicas, el Derecho administrativo de la Unión Europea y el Derecho agrícola. Ha publicado diversos libros, capítulos de libros y artículos sobre estos mismos temas (entre ellos «The dialogue of the judges. National courts and European courts», *European Review of Public Law*, vol. 24, 1/2012). Ha realizado estancias de investigación en

la Secretaría de la OMC (Ginebra, 2006), la Universidad de Florencia (Florencia, 2008) y el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, 2011).

ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ. Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho administrativo de la Universidad de Valladolid. La organización territorial del Estado, el régimen local, el Derecho comunitario o el Derecho deportivo son algunas de las líneas de investigación sobre las que ha publicado diez monografías, más de cuarenta capítulos de libros y casi una cincuentena de artículos en revistas científicas, además de distintas ponencias y comunicaciones a congresos nacionales e internacionales. Ha desempeñado diversos cargos académicos como la secretaría y subdirección del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid o la secretaría general de dicha Universidad.

MARIO GONZÁLEZ PLIEGO. Nacido en Barcelona el 26-7-1979. Licenciado en Derecho (2001) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Máster (Diplôme) por el Instituto de Estudios Políticos de París (2003), mención *cum laude* y cursos de doctorado y DEA en Derecho de la UE (2009) por la UNED. Ingresó por oposición (diciembre de 2005) en la Carrera Diplomática, habiendo sido Jefe de Área para Asuntos del Mediterráneo (2006-2009) en la Dirección General de Política Exterior para el Magreb, África, Mediterráneo y Oriente Próximo y Secretario de Embajada Encargado de los Asuntos Consulares y Administrativos en las Embajadas de España en Yakarta (2009-2012) y Ankara (desde agosto de 2012). Habla fluidamente inglés, francés e indonesio (diplomado por la Universidad de Indonesia y por el Ministerio de Educación indonesio) y tiene buenos conocimientos de malayo. Autor de diversos artículos relacionados con la UE.

ALBERTO A. HERRERO DE LA FUENTE. Doctor por las Universidades de Bolonia y París (Sorbona). Diplomado por el Institut des Hautes Études Internationales de la Universidad de París. Diplomado por el Centre for Studies and Research de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales desde 1982, sucesivamente, en las Universidades de Cádiz, León y Valladolid. En la actualidad, Profesor emérito, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario Europeo, Director del Centro de Excelencia Jean Monnet y Director de la *Revista de Estudios Europeos*, todo ello en la Universidad de Valladolid.

ENRIQUE LINDE PANIAGUA (1947). Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia (1970). Doctor en Derecho por las Universidades de Valencia (1973) y Bolonia (1975). Profesor de Derecho administrativo de la UNED desde 1977, en la actualidad acreditado Catedrático de Derecho administrativo. Es coordinador del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho administrativo de la UNED,

director de la *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)* y coordinador del Máster Oficial «Intervención de la Administración en la sociedad». Es autor de más de trescientas publicaciones científicas (monografías, libros colectivos, artículos de revista, etc.), pudiendo citarse entre sus últimos libros: *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad* (eds. 2007 y 2012), *Fundamentos de Derecho administrativo* (4ª ed. 2012) y *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas* (6ª ed. 2011).

PILAR MELLADO PRADO. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Profesora Titular de Derecho constitucional de la UNED. Dedicada fundamentalmente al estudio del Derecho parlamentario y al Derecho de la Unión Europea, destaca por su relevancia e influencia en obras posteriores su libro *La Responsabilidad Política del Gobierno en el Ordenamiento español*, publicada en 1988 por el Congreso de los Diputados. Ha publicado diversas obras sobre la Unión Europea y su sistema constitucional. Ha sido Directora de la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNED (2004-2011) y actualmente es Directora del Departamento de Derecho político.

