ARANZADI

ARANZADI

DEMOCRACIA EUROPEA Y MERCADO ÚNICO: 30 AÑOS DEL TRATADO DE MAASTRICHT

ARANZADI

ARANZADI

MARÍA JESÚS GARCÍA GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia
Directora de la Cátedra Jean Monnet Chair «Services of General Economic Interest in the framework of social and territorial cohesion»
(101047166 - SGEI-EU)
Directora de Módulo Jean Monnet Citizens' integration into EU democracy
(101047164 - CitEUdem)
(Directora)

ÁNGELA MARÍA ROMITO
Associate Professor
Department of Political Science
Universitá degli Studi di Bari Aldo Moro
(Coordinadora)

DEMOCRACIA EUROPEA Y MERCADO ÚNICO: 30 AÑOS DEL TRATADO DE MAASTRICHT

ARANZADI

Autores

Ondrej Blažo
Estrella del Valle Calzada
María Jesús García García
Clàudia Gimeno Fernández
Gabriel Moreno González
Clara Portela Sais
Ángela María Romito
Muriel Rouyer
Kaloyan Simeonov
María Torres Pérez
Ennio Triggiani
Francisco Gabriel Villalba Clemente

ARANZADI

Primera edición, 2023

Incluye soporte electrónico

Este trabajo se elabora en el marco de la Cátedra Jean Monnet «Servicios Económicos de Interés General en el marco de la cohesión social y Territorial (101047166 – SGEI-EU) y del Módulo Jean Monnet Citizens integration into EU democracy (101047164 – CitEUdem)», dirigidos ambos por M.ª Jesús García García.

Co-funded by the European Union

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

ARANZADI

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

© 2023 [Editorial Aranzadi, S.A.U. / María Jesús García García (Dir.) y Ángela María Romito (Coord.)]
© Portada: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN versión impresa: 978-84-1162-569-2
ISBN versión electrónica: 978-84-1162-570-8
DL NA 2680-2023
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

Índice General

Página

PARTE I

MAASTRICHT Y LA POTENCIACIÓN DE LA DEMOCRACIA EUROPEA

CAPÍTULO I

THE INDISPENSABLE EUROPEAN INTEGRATION, AT MATURITY, BETWEEN THE DEMOCRATIC DEFICIT AND THE LIMITS OF SOVEREIGNTY

ENNIO TRIGGIANI 21

I. «Sovereignist» conceptions in the light of the pandemic crisis and the financial solidarity of the Union 21

II. Evolution of the concept of sovereignty in today's globalized world 25

III. The inadequate level of intergovernmental problem solving in the European Union 28

IV. Peace and fundamental rights at the heart of the European integration process 31

V. The nation state's inability to effectively exercise the powers of government and the crisis of «substantial» democracy 33

VI. European sovereignty in the absence of a European people 36

VII. Conclusions 38

Bibliografy 40

ARANZADI

Página

CAPÍTULO II

FROM MAASTRICHT TO LISBON AND BACK: 30 YEARS OF THE UNION OF VALUES
ONDREJ BLAŽO. 45

I. Introduction 46

II. Values, principles and objectives of the EU 48

1. Values or principles? 48

2. Values-principles and other «principles» and objectives 51

2.1 Values and other «principles». 51

2.2. Values and objectives 53

III. Values of the EU outside of the wording of art. 2 TEU. 54

1. Historic overview of pre-Lisbon era 54

1.1. References to values or programmatic provisions corresponding to values in primary law and political acts 54

1.2. Confirmation of existence of particular values in pre-Lisbon era 59

2. Are all values of the EU codified by the treaty of Lisbon? 62

2.1. Services of General Economic Interest: Shared Values – Divided Competences 64

IV. Common and shared values, values of the union 68

V. Conclusions 73

Bibliography 73

CAPÍTULO III

INTEGRACIÓN E INTERACCIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LA DEMOCRACIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU EFICACIA PRÁCTICA
MARÍA JESÚS GARCÍA GARCÍA 79

I. Introducción 80

ARANZADI

Página

II. La Unión Europea como un sistema democrático de gobierno 80

III. La integración de los ciudadanos en la democracia europea a través de la participación en los asuntos públicos comunitarios 82

1. La integración de la ciudadanía a través del ejercicio de los derechos electorales y el ejercicio de la democracia transnacional: aspectos a mejorar 83

2. Integración e interacción directa a través de los mecanismos de la democracia participativa: integración e interacción en el proceso normativo 89

2.1. El derecho a proponer normas jurídicas en aplicación de los Tratados 91

2.2. El derecho a intervenir en la tramitación normativa 92

IV. Integración e interacción entre las instituciones comunitarias y sus ciudadanos: democracia y buena administración 94

1. El derecho a dirigirse a las instituciones europeas y el derecho de acceso a los documentos públicos 94

2. Mecanismos de defensa de los derechos democráticos en los supuestos de mala administración: el derecho a acudir al Defensor del Pueblo 97

V. Conclusiones 101

Bibliografía 104

CAPÍTULO IV

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL VALOR DE LA DEMOCRACIA. UN ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL CONSEJO RELATIVO A LA ELECCIÓN DE DIPUTADOS AL PARLAMENTO EUROPEO POR SUFRAGIO UNIVERSAL DIRECTO DE 2022

MARÍA TORRES PÉREZ. 109

I. Introducción. El valor de la democracia en la construcción europea 110

ARANZADI

Página

II. El Parlamento Europeo como reflejo interno del valor democrático: las elecciones por sufragio directo y el aumento competencial 111

1. Los primeros tratados constitutivos 111

2. La primera ampliación de Estados miembros y la Decisión y el Acta relativos a la elección de los representantes de la Asamblea por sufragio universal directo 114

3. El Acta Única Europea de 1986 115

4. El Tratado de la Unión Europea de 1992 117

5. Los Tratados de Ámsterdam de 1997 y Niza de 2000 118

6. El Tratado de Lisboa de 2007 119

III. La Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la elección de diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo de 2022 121

CAPÍTULO V

THE EUROPEAN CITIZENSHIP FROM MAASTRICHT TO LISBON: DO CITIZENS PARTICIPATE IN THE DEMOCRATIC LIFE OF THE EU?

ASSOC. PROF. ÁNGELA MARÍA ROMITO 127

I. The origin of European citizenship: Purpose and general features 127

II. Active Citizenship from Maastricht to Lisbon 131

III. The EU Participatory Tools and the European Citizens' Initiative 136

IV. The Conference of the Future of Europe 140

V. Conclusions 144

Bibliography 146

ARANZADI

Página

CAPÍTULO VI

EL BALUARTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA: DESDE LOS FUNDAMENTOS DE MAASTRICHT HACIA LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL
ESTRELLA DEL VALLE CALZADA 153

I. Planteamiento 154

II. El amparo de los derechos humanos desde los orígenes de la organización 154

III. De la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a los Planes de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia 157

IV. Posición integral de la Unión Europea sobre la aplicación de los estándares de respeto y protección de los derechos humanos en la actividad empresarial 159

1. El horizonte hacia una iniciativa legislativa europea sobre diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos . 160

2. La Unión Europea y su posición en la negociación del Instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales 166

V. Consideraciones finales 169

Bibliografía 171

CAPÍTULO VII

MAASTRICHT 30 YEARS LATER: THE «GREAT (DEMOCRATIC) TRANSFORMATION» OF EUROPE
MURIEL ROUYER 173

I. Towards a political union of sort: the dilemmas of scale in historical light 173

1. Changing world, changing scale: the magnitude of external constraints and the paradox of tied hands 173

2. Maastricht (High) politics: Internal Grand bargains and Bounded Rationalities 176

ARANZADI

Página

3. To Complicated Democracy, We Sail with Simple Ideas: Europe's 'Permanent Institutional Revolution' and Democratic innovation in the EU 179

II. The International Predicaments of EU-Democracy: the liberal consensus, East and West 184

1. The external resources of Democracy in Europe: Democratizating Oneself, Democratizing Others 184

2. What makes a people a people? The liberal consensus, East and West, and the fleeting question of the «eurodemos» 187

Bibliographical References. 193

PARTE II

MAASTRICHT Y LA CONSECUCIÓN DEL MERCADO ÚNICO DESDE LA PERSPECTIVA AMBIENTAL Y SOCIAL

CAPÍTULO VIII

THIRTY YEARS AFTER MAASTRICHT: IS THE EURO THE SINGLE CURRENCY OF THE EU?

ASSOC. PROF. KALOYAN SIMEONOV 203

I. Introduction. 204

II. The importance of the EMU in the integration process 206

III. The role of the Treaty of Maastricht for the establishment of the EMU. 210

IV. Is the euro today the single currency of the EU? 217

V. The international role of the euro 224

VI. Main challenges for the single currency and the EMU. 229

VII. Conclusions 231

Bibliography 232

ARANZADI

Página

CAPÍTULO IX

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E INTEGRACIÓN ECONÓMICA: HACIA UNA UNIÓN EUROPEA SOCIAL
GABRIEL MORENO GONZÁLEZ 235

I. El Estado social en la democracia constitucional europea . . 235
II. La integración económica europea 241
III. El modelo político fragmentado 245
IV. El modelo económico competitivo 248
V. Convergencia de modelos. ¿Hacia una Unión Europea social? 252
Bibliografía 259

CAPÍTULO X

LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA SOCIAL EUROPEA: SECTORES REGULADOS Y DERECHO DE LOS CIUDADANOS A ACCEDER A LOS SERVICIOS BÁSICOS
MARÍA JESÚS GARCÍA GARCÍA 263

I. La política social europea 264
1. Los objetivos de la política social europea 264
2. Las competencias de la Unión Europea en materia de política social 266
II. Los servicios económicos de interés general como instrumento de la política social europea 268
1. Delimitación conceptual de los Servicios Económicos de Interés General 268
2. El componente social de los Servicios Económicos de Interés General en la Unión Europea 271
3. El acceso a los servicios económicos de interés general en el marco de la política social de la Unión Europea 275

ARANZADI

Página

3.1. Derechos sociales de los ciudadanos europeos: el derecho de acceso a los servicios de interés general 276

A) El derecho de acceso a los servicios de interés general en los Tratados. 276

B) El derecho de acceso a los servicios económicos de interés general en el derecho derivado: la indeterminación del contenido 277

3.2. El estado regulador como estado garante del acceso de los ciudadanos a los derechos sociales 281

3.3. La concreción del interés general y del contenido del derecho de acceso a los servicios esenciales . . . 282

A) El servicio universal 282

B) El acceso a colectivos con necesidades especiales 285

III. El acceso a los servicios económicos de interés general en el marco del pilar europeo de los derechos sociales 287

1. El Pilar europeo de los derechos sociales 287

2. El plan de acción del Pilar europeo de Derechos sociales y el acceso a los servicios esenciales 289

IV. Conclusiones 291

Bibliografía 294

ARANZADI

CAPÍTULO XI

DEL TRATADO DE MAASTRICHT AL GREEN DEAL
FRANCISCO GABRIEL VILLALBA CLEMENTE 301

I. Introducción 301

II. Evolución histórica del proceso de integración europea de la política ambiental 303

1. Origen y evolución hasta el acta única europea. 304

2. Tratado de Maastricht 308

3. El Tratado de Ámsterdam (TA 1997) 311

Página

4. Tratado de Niza (2001) 314
5. El intento fallido de constitución europea (2004) 316
6. Tratado de Lisboa (2007) 317
III. El pacto verde europeo (The green deal) 319
IV. Conclusiones 322
Bibliografía 323

CAPÍTULO XII

LAS COMPETENCIAS MEDIOAMBIENTALES TRAS EL TRATADO DE MAASTRICHT: ENTRE LO GLOBAL Y LO LOCAL. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO COMO NEXO DE UNIÓN ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL
MARÍA JESÚS GARCÍA GARCÍA 327

I. Las ideas nucleares del medio ambiente 328
1. La clave del problema: las externalidades económicas del medio ambiente 328
2. La dimensión local y global del medio ambiente 330
II. La interacción entre los distintos sistemas de protección del medio ambiente 331
1. El impulso internacional. Valoración de los instrumentos internacionales en materia de medio ambiente 331
2. La protección del medio ambiente a nivel regional: el papel de la Unión Europea 334
2.1. La evolución de Derecho Ambiental en el ámbito de la Unión Europea 335
2.2. Los instrumentos europeos de política ambiental . 337
2.3. Un ejemplo más en la concreción de los objetivos internacionales en el plano europeo: la Ley de restauración de la naturaleza 340

ARANZADI

Página

III. La aplicación de las normas europeas a nivel local: instrumentos comunitarios de seguimiento, fiscalización y control del cumplimiento de las normas ambientales por parte de los estados 344

1. Mecanismos institucionales de carácter general 345

2. Mecanismos a disposición de los particulares para el cumplimiento de la legislación ambiental 347

2.1. El derecho de petición ante la infracción de normas ambientales por parte de los estados 348

2.2. La acción de responsabilidad por incumplimiento de las normas ambientales europeas 349

IV. Conclusiones 352

Bibliografía 356

CAPÍTULO XIII

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA RESTRICCIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EUROPEAS: EVOLUCIÓN DESDE SU RECONOCIMIENTO EXPRESO EN EL TRATADO DE MAASTRICHT

CLÀUDIA GIMENO FERNÁNDEZ 359

I. Planteamiento: las libertades económicas europeas y el principio de proporcionalidad 359

II. El principio de proporcionalidad: fundamentos 362

1. Desarrollo del principio de proporcionalidad en la Unión Europea 363

2. Las partes del principio de proporcionalidad 365

3. La consistencia de las medidas 368

III. Proporcionalidad y restricciones a las libertades del mercado único 369

1. Los problemas de la aplicación generalizada del principio de proporcionalidad 370

2. El contrapeso a las críticas al uso del principio para la limitación de las libertades del mercado interior 375

ARANZADI

Página

IV. Elementos procesales relevantes en la aplicación del principio de proporcionalidad 378

Bibliografía 382

CAPÍTULO XIV

EL SISTEMA DE PREFERENCIAS GENERALIZADAS DE PREFERENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CONDICIONALIDAD POLÍTICA
CLARA PORTELA 389

I. Introducción 390

II. La evolución del SGP de la UE 391

III. Condicionalidad y retirada bajo el reglamento del 2012 . . . 393

IV. Experiencia de suspensión y restablecimiento 396

V. La propuesta de reforma de 2021 398

VI. ¿Próximos pasos? 402

VII. Conclusión 404

Bibliografía 405

Libro electrónico. Guía de uso

ARANZADI

ARANZADI

Parte I

Maastricht y la potenciación de la democracia europea

ARANZADI

ARANZADI

Capítulo I

The indispensable European integration, at maturity, between the democratic deficit and the limits of sovereignty

Ennio Triggiani
Emeritus Professor, European Union Law, University of Bari Aldo Moro

ARANZADI

SUMARIO: I. «SOVEREIGNIST» CONCEPTIONS IN THE LIGHT OF THE PANDEMIC CRISIS AND THE FINANCIAL SOLIDARITY OF THE UNION. II. ANALYSIS OF THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY IN TODAY'S GLOBALIZED WORLD. III. THE INADEQUATE LEVEL OF INTERGOVERNMENTAL PROBLEM SOLVING IN THE EUROPEAN UNION. IV. PEACE AND FUNDAMENTAL RIGHTS AT THE HEART OF THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS. V. THE NATION STATE'S INABILITY TO EFFECTIVELY EXERCISE THE POWERS OF GOVERNMENT AND THE CRISIS OF «SUBSTANTIAL» DEMOCRACY. VI. EUROPEAN SOVEREIGNTY IN THE ABSENCE OF A EUROPEAN PEOPLE. VII. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAFY.

I. «SOVEREIGNIST» CONCEPTIONS IN THE LIGHT OF THE PANDEMIC CRISIS AND THE FINANCIAL SOLIDARITY OF THE UNION

The significance of the 1992 Maastricht Treaty within the scope of European integration is frequently undervalued. Additionally, the meaning behind the name of the Dutch city is noteworthy: *Mosae Trajectum*, a crossing point (*traiectum*) on the river Meuse where the Romans constructed a stone bridge to link contemporary France and Germany. The symbolism of a 'bridge' representing the 'Union' has recently been challenged by those who

advocate for replacing it with the symbol of a set of «stones» (which brings to mind quite a different image, namely, a «wall»). It is noteworthy that the euro, which was intended as a critical component of the «transition» between state borders in 1992, has been subjected to continual political attacks for mere electoral reasons.

The pandemic crisis has highlighted the need to overcome nationalist visions in solving contemporary problems. This brings to light the importance of the debate on sovereignty. The opponents of the Union faced the challenge of addressing national border fragility due to the spread of the virus, while also having to contend with the unforeseeable revival of the European Union.

However, within a legal framework that has a strong intergovernmental nature like the Common Foreign and Security Policy (CFSP), Hungary's response to the Russian invasion of Ukraine, despite some hesitations, is still notably clear and supportive. In various fields, scholars have highlighted how decades of integration have gradually brought us closer to the core political and institutional issues inherent in this process. Qualitative leaps have often been triggered by major crises. The pandemic has shattered the taboo of communal public debt with the consolidation of the principle of solidarity in a financial context. This has paved the way towards the desired birth of a European Union (EU) that prioritises health which is interconnected with the environment. The continuous degradation of the latter has put the relative common policy at the center of the EU's functions.

ARANZADI

Russia's aggression towards Ukraine has resulted in a robust restatement of the identity profile of a union established on the principles of the rule of law, democracy, respect for fundamental rights, and solidarity. The Union now holds tremendous appeal for other European nations. They prefer a shared sovereignty model of actively participating in handling the impact of the fallouts, as opposed to being mere vassals under Russian influence. However, the ongoing conflict has exposed the significant challenges of a reality that must now confront crucial decisions for its future as it reaches maturity.

The European «Community» deserves recognition for its adoption and implementation of the post-World War II revolutionary principles outlined in the Charter of the United Nations, including the prohibition of war and promotion of peace. These principles are reinforced by a legal and ideological emphasis on protecting fundamental rights, as established in the Universal Declaration of 1948. Peace between Member States is an achievement that cannot be reversed, and the Charter of Fundamental Rights of 2001 provides a clear and articulated affirmation of fundamental rights. In the

war in Ukraine, democracy is the real issue, and the resistance of Kiev symbolises a resistance to «our democratic values».

The democratic principles of rights and institutions, along with the rule of law and international legality, underpin the pact of civilisation that unites Europe. This pact is being fostered by enhancing Union citizenship, which, albeit at a nascent stage, represents a unified European community no longer based on traditional national criteria - increasingly feeble in a globalised world - but on a shared appreciation of fundamental values. One becomes a member of a composite system comprising rights, duties, and political loyalties, which is an essential precondition for democratizing Europe. This system offers a space where individuals can live, work, study, and shop without bureaucratic hurdles or discrimination. As a result, a growing sense of shared identity is spreading, particularly among younger generations.

The significant improvement in recent years known as the «qualitative leap» has been previously mentioned. It was undoubtedly documented during the pandemic. European integration responded with unexpected force through the intervention of the European Central Bank (ECB) and its purchase of government bonds as part of the Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP). Of the 200-million-euro bonds purchased, Italy was a beneficiary, resulting in access to financial markets with greater ease and at lower costs. This action [illegible] suspension of the Stability Pact and subsequent spending limits based on Maastricht parameters. Public procurement regulations also gained flexibility and there was a reduction in the ban on state aid.

ARANZADI

Additionally, in the context of the controversial European Stability Mechanism (ESM), the ESM Pandemic Crisis Support credit line (Article 14, Precautionary Financial Assistance) was implemented with the explicit decision that the sole limitation would be on the allocated use of healthcare expenses. This was a legal provision outlined in Article 12, paragraph 1 of the ESM Treaty. The protocol already stipulates that constraints are negotiated and set out according to a specific agreement signed by the requesting state. These constraints range from a macroeconomic adjustment programme to the consistent adherence to pre-established eligibility conditions.

It is worth noting that the pandemic crisis has highlighted the importance of enhancing the quality of common intervention, particularly in relation to health profiles. Initial debates regarding the insufficiency of European intervention have failed to acknowledge that health is not a specific jurisdiction of the Union, which does not establish health policies and does not oversee the organisation or provision of medical services and care. It lacks directed tools to act upon the territories where the most

arduous battles for our wellbeing and lifestyle models are taking place. Its actions, as per Art. 168 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), confines the EU's role to enhancing national policies and encouraging cooperation among Member States in public health.

This primarily involves researching major health epidemics, their causes, transmission, and prevention, as well as disseminating health information and education. The EU also monitors, provides early warnings, and combats severe cross-border health hazards. The European Parliament and Council possess the authority to implement incentive strategies aimed at safeguarding and advancing public health, with an emphasis on addressing significant health threats across borders. Such measures include monitoring, issuing early warning notifications, and combating severe cross-border health emergencies, as well as measures that are aimed at safeguarding public health against tobacco and alcohol misuse. Notably, these measures do not incorporate any harmonisation of laws or regulations between Member States.

Numerous interventions have been carried out, always within the exact confines of intervention for the «Community» institutions. Despite this, on healthcare matters, sovereignty remains with the nation-states who have not been willing to relinquish their control to Brussels.

ARANZADI

However, the significant and groundbreaking innovation introduced during the European Council meeting held on 21st July 2020 is attributed to the *Next Generation EU* programme, which is articulated into three pillars. The first pillar incorporates the Recovery Fund, designed to promote recovery via solidarity and cohesion and mitigate the risks of substantial divergence within the single market. The Commission issued bonds utilizing the existing mechanism employed for the anti-unemployment program SURE (Support to Mitigate Unemployment Risks in an Emergency), resulting in a reformulation of the well-known Euro or Corona Bonds. The difference, however, is that these bonds are directly connected to the European multiannual budget, which is expected to double, at a minimum, compared to the current GDP, a mere 1%. However, the key feature of this novel instrument lies in the fact that a portion of the funds concerned is non-repayable, as specified by President Von der Leyen of the Commission.

This results in a true revolution, as outlined in the Delors Plan (1994), through the issuance of government bonds that are guaranteed jointly by all Eurozone countries. This transforms the individual risk of each country into a fraction of the collective risk. A market of significant magnitude should be established to safeguard it against potential speculative attacks. This crucial step will pave the way for an essential collective fiscal and

budgetary policy that will aid in restarting growth and our social model, mobilizing all the essential resources.

The relevant legal underpinnings can be found in Article 122 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). It allows the Union to provide financial aid to Member States facing severe difficulties due to natural disasters or other extraordinary circumstances that are beyond their control, all in «a spirit of solidarity», a magic world that constitutes the decisive legal and political reference framework for the entire operation. It must form a foundational framework that can strengthen the core policies of economic, social, and territorial cohesion (Articles 174-178, TFEU), with the aim of advancing its integrated and balanced growth (Art. 174, para. 1). The multi-year budget must be more than just a sum total of each Member State's contributions, as determined by separate methods. Instead, it must become a key element of a new effort towards unity, emphasising the alignment of national interests with those of Europe.

Recent months have witnessed the Treaties of Lisbon taking a noteworthy qualitative step in the direction of supranational rule application. Despite contradictions and ambiguities, this progress was achieved by removing the neutralization of rules. Earlier, the complex functionality of the intergovernmental system constrained by State vetoes.

ARANZADI

II. EVOLUTION OF THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY IN TODAY'S GLOBALIZED WORLD

The legal-political framework briefly described is useful for projecting the innovative solutions identified within the framework of today's concept of sovereignty as it is emerging for the Member States in the context of the European integration process. Consequently, the issue of relations with democracy emerges as a central concern in the analysis of the transformations of statehood in recent decades, as a consequence of the enlargement of the social base on which sovereign power is based. Thus, the increasing globalisation of tasks that were previously the exclusive monopoly of the state makes reflection on the democratic legitimacy of post-national political organisations a priority in terms of the methods of controlling powers transferred to the supranational level.

However, all the important progress made in recent decades —especially after the decisive Maastricht reform— is no longer sufficient because the critical issues of the Union's institutional structure, despite its extraordinary innovative scope, threaten to undermine the whole project. Europe needs to be more ambitious, in line with strides already achieved, such as becoming the largest and richest market and the world's largest trading

power, adopting good environmental policies, achieving the highest levels of consumer protection and food quality regulation, creating original and advanced welfare profiles, and, above all, maintaining internal peace. However, it would also have to be ambitious in the field of energy, since it has unfortunately not followed up on its good intuitions to create a community for both coal and nuclear energy in time; instead, it would have to incorporate the common purchasing platform into a single agreement, facilitate the transition to renewable energies by defining the criteria for capping the price of gas, and set up a kind of functional energy agency. A decisive qualitative leap is therefore needed to start building a pre-federal reality capable of responding effectively to the major challenges facing the international community today.

However, it would be impossible for this qualitative leap to take place within the current institutional framework without resolving some fundamental political and legal issues. Intergovernmental cooperation is still a dominant element of identity, even after the changes introduced by the Lisbon Treaties. Its centrality, as an expression of the sovereignty of the Member States, was quite understandable in the first decades of European integration; it is much less so today, when this process has become both deeper and less manageable as a result of the significant increase in the number of Member States. The same framework of economic and political phenomena that pervades the life of the international community increasingly assigns the role of protagonist to those states that are sufficiently large in terms of territorial size, population and economic power.

ARANZADI

This serious limitation is now even more apparent in the face of the war in Ukraine. The conflict has highlighted the weakness of the Union, which has been unable to play a significant role and which, objectively speaking, appears to have been dragged along by the decisions of the United States, both within NATO and outside of it. The USA has, in recent years, comfortably assumed the role of the main financier (70% of expenditures) and, consequently, the main decision-maker. In this context, the only way out of a weak and contradictory situation for the «Community» countries would be achieving a greater and more autonomous military cohesion, strengthening the negotiating capacity, and recalling the failed experience of the creation of the European Defence Community (EDC), present in the Treaty of Paris of 1952, which never came into force. This was a highly innovative profile, laying the foundations for the construction of a federal state capable of effectively guaranteeing Europe's security and its diplomatic authority.

The «strategic compass», launched on 21 March 2022, seems to be moving towards the recovery of the old project, albeit in an embryonic form with many limitations. Among other things, it supports the creation of a

task force capable of rapidly deploying 5,000 soldiers wherever there is a crisis and the strengthening of intelligence and strategic partnerships. The legal basis of this is the Permanent Structured Cooperation (PESCO), based on Article 42, par. 6 and Article 46 of the Treaty on European Union (TEU). Instead, the spirit of the EDC should be revived with vigour and speed by making greater use of enhanced cooperation, by rationalising European technological defence capabilities, and by redirecting substantial resources to sectors that are more important in various respects, such as social policy.

Above all, however, a common defence can only be governed by a genuine common foreign policy, which in reality does not exist today because it requires the unanimous agreement of the 27 Member States, a feat almost impossible in such complex and delicate matters. The Union must be able to have its own foreign policy, an autonomous and effective diplomatic network, and a defence that, if it were common, would be more effective and also less expensive than the total amount allocated to it in the budgets of the 27 Member States. And, in addition, an intelligence structure capable of monitoring internal and external enemies, including attempts at corruption, should be built. In other words, we need strategic and technological European sovereignty. Furthermore, the fact that decisions on the CFSP must be taken unanimously —as has already been stated— and that the very possibility of closer cooperation must be submitted to the scrutiny of a unanimous Council, is evidence of this weakness.

ARANZADI

Moreover, in light of the major failure of the last COP 27 (Conference of Parties), the Union must also show greater courage in the environmental field, despite the responsibility and opposition of many countries in the international community, to implement the commitments made there, where the United Nations is proving to be much more incisive than in the defence of peace, the purpose for which it was ostensibly created. The most recent evidence is the historic resolution adopted by the General Assembly on 26 July 2023, in which it codified access to a clean, healthy and sustainable environment as a «universal human right», fundamental to overcoming the planetary crisis caused by climate change, the loss of biodiversity and the accumulation of pollutants and waste. We are in a situation where the principle of solidarity should also be applied to our Earth, the only planet we have. We should learn to be patriots of our planet before our countries, which would be an act of love towards the latter. That is why the environment, the main emergency of humanity, is more and more the centre of the imputation of universal rights, so that everything that concerns it erases the sovereignty that leads to clear contradictions with the actions necessary to defend our Earth. And this seems to be particularly true for a reality such as the European Union, which, not sur-

prisingly, is the political entity that has spent the most time over the years —albeit with many contradictions— leading this sacred battle.

III. THE INADEQUATE LEVEL OF INTERGOVERNMENTAL PROBLEM SOLVING IN THE EUROPEAN UNION

The preceding analysis brings to light the substantial duties and obligations that European States must undertake, demonstrating the courage to maintain a significant position in the present global society while also effectively tackling the needs of their citizens. An institutional system that exhibits exceptional efficiency while also maintaining high standards of democratic quality is necessary for the Union to achieve this. This must be particularly ensured as the EU transitions additional sovereign powers from the Member States. It is crucial to confirm the legitimacy through corresponding levels of democratic guarantees, which affirms the «transnationalization of democracy».

Alternatively, we need to consider whether, in the age of globalization, state powers are effectively executed or not, especially in relation to the external aspect of sovereignty, and whether the discussion about adhering to democratic requirements in this transfer should shift to the ultra-national level where the efficiency of the relevant powers is explained.

ARANZADI

The European Union is without a doubt the primary area suited to experimentation in this regard. With regards to instituting a greater level of democracy, the European Parliament holds a significant role as the direct representation of European citizens within the system.

The global interdependence is more robust and noteworthy, especially within the European Union's integration process which has been growing stronger for decades. This process has encompassed not only economic aspects but has also been deepened by the establishment of a common currency and has ultimately qualified as a «general-purpose political entity». Furthermore, it is unquestionable that the prosperity of our continent (even amidst the internal discrepancies of its uneven economic progress) originates from the significant economic liaisons both within and outside of it.

There is no doubt that the euro, the major achievement of the Maastricht Treaty, has helped establish a core identity that the vast majority of European citizens accept and defend. The single currency is now considered indispensable and forms the basis for tackling the «revolution» envisaged in Maastricht, albeit poorly implemented.

The reform of institutions, which started under the Treaty and was subsequently implemented in Lisbon, has preserved the precarious coexistence between the two intergovernmental and supranational identities that define the Union. Indeed, it is true that the European Parliament has favoured the latter approach through consistent expansion of its legislative and budgetary co-decision powers, with a reference to a federal-type bicameral system. However, important areas such as taxation and foreign policy have been permanently excluded.

Nevertheless, in practice, the European Council has significantly strengthened and evolved into a new institution. It now plays a significant role as the highest intergovernmental expression, which requires unanimous decisions for its primary competencies. Notably, the Commission faces numerous constraints. It is maintained in its plethoric composition due to continuous postponements of the planned downsizing, and the Council's majority voting system is subject to numerous distinctions and restrictions. In addition, conventional interventions such as the European Stability Mechanism and the Fiscal Compact, as well as those dictated by independent institutions like the European Central Bank, play a significant role due to the economic crisis.

The expansion of qualified majority voting in the Council which the Conference of the future of Europe strongly advocates for (and to which we will return later), should occur with significant involvement from the European Parliament. It is true that the Treaty on European Union already encompasses a «passerelle clause»: The European Council can authorize the Council of the European Union to intervene, without the need for unanimity, by adopting acts with a qualified majority. However, the endorsement of this «passage» still requires unanimity from the European Council. Additionally, the application of this clause excludes decisions with military implications or those related to defence (Art. 48, par. 7).

ARANZADI

Moreover, the exclusion of the European Parliament's participation from both democratic and judicial controls remains in several aspects. Consequently, there is a partial disengagement from the general framework of the fundamental «values» outlined in Art. 2 of the TEU. The «European emergency law» has nullified the steps towards greater democratic legitimacy of the Union, as stated in the Lisbon Treaty. Instead, it reinforces the logic of international law and state sovereignty. An illustrative example of this, in a negative sense, is the Strasbourg Assembly's lack of the power of legislative initiative, a typical parliamentary function which is reserved solely for the Commission.

In this context, significant attention is drawn to the Union's citizen initiative, as outlined by Article 11, par. 4, TEU and Article 24, TFEU (regulated by EU Regulation n. 211/2011). This unique instrument of participatory democracy, which aims to enhance the democratic underpinnings of the European Union, has no international precedent. The Treaties of Lisbon have granted European Union citizens the opportunity to partake in legislative activity directly by petitioning the European Commission to propose legislation or other measures, provided they have been signed by at least one million citizens spanning a minimum of seven EU countries. The Commission has a mandatory period of six months to assess successful initiatives and determine their course of action but has thus far exhibited excessive caution. The European Parliament is empowered to evaluate the Commission's actions.

Furthermore, it is important to consider the weakness of the European political party system due to the lack of vitality of intermediate institutions. Although political parties play a crucial role at the «community» level, their restructuring on a continental basis is almost non-existent. Additionally, the absence of transnational electoral lists in European Parliamentary elections does not support its Europeanisation. Consequently, the frequent dependence on national political logics remains present.

ARANZADI

Furthermore, the proliferation of decision-making procedures, resulting in the formation of a complex and convoluted decision-making process, diminishes their transparency and emphasises the significant potential for critical situations, particularly in a system that views natural and legal persons as direct co-participants in the same process. Furthermore, within the TEU, there seems to be an evident reinforcement of the intergovernmental aspect through the inclusion of both Art. 48, which highlights the vulnerability of the acquis, and Art. 50, which formalises the process of withdrawal.

In essence, following the Maastricht Treaty, the Member States have gradually surrendered significant authority to the Union, but retain predominant control through their prevailing representation in the institutional framework. The «democracy» of the States still pervades the system of the «community». On the contrary, according to the Constitutional Court of Germany's famous decision on 30 June 2009, the States hold authority over the Treaties creating the Community and the European Union, and consequently determine the framework of numerous inter and intra-state relationships.

However, it is questionable whether the intergovernmental level, with its cumbersome direct or indirect presence of the unanimity-based decision-making mechanism, remains the optimal level at which to tackle the

significant challenges that the international community presents to Europe today. The current crisis of the national state underlying European integration poses a genuine risk of «contaminating» its institutions precisely because they are too heavily influenced by the Member States.

A revamp of the institutional system at appropriate supranational levels is necessary. The issue persists with the crisis caused by the overlap between territorial space, state sovereignty, and the political community dimension. This backdrop has led to the consolidation process of the democratic constitutional State.

IV. PEACE AND FUNDAMENTAL RIGHTS AT THE HEART OF THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

Overall, the European Union must therefore decide whether it wishes to continue to play a secondary and subordinate role in the current international community or whether it wishes to grow up and better manage its interests by implementing a series of important institutional and material reforms, both in the current legal framework and, above all, by adopting a new treaty. It was therefore more than appropriate to convene (between 10 March 2021 and 9 May 2022) the Conference on the Future of Europe, with the participation of the citizens, in order to design instruments and contents suitable for addressing the problems just mentioned. And there is no doubt that it finally constituted a first significant experiment of that participatory democracy called for by Articles 10 and 11 of the TEU, which, unfortunately, has thus far been largely ignored.

ARANZADI

In the previous pages, we have already identified the main criticisms of the current institutional setup and the distribution of powers between the Member States and the Union. In particular, the Conference gave a clear answer to the serious limitation of unanimity, stressing the need to abolish it, particularly in view of the further enlargement of the EU, which would no longer be able to function if 30 or more States were to hold the power of veto. It is also interesting to note that among the 49 recommendations adopted by the conference, the direct election of the president of the commission is one of them, with the aim of further strengthening the citizenship of the Union and, implicitly, the role of the European Parliament. The direct relationship between the active and passive electorate on a continental scale would undoubtedly be strengthened by the presence of transnational lists, which would at least partially liberate the election of the Strasbourg session from the national events that have prevailed until now.

In other words, the European Parliament will be formed by the sum of national elections, distorting the very meaning of its institutional quality.

On the other hand, the so-called «Qatargate» (the political scandal involving MEPs) was able to develop thanks to the very weak link that exists between the voters and those elected, whose election is independent of previous behaviour in the Strasbourg session or of the ideas to be brought to it. There is no European public opinion that can act as a constant check on the work of the elected representatives.

To sum up, the indications coming from the COFE concern the simplification of the Union's institutional architecture, greater transparency and accountability in the decision-making process, and a new reflection on the competences conferred on the Union and those remaining with the Member States. In other words, the citizens who took part in the consultation are calling for greater decision-making capacity, an improvement in the quality of democracy and the development of skills in the context of wider participation.

However, considering that reaching a simple majority decision to open the Convention for the reform of the Treaties —as stated in Art. 48, par. 3 of the TEU— proved challenging in the European Council, it seems unlikely that the current general political framework will support any short-term Treaty reforms. In the meantime, the available measures within the existing regulatory framework consist of the «passerelle clauses» (Article 31, paragraph 3 and Art. 48, paragraph 7 of the TEU, and Art. 312, paragraph 2 of the TFEU) where applicable, and enhanced cooperation (Article 20 TEU and Art. 326 ss. TFEU), restricted to the respective innovative contents. Regarding the latter, examples of the now multifaceted and dangerously asymmetric Union include operations in the realm of divorce and legal separation laws, as well as European patent and property regulations for international couples. Additionally, there is involvement with the European Public Prosecutor's Office for instances of financial crimes against the EU, which foreshadows the establishment of institutions that centralize repressive functions in the hands of «Community» bodies. Security and defence policies could potentially be included in an agreement for enhanced cooperation, although no action has been taken yet. It is important to note that four Member Countries (Austria, Cyprus, Malta, and Ireland) are not part of NATO, while Sweden and Finland are preparing to join. In addition, the European Economic Area brings Lichtenstein, Norway, and Iceland together with the EU, while Switzerland has a distinct association treaty that imposes numerous significant obligations.

ARANZADI

V. THE NATION STATE'S INABILITY TO EFFECTIVELY EXERCISE THE POWERS OF GOVERNMENT AND THE CRISIS OF «SUBSTANTIAL» DEMOCRACY

The pursuit of efficient governmental capacity at the European level and the collaborative sharing of sovereignty have been severely impeded by recent events. These include the financial crisis that originated in the United States, as well as the crises of sovereign debt and recession, along with their social impacts. Furthermore, incidents such as terrorist attacks, the refugee crisis, the surge of immigration, Brexit, and the Russian annexation of Ukraine have posed significant threats to these objectives. The crisis management policy has caused tangible social injustices and growing conflict among European nations, shaking the Union's foundations in an unprecedented manner.

The European Union has been highly effective at acknowledging the interdependence that exists between its member states. As these states are subject to a reciprocal and consistent influence, their fortunes are intertwined and thus rely heavily on mutual trust, both between each other and the wider global market. This is the concept of «horizontal accountability» put forward by scholars of globalization. It suggests that every government, according to its political and economic influence, must not only be accountable to its own constituents but also to other governments and peoples. With all due respect to the «sovereigntists», democracy is a fundamental concept that extends beyond an exclusive relationship between a people, their socio-economic concerns, and their governing authority. Although the States have control over the markets composed of both individual and corporate savers, the markets in turn control the States and are prepared to reject deficit spending policies for European economies with high public debt. Only the democratic continuation of the integration process can overcome this relapse into a nationalistic split in Europe.

ARANZADI

Additionally, the institutionalization of interdependence is vital, as it ensures that relevant bodies are entrusted with sharing (many) burdens and (few) situations of solidarity. Adherence to common rules, notwithstanding any valid critiques, and a mutual commitment to finding solutions are the only means of preventing widespread negative outcomes. States cannot delude themselves into thinking they can overcome contemporary global upheavals by adhering to outdated nationalist ideologies.

States are affected by global forces such as finance, banking, media, criminality, the mafia, and terrorism, but they cannot effectively address supranational issues that are inherently beyond their borders, such as environmental degradation, pollution, and mass migration. It is obvious that

we can only tackle global crises with international political initiatives that enable institutions to represent the will and interests of their populations.

This is a necessary approach as we observe processes of denationalizing procedures and institutions that originated from the state and were centred around the state. As a result, «statehood», once entirely dependent on the will of a sovereign, is now shaped by a larger system of entities functioning within the global arena. The key issue is that the organization of the state requires radical changes to adapt to a new context in which it is forced to multiply intergovernmental relations without being able to limit itself to the traditional relations of a purely contractual nature characteristic of international law.

National governments are occasionally required to address and solve EU-related issues. However, they frequently offer and prioritize intergovernmental solutions to retain the national political framework that gains citizen approval and facilitates partisan competition for national dominance. This tendency undermines the necessary resolution of common European problems. Despite significant progress in European integration, citizens often maintain the perception that the levers of political power should be in the hands of national governments, leading them to view the Union as an unnecessary bureaucratic superstructure.

ARANZADI

In reality, the Lisbon Treaties, although introducing significant innovations, did not alter the political structure of the system. As already noted, the related decision-making processes are still firmly based on the control of nation-states.

It is worth noting that in recent decades the gradual transfer of sovereign powers has been based on the principle of attribution, which has allowed Europe to expand its sphere of intervention to previously unconsidered sectors. This has been made possible, in part, thanks to the intelligent hermeneutical activity of the Court of Justice, which has tackled fundamental questions such as the primacy of «community» law.

However, it is important to note that these transfers of sovereignty to the Communities, and subsequently to the European Union, were not final. Once a sovereign entity has been established, it should not rely on the constituent subjects who are members of it, but rather it should gain the ability to self-determine.

The Union remains a heteronomous organization without the power of self-revision of its juridical-institutional foundations. The States always play a leading role in Community institutions because the European Parliament is not yet comparable to representative assemblies outlined in

constitutional law. Furthermore, the States directly compose the community institutions, (such as the Council), or select their members (as with the Commission, albeit in relative 'partnership' with the European Parliament). Despite the significant autonomy gained by supranational institutions, it is still the member states that largely determine the timing, functions, and potential content of standardisation efforts within the Community.

Although the significance maintained by Members holds true, it is worth highlighting the increased importance of national assemblies in providing external democratic legitimacy to the system. For the first time, they have been given an autonomous role within the institutional context of the Union, formally independent from that of the Member State to which they belong. This role was previously the exclusive responsibility of governments in the Councils.

The codification of the principle of interparliamentary cooperation and the «proceduralisation» of the principle of subsidiarity undoubtedly enhance representative democracy. Nevertheless, they still represent an interstate vision of the phenomenon instead of an integrationist one. Consider the so-called «brake clauses», which allow a Member State to move from a unanimous vote to a qualified majority vote under specific circumstances for enacting an act in a particular sector. Additionally, enhanced cooperation takes other forms. Although these mechanisms seem practical for preventing integration from coming to a halt, they also exhibit a sense of fragmentation.

ARANZADI

Furthermore, the limitations on sovereignty seem to extend only to the boundaries established by the paramount principles of national legal systems. This is evidenced by multiple verdicts of national supreme courts that aim to protect these principles, attributed to the theory of counter-limits which exists to shield them from potential pathologies stemming from the association between the «Community» legal system and the internal legal system. The initial source of legitimacy always derives from the legal systems of the States. Similarly, as in the legal systems of the States, the effectiveness of community sources may be limited for European citizens.

In any event, the highest expressions of national jurisdictions have never exceeded the bounds of even firm positions of principle. This can be attributed to the fruitful dialogue established with the Court of Justice, exemplified by the closure of the delicate issue in the Taricco case. The direction of the Luxembourg judges in the reciprocal interaction between national and European legal systems is an expression of their long-standing efforts to restore the integration process to the will of the founders and their vision

of creating an increasingly closer union among the peoples of Europe (Article 1, TEU). However, it is not within their jurisdiction to undertake the political task of making the definitive leap in quality work.

VI. EUROPEAN SOVEREIGNTY IN THE ABSENCE OF A EUROPEAN PEOPLE

A political obstacle to achieving wider sovereign cooperation arises due to the fact that sovereignty is closely tied to the unified identity of the people who determine it and are subject to it.

In this regard, the identity clause according to Art. 4, par. 2, TEU, in my opinion, places national identity as a limit to integration rather than as a specific content of European identity. It thus appears in possible opposition to the vision of European openness expressed by Art. 2, TEU, even if its use can only be marked by an intelligent balancing of the opposing interests at stake and avoiding instrumental attempts to unduly reappropriate powers by the Member States.

Furthermore, the absence of a European people that presents itself as a foundational basis weakens the inherently political nature of Parliament and its ability to strategize. However, if individuals lack the ability to relate to the supranational concept of sovereignty, it is important to note that the historical, religious, cultural, and linguistic homogeneity of each state's population is progressively diminishing. Despite awkward and dangerous attempts to restore this homogeneity through propaganda and ultra-nationalist and racist views, such efforts have ultimately failed. The European Union serves as a «laboratory» for democratic governance among multiple peoples, a characteristic that is common in complex societies where popular sovereignty is no longer based on singular «demos». This situation requires novel forms of coexistence among these communities.

ARANZADI

The European model is therefore a remarkable instance of cultural coexistence, which is both distinct from and in line with historical trends. Since the Middle Ages, Europe has shown profound cultural unity, which has nevertheless been impeded from reaching its full potential due to the political partitions created by national borders. Whilst criticisms of the concepts of European civilization and identity are commonplace, largely due to the inevitable ambiguities that arise as soon as the boundaries of European civilization and identity are narrowly delineated, it remains legitimate to trace a plethora of philosophical, literary, scientific, religious, and other aspects throughout European history that represent a unique and original contribution of Europeans to the history of civilization (beyond the confines of the Western world).

Conversely, it is the «conviviality of differences» that facilitates the formation of indissoluble bonds, reflecting the notion of a plural identity that grants individuals recognition in multiple communities and groups, thus helping them evade a static, monolithic identity. It is important to remember that cultural conflicts are more profound than their economic counterparts and persist through them. In essence, the task at hand involves redefining various identities to suit the present reality. For example, Europe, with its cultural values based on human dignity and the right to life, has taken a stance on the death penalty and has abolished it. In countries where it still exists, the term «execute» is used instead of «kill», manipulating terminology with a large dose of hypocrisy.

In this sense, the process of continental unification must also be considered as the attempt by Europeans to redeem their past by transforming this from a continent of war into a continent of peace where the various peoples now consider the mutual taking up of arms unacceptable.

To revive the EU, we must nurture hope and draw from our cultural inheritance, which provides insights into our history and enables us to construct a future based on legal principles. In other words, the formation of the «European people» is a gradual process that is based on European citizenship. This process requires a shared awareness that the legal and democratic substance characterising the Member States will continue in the future federal Union. The preservation of revolutionary constitutional accomplishments while simultaneously enabling the diverse minorities to retain their identities and contribute to the creation of a participatory democracy is crucial. An example of such an instrument would be a Europe-wide referendum.

ARANZADI

However, the foundation of European integration lies in the fundamental rights catalogue that was reconstructed on a mainly jurisprudential basis over the decades thanks to the Court of Justice's brave and innovative judgments. These rights were then codified in 2001 through the abovementioned Nice Charter of 2021, which provides the extra benefit of putting individual, collective, economic, and social rights on an equal footing. The concept of absolute state sovereignty is categorically disproven in this context, and it is reinforced that the State is not even allowed to breach fundamental rights. The establishment of the European Court of Human Rights and the evolutionary advancement of the European Communities represent the initial institutional recognition of a genuine revolution throughout our continent.

However, this equalisation has not always been supported by the facts. The solidarity principle, which is enforced and sanctioned by Lisbon under various profiles, is inherently supranational in scope. Nevertheless, it fails

to find an appropriate implementation, especially when considering immigration flows (Article 80, TFEU). This principle should instead focus on developing the concept of Union citizenship, based on the dignity of the individual as a unifying force for different identities working towards a common development goal. This means prioritizing citizens over consumers in every sense.

VII. CONCLUSIONS

The key political strategy at the beginning of the third millennium involves Member States relinquishing portions of their sovereignty to build a more effective union that operates on a larger scale. This requires a complete synthesis of history, market, and democracy through a political-institutional revolution initiated in the last century. The concept takes on the form of constitutionalism of subsidiarity as a means of supporting the State. However, to remain relevant today, it must evolve by rejuvenating itself with a new approach that reunifies rights and powers through a federal type of «narrative». To achieve a higher standard than the current most radical form of multilateralism, a transition from the current agreement-based system to constitutionalizing is required. The aforementioned relinquishment of sovereignty in favour of the Union is an essential sacrifice to maintain the opposition against powerful transnational power blocs, against which national constitutions are increasingly vulnerable.

ARANZADI

The transfer of further sovereign powers is a prerequisite for a democratically sanctioned distribution of the outcomes of common fiscal, economic and social policies. The true peril for democracy is the entrenchment of a state in which authority is exempt from regulations and powers are implemented that residents cannot oversee because they are delegated to unknown and private entities, in breach of the principles of vicinity and openness.

The issue lies in the fact that the crisis of the national State, which formed the foundation of European integration, is currently adversely impacting the Union institutions. This is an attempt to weaken their role and functioning and to pursue an unworkable «return to the past». To overcome this apparent contradiction, citizens must feel deeply engaged in the recovery of their leadership and the new institutions that represent them. It is imperative to construct the fundamental features of communal living based on an idealistic and economic foundation. This ensures a fairer society with social aspirations, where «*homo homini lupus*» no longer applies. Each person should be treated with the same reverence as one would afford a divine entity, as epitomised by Cecilius Statius' «*homo homini deus*» and evoked by the likes of Erasmus, de Vitoria, Locke, and Bacon.

In the post-ideological era, nations appear to prioritise their interests over principles. It is undeniable that democracy, limited by national boundaries, displays concerning evidence of vulnerability. Globalisation has led to increased interdependence and has constrained the sovereignty of individual states through both economic and monetary integration. However, this has not been achieved in the same shared form at the European level. It runs the risk of losing touch with the major contemporary issues and being reduced to governing peripheral aspects of political life; consequently, the people are also at risk of being increasingly excluded from controlling the crucial issues affecting their future.

Globalisation is a fact of free movement of actors, but it lacks a «society project». Europe, therefore, has the responsibility of qualifying this project in its own sphere by initiating processes of «constitutionalisation» that now go beyond state borders. The issue of the democratic deficit currently involves the Union and the States jointly in a shared political destiny.

Ultimately, when politics can only exercise power rather than sovereignty, it creates dissatisfaction. It is crucial to establish a connection between political democracy derived from the nation-state's historical roots and its development outside of it, especially in Europe. This involves restoring the link between effective sovereignty and complete democracy in the European «community». The [illegible] economic and health solidarity has created significant opportunities in this respect. However, as was beautifully articulated by Altiero Spinelli, «Europe does not fall from the sky», and the challenge ahead is formidable. The unprecedented COVID-19 crisis may serve as a benchmark to measure the shift from the existing «pre-federal» community to a forward-looking political integration that eliminates boundary issues and uncertainties. It is improbable that all 27 current member nations will participate, but the more evolved ones capable of making bold decisions could potentially do so.

ARANZADI

The groundwork for this approach is already in place and can be found in the Charter of Fundamental Rights adopted in Nice in 2001. This document outlines the constitutional values, as well as expressing Europe's historical culture, which are essential in constructing the federal institutions. Obviously, nobody has illusions that the path to full integration will be quick or easy. Nevertheless, the present moment is an opportune time to construct firmer foundations towards this goal. The economic and social crisis following the pandemic will be of such a magnitude that escape from it will necessitate united efforts from both the strongest and weakest. It is essential to remember that common prosperity can only be achieved through solidarity, which serves as both the cornerstone and potential setback of European integration.

On 9 May 1950, six States made history by utilizing the «creative efforts» highlighted by Schuman in his prophetic declaration. Can the peoples and governments of the 27 countries —or some of them— replicate this achievement? To that end, activating rules at both the national and «Community» levels to promote and simplify the voting process for European Parliament for EU citizens who reside in another Member State is crucial. In essence, the dimension of European citizenship should serve as the principal area of political solidarity among Member States and consolidate the identity of the integration process.

The 49 Proposals formulated during the Conference on the Future of Europe, a moment of significant democratic participation, should serve as a blueprint for future reforms in line with the innovative approach initiated by Maastricht.

ABSTRACT

The indispensable European Integration at the time of maturity

between Sovereignty and Democracy

The high hopes set by Maastricht were mostly unrealized. The pandemic crisis has dramatically highlighted the fragility of state borders and the importance of the European Union, which is, in today's globalized world, the most concrete response to the need to restore effectiveness to the exercise of sovereignty. Globalisation has led to increased levels of economic and cultural interdependence, fuelled by technological advancements and economic growth. However, the size of European nation-states means that they are unable to govern during important transnational phenomena, posing delicate concerns for democracy. As the EU comprises both supranational and intergovernmental elements, it is no longer feasible to combine traditional sovereignty and the exercise of absolute power. The re-interpretation of sovereignty lies within the concept of 'shared' sovereignty. The EU provides its citizens with greater democratic control over globalization than citizens of other countries, thus enshrining fundamental rights. It is therefore necessary to build a genuine federal European Union that respects democracy and fundamental rights in order to increase the appeal of European integration and regain appropriate levels of effective sovereignty. The Conference on the Future of Europe and its 49 proposals could serve as a foundation for the innovative path set forth by Maastricht.

ARANZADI

BIBLIOGRAFY

AA.VV., *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive. Eurojus.it*, 2020.

AMATO, G., GALLI DELLA LOGGIA, E., *Europa Perduta?*, Bologna, 2014.

BÁEZ LECHUGA, I., *Análisis jurídico-político de la Iniciativa ciudadanía europea en el contexto de un equilibrio institucional complejo: posible efectos dinamizadores de la democracia a partir de la introducción de la iniciativa ciudadana en la Unión Europea*, Madrid, 2016.

BANTI, A. M., «Miti e simboli della rivoluzione nazionale», *Treccani.it*, (2011).

BARATTA, R., «Droits fondamentaux et "valeurs" dans le processus d'intégration européen», *Studi sulla integrazione europea*, (2019), pp. 289-309.

BAUMAN, Z., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Rome-Bari, 2001.

BECK, U., *Che cosa è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Rome, 1999.

CAFARI PANICO, R., «L'affievolimento dei diritti nella crisi economica e politica dell'Unione europea». *Studi sulla integrazione europea*, (2017), pp. 289-317.

CANNIZZARO, E., «Il pluralismo nell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità», *Quaderni Fiorentini*, (2002), pp. 247-260.

CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Turin, 2009.

CASSESE, S., «Gli Stati alla prova della globalizzazione», *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, vol. IV, Napoli, (2014), pp. 283-305.

CASTELLS, M., *Il potere delle identità*, Milan, 2008.

CHABOD, F., *L'idea di nazione*, Bari, 1961.

D'ATTORRE, A., «Constitutional sovereignty and constitutionalism of rights after Maastricht», *Politica del diritto*, (2020), pp. 385-416.

DE GIOVANNI, B., «L'Europa, oggi», *Studi sull'integrazione europea*, 2012, pp. 9-22.

DE GIOVANNI, B., «L'Europa, oggi», *Studi sull'integrazione europea*, (2012), pp. 9-23.

DELLA CANANEA, G., «I pubblici poteri nello spazio giuridico globale», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (2003), pp. 1-35.

ARANZADI

FAGGIANI, V., «Ciudadanía sustantiva y derechos de participación política en la UE: Límites del sistema y necesidad de una mayor inclusión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (2022), pp. 915-949 ss.

de FARAMINAN, J. M., «El Tratado de Lisboa, un juego de espejos rotos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 17, (2009) pp. 1-18.

FERRAJOLI, L., *La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello stato nazionale*, Roma, 1997.

FERRARESE, M. R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.

GALLINO, L., FROSINI, T. E., «La dimensione europea della forma di stato e di governo», *federalismi.it*, n. 5/2012.

GARCIA ORTIZ, A., *Orden público y Unión Europea: una contribución a la construcción constitucional europea*, Fiesole, 2022.

GEREMEK, B., *L'Europe au défi de la démocratie, Centro Studi sul Federalismo*, Lecture Altiero Spinelli 2007, Torino, 2007.

GRILLI DI CORTONA, P., *Stato, nazioni e nazionalismi in Europa*, Bologna, 2003.

GROSSO, E., «Sovranità, cittadinanza, nazionalità», Diritto costituzionale, (2018), pp. 35-69.

ARANZADI

HABERMAS, J., *The Postnational Constellation. Global market, nations and democracy*, Milan, 2002.

HABERMAS, J., *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Bari, 2014.

MANGAS MARTÍN, A., «El nuevo equilibrio institucional en tiempo de excepción», *Revista de derecho comunitario europeo*, n. 50, enero-abril (2015), pp. 13-42.

MAZZUCATO, M., *Lo Stato innovatore*, Rome-Bari, 2014.

MORRONE, A., «Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa», *Quaderni costituzionali*, n. 1, (2014), pp. 79-108.

OSTERHAMMEL, J., PETERSSON, N. P., *Storia della globalizzazione*, Bologna, 2005.

PALOMBELLA, G., *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012.

PIN, A., «L'integrazione europea, tra sovranità statale e progetto kantiano. Un equilibrio difficile», *Quaderni Fiorentini*, vol. 39, (2010), pp. 489-514.

RENAN, E., *Che cos'è una nazione, e altri saggi*, Roma, 2004.

RODRIK, D., *La globalizzazione intelligente*, Bari, 2011.

ROPER, E., «Il superamento dello Stato nazionale.I popoli europei e gli Stati nel XXI secolo», *Il Federalista*, n. 3, (2007), pp. 180-210 https://www.thefederalist.eu/

SÁENZ DE SANTA MARIA, P. A., *El Estado de derecho en el sistema institucional de la Unión Europea: realidades y desafíos*, LIÑÁN NOGUERAS, D. J., MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., (dirs.), *Estado de derecho y Unión Europea*, Madrid, (2018), pp. 129-156.

SANDULLI, A., «The relations between the State and the European Union in the pandemic, with particular reference to golden power», *Diritto pubblico*, (2020), pp. 405-420.

SCAMARDELLA, F., *Teorie giuridiche della governance. Le ragioni e i limiti di una nuova*, Naples, 2013.

SILVESTRI, G., «La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto», *Rivista di diritto costituzionale*, (1996), pp. 3-75.

TRIGGIANI, E., «Deficit democratico o di sovranità? Il rebus politico-istituzionale dell'Unione europea», *Studi sull'integrazione europea*, (2019), pp. 9-19.

TULUMELLO, A. «Integrazione europea e sviluppo locale. Appunti su modelli di capitalismo e politiche di coesione», *Studi e Note di Economia*, XII, 3, (2007), pp. 435-472.

VALENTE, A., (edited by), *L'Unione Europea dopo il Coronavirus*, Bari, 2020.

VILLANI, U., «Un maggior controllo del Parlamento può ridurre il cosiddetto "deficit democratico"», *Guida al Diritto*, (2013), n. 4, pp. 63-64.

VILLANI, U., «Metodo comunitario e metodo intergovernativo nell'attuale fase dell'Unione europea», *Studi sull'integrazione europea*, (2019), pp. 259-271.

ARANZADI

ARANZADI

Capítulo II

From Maastricht to Lisbon and Back: 30 Years of the Union of Values

Ondrej Blažo

The author prepared the paper within the activities of Jean Monnet Centre of Excellence «Rule of Law in the European Union» supported by the European Union (grant Nº 620758-EPP-1-2020-1-SK-EPPJMO-CoE)

Name in full with all academic titles: doc. JUDr. Ing. Ondrej Blažo, PhD Professor, Comenius University Bratislava, Faculty of Law, Institute of European Law. Jean Monnet Centre of Excellence «Rule of Law in the European Union». Šafárikovo nám. 6; 811 00 Bratislava; Slovakia; ondrej.blazo@flaw.uniba.sk.

ARANZADI

ORCID:0000-0001-9721-8724

SUMARIO: I. INTRODUCTION. II. VALUES, PRINCIPLES AND OBJECTIVES OF THE EU. *1. Values or principles? 2. Values-principles and other «principles» and objectives.* 2.1 Values and other «principles». 2.2. Values and objectives. III. VALUES OF THE EU OUTSIDE OF THE WORDING OF ART. 2 TEU. *1. Historic overview of pre-Lisbon era.* 1.1. References to values or programmatic provisions corresponding to values in primary law and political acts. 1.2. Confirmation of existence of particular values in pre-Lisbon era. *2. Are all values of the EU codified by the treaty of Lisbon?* 2.1. Services of General Economic Interest: Shared Values – Divided Competences. IV. COMMON AND SHARED VALUES, VALUES OF THE UNION. V. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY.

Résumé

Although the European Union (EU) was founded by the Treaty on European Union (TEU) of 1992, it was the Treaty of Lisbon of 2007 that expressly provided a catalogue of the values on which the EU is founded.

Meanwhile, the «Lisbon» catalogue of values roughly corresponds to the catalogue of principles introduced by the Treaty of Amsterdam in 1997.

The paper examines the problem of terminology that changed throughout the history of the EU designating the same notion as values and principles interchangeably. Hence, it examines the path to Art. 2 TEU, more precisely, how could «founding values» appear in the founding treaty after fifteen years of existence of the EU, thus answers the question whether the EU was established as «the union of values» by the Maastricht Treaty or whether it became such a union only after the Treaty of Lisbon. Based on arguments of the legal theory, the paper suggests that this terminological perplexity can be comforted by conclusions that the same categories are from the beginning of the EU values as well as principle notwithstanding, how are they labelled.

Further, the paper searches values of the EU also outside Art. TEU. At least three values shaping the identity of the EU were left outside the scope of «protected» values: peace, the European economic model, and respect for diversity and the paper examines possible measures for their protection.

Finally, the paper examines whether there is a difference between values of the EU and common and shared values of the EU and the Member States. The importance of common rules lies in common unchangeable constitutional core of all Member States of the EU.

ARANZADI

Key words: EU law, values of the EU, Maastricht Treaty, Treaty of Lisbon, common values, founding principles of the EU.

I. INTRODUCTION

Although the European Union (EU) was founded by the Treaty on European Union (TEU)[1] – the Maastricht Treaty (ToM) of 1992, it was the Treaty of Lisbon[2] of 2007 (ToL) that expressly provided a catalogue of the values on which the EU is founded. And it took another ten years of sabre-rattling regarding possible threats to the values of the EU due to the political and legal situation in Hungary[3] until the possibility of launching of the

1. OJ C 191, 29.7.1992, pp. 1-112.
2. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 (OJ C 306, 17.12.2007, pp. 1-271).
3. MÁČAJ, A., «Torpedoing v Carpet Bombing: Mutual Trust and the Rule of Law», *Slovak Yearbook of European Union Law*, Vol. 1, No. December 2014 (2021), pp. 11-12.

procedure under Art. 7 TEU(ToL)[4] was put on the table[5]. Meanwhile, the protection of values of the EU became a focal point of discussion by politicians, lawyers, and scholars, values of the EU became an interpretative provision for rulings on preliminary references[6] and also a basis for legislative action to protect the EU's budget[7].

This development has at least several interesting moments from a legislative and constitutional point of view. First, the values of the EU «appeared» in the legislative text fifteen years after the establishment of the EU, referring to them as «founding values», i.e., the EU was founded on these values (at an unspecified time). Second, the values are described as values of the EU (first sentence) and common to the Member States. Thus, values of the EU as stipulated in Art. 2 TEU(ToL) are a focal point interlocking an autonomous legal order of the EU with the legal orders of the Member States. Third, values as described in Art. 2 TEU(ToL) are gradually used as a legal rule[8] and not only as an ultimate purpose of the existence of the EU, an underlying secular creed of Europeans or a unifying element of European nations shaping their common identity, i.e., positions that can be attributed to values in law.

Following Part II sets the problem of terminology that changed throughout the history of the EU designating the same notion as values and principles interchangeably. Part III analyzes the path to Art. 2 TEU(ToL), more precisely, how could «founding values» appear in the founding treaty after fifteen years of existence of the EU. This part will answer the question whether the EU was established as «the union of values» by the Maastricht Treaty or whether it became such a union only after the Treaty of Lisbon. From this answer will arise the question whether values of the EU can be

ARANZADI

4. Due to multiple renumbering of the provisions of the founding treaties, an acronym of the amending treaty will be used to envisage respective version.
5. European Commission, Proposal for a Council decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law, 20 December 2017, COM(2017) 835 final; European Parliament, Resolution on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded [2017/2131(INL)], 12 September 2018, P8_TA(2018)0340.
6. Judgment of 18 May 2021 Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România», C-83/19, EU:C:2021:393, Judgment of 22 February 2022, RS, C-430/21, EU:C:2022:99, Judgment of 11 May 2023, Inspecţia Judiciară, C-817/21, EU:C:2023:391.
7. Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget (OJ L 433I, 22.12.2020, pp. 1-10).
8. SCHEPPELE, K. L., KOCHENOV, D. V., GRABOWSKA-MOROZ, B., «EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union», *Yearbook of European Law*, Vol. 39, No. 1 (2021).

found also outside Art. TEU(ToL). And finally, Part IV examines whether there is a difference between values of the EU and common and shared values of the EU and the Member States.

II. VALUES, PRINCIPLES AND OBJECTIVES OF THE EU

1. VALUES OR PRINCIPLES?

Since the EU is founded on values stipulated in Art. 2 TEU(ToL) and the EU was not founded by the Treaty of Lisbon but by the Maastricht Treaty, the provision of Art. 2 TEU(ToL) is either a codification of pre-existing values or a proclamation of alignment to those values *pro futuro.* Klamert and Kochenov saw the first codification of the values of the EU in Art. F(1) TEU in mentioning «the principles of democracy» as founding principles of governments of the Member States[9]. This provision does not, however, use the notion «value» but «principles». The Treaty of Amsterdam(ToA)[10] completely rephrased Art. F(1) [renumbered as Art. 6(1) TEU(ToA)]: «The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States» and all the «principles» correspond to four out of six values mentioned in the first sentence of Art. 2 TEU(ToL), including expressed alignment to these principles by both, the EU and the Member States. Moreover, new Art. F(2) [renumbered as Art. 7 TEU(ToA)] shall protect these «principles» enshrined in Art. 6 TEU(ToA). Similarly, the preamble of the TEU (Maastricht Treaty) refers to the «attachment of the Member States to the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the rule of law...». Wording of this part of the preamble remained unchanged as the fourth recital of the TEU(ToL) after amendments by the Treaty of Lisbon, however, reference to the values of the EU was added as the second recital: «...universal values of the inviolable and inalienable rights of the human person, freedom, democracy, equality and the rule of law...», i.e. preambles of the TEU and the Treaty establishing a Constitution for Europe (TCE)[11]. The TCE introduced the values of the EU (Art. I-2) and at the same time includes the whole preamble of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR)[12] referring to the «common values» without enumerating them,

ARANZADI

9. KLAMERT, M., KOCHENOV, D., Article 2 TEU, In KELLERBAUER, M., KLAMERT, M., TOMKIN, J. (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford University Press, 2019, p. 24.
10. Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts (OJ C 340, 10.11.1997, pp. 1-144).
11. OJ C 310, 16.12.2004, p. 1.
12. OJ C 326, 26.10.2012, pp. 391-407.

«human dignity, freedom, equality and solidarity» as values of the Union and seeing EU based on «principles of democracy and the rule of law».

And finally, Art. 2(a) of Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 refers to «...Union values and principles enshrined in Article 2 TEU...».

The question is whether the values/principles dichotomy mirrors also a dichotomy of the content of the notions or «...that which we call a rose by any other name would smell as sweet...».

Peczenik stresses importance of distinguishing between «value principles»[13] and «rules» since an addressee of a «rule» faces two possibilities, only, to obey the rule in question or not, while a «value principle», establishes an ideal that can be carried into effect to a certain degree, more or less[14]. The notion «principle» can also designate a general or important norm[15]. Kochenov, recalling the historical context, simply notes that the wording of Art. 2 TEU(ToL) is unfortunate and «values» are actually «fundamental principles» of the EU law[16]. Once values are put into the legal framework and become a legal norm for scrutiny of legality of behaviour of individuals or public bodies, they become principles[17], i.e. superior and guiding norms and «turn into a self-standing standard of legality»[18]. Since «values», «constitutional values» or «basic values» («valeurs fondamentales») are assets that a legal system recognizes as predetermined, imposed[19] and ethical, supra-positive norms[20], turning previous legally binding legal principles of the EU to «mere» values would constitute a regression[21] that

ARANZADI

13. Not as a dichotomy of two concepts but as a single concept.
14. PECZENIK, A., *On Law and Reason,* Springer Netherlands, Dordrecht, 2008, p. 62.
15. PECZENIK, A., *On Law and Reason,* Springer Netherlands, Dordrecht, 2008, p. 61.
16. KOCHENOV, D., The Acquis and Its Principles: The Enforcement of the «Law» versus the Enforcement of «Values» in the EU, In JAKAB, A., KOCHENOV, D. (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*. Oxford University Press, 2017, p. 9.
17. MANGIAMELI, S., Article 2 [The Homogeneity Clause], In BLANKE, H.-J., MANGIAMELI, S. (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*. Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg, 2013, p. 116.
18. SCHROEDER, W., The Rule of Law As a Value in the Sense of Article 2 TEU: What Does It Mean and Imply? In BOGDANDY, A. von et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*. 2021, p. 111.
19. For further review of doctrine of legal theory see, e.g., FRISCHHUT, M., *The Ethical Spirit of EU Law,* Springer International Publishing, Cham, 2019, p. 12.
20. SCHROEDER, W., The Rule of Law As a Value in the Sense of Article 2 TEU: What Does It Mean and Imply? In BOGDANDY, A. von et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*. 2021, p. 111.
21. MANGIAMELI, S., Article 2 [The Homogeneity Clause], In BLANKE, H.-J., MANGIAMELI, S. (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*. Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg, 2013, p. 115.

was not apparently a goal of the Treaty of Lisbon. Moreover, some of the «principles» of the EU were confirmed by the CJEU long before embedding them in Art. 6(1) TEC(ToL), e.g., the rule of law in *Les Verts*[22].

Thus, did the Treaty of Lisbon change anything vis-à-vis «values»/«principles», or are values merely re-baptized[23] principles? Indeed, «values» as set in Art. 2 TEU(ToL) are founding principles of the EU and its legal order, notwithstanding being designated so in black letters because the CJEU was able to find them in unwritten law as well. «Values» can be enforced as law (principles) via Art. 7 TEU(ToL) or any other measure within the conferred competence of the EU[24]. Moreover, «values»/«principles» are reflected in numerous of other binding provisions of primary law, e.g., human dignity in Art. 1 CFR, freedom in Chapter II CFR, democracy in Title II TEU(ToL), equality and non-discrimination in Art. 18 and 19 TFEU and in Chapter III CFR.

The «re-baptism» of the principles as values by the Treaty of Lisbon (and previously attempted by the TCE) was not only formal but also represented a political elevation of the previous «principles» to something extraordinary, an eternal goal or raison d´être of the European community as a whole. Therefore, at the same time, «founding values» represent public goods that shall be achieved, and this endeavour is common to the EU and its Member States. The reference to the values of the EU and its Member states also introduced new programmatic aspects aiming to regulate the Union's and the Member States' future behaviour[25] and, thus, have legal and ethical double-nature[26] promulgating the identity of European integration[27]. Due to this ambiguity and multi-layered content and legal effect of «values» as listed in Art. 3 TEU(ToL) Polak notes that the concept of values under EU law represents «an abstract umbrella term covering various categories such

ARANZADI

22. Judgment of 23 April 1986, Les Verts v Parliament, C-294/83, EU:C:1986:166.
23. SCHROEDER, W., The Rule of Law As a Value in the Sense of Article 2 TEU: What Does It Mean and Imply? In BOGDANDY, A. von et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*. 2021, p. 108.
24. Judgment of 16 February 2022, Hungary v Parliament and Council, C-156/21, EU:C:2022:97, par. 127.
25. MANGIAMELI, S., Article 2 [The Homogeneity Clause], In BLANKE, H.-J., MANGIAMELI, S. (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*. Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg, 2013, p. 116.
26. SCHROEDER, W., «The Rule of Law as a Constitutional Mandate for the EU», *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 15, No. 1 (2023), p. 112.
27. «The values contained in Article 2 TEU have been identified and are shared by the Member States. They define the very identity of the European Union as a common legal order» (Judgment of 16 February 2022, Hungary v Parliament and Council, C-156/21, EU:C:2022:97, par. 127).

as ethical norms, legal principles, virtues, or procedural-political norms without distinguishing between these categories»[28].

Summing up, the seemingly accidental reference to Art. 2 TEU(ToL) as «values and principles» included in Art. 2(a) of Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 is not accidental after all and fittingly describes the double nature of values-principles enshrined in Art. 2 TEU(ToL).

2. VALUES-PRINCIPLES AND OTHER «PRINCIPLES» AND OBJECTIVES

2.1 Values and other «principles»

While the founding principles as confirmed by Art. 6(1) TEC(ToA) and values of the EU overlap in the current Art. 2 TEU(ToL), there are other types of the principles of the EU outside of the concept of the values-principles.

The TEU confirmed «principles» of subsidiarity and proportionality in Art. 3b TEC(ToM) and the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality[29] attached to the ToA as operational principles of co-existence of the legislative powers of the EU and of the Member States. Together with the principle of conferral, they were included in Art. 5(1) TEU(ToL) as limits of EU competences (conferral) and governing the use of EU competences (subsidiarity and proportionality). The principles enshrined currently in Art. 5 TEU(ToL) [or previously in Art. 3b TEC(ToM)] are qualitatively different from the principles confirmed in Art. 6(1) TEU(ToA) and currently labelled as values. They are designated as neither «common» for the EU and its Member States nor «founding» (fundamental). Albeit these «principles» are crucial for any activity of the EU and functionally delimit powers between the EU and the Member States, they can be hardly referred to as values of the EU and they are purely «general norms».

ARANZADI

General principles of law and general principles of EU law are, again, a different category than values-principles under Art. 6(1) TEU (ToA) and Art. 2 TEU(ToL). Despite their almost similar name they have only their unwritten character in common, notwithstanding possible overlaps when a general principle of law is at the same time a general principle of EU law. The general principles of EU law are legal norms elevated to the level of «constitutional» source of unwritten EU law. The general principles of EU

28. POLAK, R., Values: A Contested Concept. Problem Outline and Interdisciplinary Approaches, In POLAK, R., ROHS, P. (eds.), *Values – Politics – Religion: The European Values Study. In-depth Analysis – Interdisciplinary Perspectives – Future Prospects*, 2023, p. 46.
29. OJ C 340, 10.11.1997, p. 105.

law enable the CJEU to fill normative gaps of primary law, they serve as interpretative measure for EU and national law as well as a rule for judicial law review of the legal order within the EU[30]. The category of the general principles of EU law is filled from tree sources: interpretation of written EU law, accommodating rules stemming from national legal orders or their traditions and accommodating rules of international law. Hence, at least four categories of general principles of law can be found in EU legal order: general principles common to the laws and constitutional traditions of the Member States; general principles of international law; general principles of EU law; and general principles of law[31] in narrow sense. Due to different sources for «discovering» the general principles of EU law, they can be either common for the EU and the Member States or unique for the EU legal order, such as principles of direct effect, precedence of the EU law, principle of loyalty. Within its unique power to ascertain the content of the general principles of EU law the CJEU found as such general principles of EU law principles corresponding to principles-values mentioned in Art. 6(1) TEC(ToA) and Art. 2 TEU(ToL), e.g., human dignity, rule of law, non-discrimination, fundamental rights[32]. This overlap stems from the dynamics of the legislative text on values-principles in terms that if a principle is not expressly contained in the text of founding treaties, it can be designated as a general principle of law. Therefore, those general principles of EU law that became enshrined as value-principles Art. 6(1) TEC(ToA) and Art. 2 TEU(ToL) were not stand-alone general principles of EU law anymore but an integral part of primary law. Thus values-principles were codified and acknowledged by the primary law notwithstanding whether they were designated as general principles of EU law or otherwise and designation of a general principle of EU law does not exclude such principles from the category of a value-principle. Moreover, some of the values or principles were further elaborated by the case law of the CJEU as general principles of EU law, e.g. by establishing elements of the overreaching principle of rule of law[33].

ARANZADI

30. LENAERTS, K., GUTIÉRREZ-FONS, J. A., «The constitutional allocation of powers and general principles of EU law», *Common Market Law Review*, Vol. 47, No. Issue 6 (2010), p. 1629.
31. KONRATH, C., Values and Laws, In POLAK, R., ROHS, P. (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*. Edward Elgar Publishing, 2023, p. 8.
32. E.g., Judgment of 10 March 1998, Germany v Council, C-122/95, EU:C:1998:94; Judgment of 3 September 2008, Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission, C-402/05 P and C-415/05 P, EU:C:2008:461; Judgment of 14 October 2004, Omega, C-36/02, EU:C:2004:61.
33. (E.g., Judgment of 29 April 2004, CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236; Judgment of 12 November 1981, Amministrazione delle finanze dello Stato v Srl Meridionale

2.2. Values and objectives

The TEU(ToL) treats the values of the EU and objectives of the EU as separate categories, identically to the predecessors of respective provisions in the TCE. While principles of the EU under the TEU(ToA) and objectives of the Communities were legally and by their content apparently different categories, the Treaty of Lisbon put them closer due their common programmatic nature.

The drafters of the TCE made their effort to avoid blurring lines between values and objectives. Therefore, they rephrased the second sentence of draft Art. I-1 TCE [currently mirrored by Art. 2 TEU(ToL)] from following text: «The Union is founded on the values of respect for human dignity, liberty, democracy, the rule of law and respect for human rights, values which are common to the Member States. Its aim is at peace, through the practice tolerance, justice, equality, solidarity» to the text (second sentence only): «These values are common to the Member States in a society of pluralism, tolerance, justice, equality, solidarity and non-discrimination»[34]. Reading Mangiameli's commentary, this attempt to separate «founding values» and direction of development of «European society» was not very successful: «This second part of the provision can be properly considered a body of objectives to be reached jointly in the European and in the MS' orders. It could well be written in Art. 3 TEU...»[35]. The precise differentiation between values and objectives of the EU is rather static. Once values of the EU are underlying rationale of the very existence of the EU, it is obvious that following them shall be the principle aim of the existence of the EU. It is apparent from Art. 3(1) TEU(ToL). Indeed, such a reference cannot be found in the TEU(ToA) or TEC(ToA) because principles do not have programmatic characters and they shall be simply obeyed as legal rules. Reversely, the objectives of the EU shall have some reference to the

ARANZADI

Industria Salumi and others Ditta Italo Orlandi & Figlio and Ditta Vincenzo Divella v Amministrazione delle finanze dello Stato. Joined cases 212 to 217/80, EU:C:1981:270; Judgment of 21 September 1989, Hoechst, Joined cases 46/87 and 227/88, EU:C:1989:337; (Judgment of 27 February 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas C-64/16, EU:C:2018:117; Judgment 25 July 2018, LM, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586; Judgment of 10 November 2016, Kovalkovas, C-477/16, EU:C:2016:86; Judgment of 10 November 2016, PPU Poltorak, C-452/16, EU:C:2016:858; Judgment of 22 December 2010, DEB,C-279/09, EU:C:2010:811.

34. Praesidium of the Convention, Draft revised text of Part I of the Constitutional Treaty, 28 May 2003, CONV 724/1/03, p. 52. Available online https://data.consilium.europa.eu/doc/document/CV%20724%202003%20REV%201/EN/pdf

35. MANGIAMELI, S., Article 2 [The Homogeneity Clause], In BLANKE, H.-J., MANGIAMELI, S. (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*. Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg, 2013, p. 117.

values of the EU in general terms, codified or not, since set of values predefines the purpose and character of the legal order itself.

III. VALUES OF THE EU OUTSIDE OF THE WORDING OF ART. 2 TEU

It is obvious that the EU could not be «founded on» values after fifteen years of its existence and Art. 2 TEU(ToL) shall have declaratory character (at least partially). However, travaux préparatoires does not provide such impression of codification of pre-existing values[36]. The drafters of the TCE felt free to adjust and expand the list of values without any apparent reference to pre-existing written rules of confirmation of unwritten rules by case law[37]. This approach could be feasible because the TCE was planned as a new legal order establishing «new» EU succeeding the «old» EU established by the TEU[38] and completely repealing previous founding treaties and their amendments by the TCE[39] while the Treaty of Lisbon declared legal and institutional continuity (replacing the European Community by the pre-existing EU is not relevant for this context). This results, again, to an ambiguity of the concept of values designated in Aer. 2 TEU(ToL), whether the EU «was» founded on these values in 1992, these foundations are added by the Treaty of Lisbon *pro futuro* or the values established by the Treaty of Lisbon are valid retrospectively, notwithstanding actual value foundations of the EU in the time of the Maastricht Treaty. Thus, in order to answer these questions, it is necessary to examine the existence of values stipulated in Art. 2 TEU(ToL) «outside» of this provision. And once we are able to establish existence of values outside Art. 2 TEU(ToL) from the point of view of *ratione temporis*, the same methodology can be employed for searching values outside Art. 2 TEU(ToL) also in the current primary law.

ARANZADI

1. HISTORIC OVERVIEW OF PRE-LISBON ERA

1.1. References to values or programmatic provisions corresponding to values in primary law and political acts

The TEU(ToM) from its beginning contained an explicit reference to the existence of the values of the EU, in particular in Art. J.1(2): «The

36. Since provision of the Treaty of Lisbon regarding values of the EU follows the wording of Art. I-2 TCE, travaux préparatoires of the TCE can be deemed travaux préparatoires of the Treaty of Lisbon in this part.
37. E.g., Praesidium of the Convention, Draft revised text of Part I of the Constitutional Treaty, 28 May 2003, CONV 724/1/03, p. 52. Available online https://data.consilium.europa.eu/doc/document/CV%20724%202003%20REV%201/EN/pdf
38. Art. IV-438(1) TCE.
39. Art. IV-437 TCE.

objectives of the common foreign and security policy shall be: - to safeguard the common values, fundamental interests and independence of the Union; (...)». However, these values are neither enumerated in the ToM nor explained whether they are values of the EU or shared values of the EU and the Member States. Based on «identification» of the values of the EU by Art. 2 TEU(ToL) as «re-baptism» of the principles of the EU, the values can be easily found in the preamble of the TEU(ToM), third recital: «...CONFIRMING their attachment to the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the rule of law, ...». Similarly, the value of democracy can be extracted from Art. F(1) TEU(ToM)[40] and respect to human rights from Art. F(2) TEU(ToM). From the wording of Art. F(1) TEU(ToM), democracy can be understood as a common value of the EU and the Member States because it is acknowledged by the EU as well as the democratic principles are apparently shared by all the Member States. Similarly, respect to human rights is apparently a common value of the EU and the Member States because the EU commits itself to observe protection of human rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, to which the EU Member States are parties, as well as those guaranties that are stemming from «constitutional traditions common to the Member States».

ARANZADI

Within recommendations addressed to the 1996 Intergovernmental Conference revising the TEU(ToM), that led to the ToA, the conclusions of the Madrid meeting of European Council in December 1995 were quite explicit regarding values of the EU: «The Union is not and does not want to be a super-state. Yet it is far more than a market. It is a unique design based on common values. We should strengthen these values, which all applicants for membership also wish to share»[41]. Moreover, Annex 15 contained a separate part on «Promoting European values» which however shows that there was no unanimity regarding the further position of the values in the text of the treaties. The values of democracy and respect to human rights were acknowledged[42] but there was not an agreement on proclamation of these values in the TEU[43]. Similarly, values of equality and non-discrimination were acknowledged by the members of the European Council without reaching agreement on proclaiming them in the text

40. «The Union shall respect the national identities of its Member States, whose systems of government are founded on the principles of democracy».
41. Madrid European Council, 15 and 16 December 1995, Presidency Conclusions, Annex 15, p. 35. Available at https://www.consilium.europa.eu/media/21179/madrid-european-council.pdf
42. «Europe's internal security rests on its democratic values. As Europeans we are all citizens of democratic States which guarantee respect for human rights».
43. «Many of us think that the Treaty must clearly proclaim these common values».

of the Treaty[44]. The value of solidarity was not mentioned but can be observed within the discussion on European «peace corps»[45] and importance of access to public service utilities[46], but the level of understanding was even lower compared to previous values[47]. While «social values» were acknowledged as well, their content and possible path forward remained unclear[48]. The Turin meeting of the European Council for the same purpose as Madrid conclusions called the EU community of shared values: «As Member States are committed to respect human rights, democratic values, equality and non-discrimination, and as the Union is a community of shared values, the IGC should consider whether and how far it will be possible to strengthen these fundamental rights and improve the safeguarding of them»[49].

Meanwhile, the European Council held in Copenhagen[50] adopted a list of conditions for the membership in the EU, later called «Copenhagen Criteria»[51], that were not expressly named as values or principles.

Abovementioned conclusions of the European council instructing the intergovernmental conference were materialized in the ToA in four instances:

ARANZADI

44. «Many of us think it important that the Treaty should clearly proclaim such European values as equality between men and women, non-discrimination on grounds of race, religion, sexual orientation, age or disability and that it should include an express condemnation of racism and xenophobia and a procedure for its enforcement».
45. «Some of us also thought it worthwhile to examine the idea of establishing a Community service or European "peace corps" for humanitarian action, as an expression of Union solidarity; such a service could also be used in the event of natural disasters in the Union».
46. «Furthermore, some of us recommend that the Conference should examine how to better recognize in the Treaty the importance of access to public service utilities ("services publics d'intérêt général")».
47. Compare «many of us» to «some of us».
48. «We believe that Europe also shares certain social values which are the foundation of our coexistence in peace and progress. Many of us take the view that the Social Agreement must become part of Union law. One of us believes that this would only serve to reduce competitiveness».
49. Turin European Council, 29 March 1996, Presidency Conclusions. Available https://www.consilium.europa.eu/media/21169/turin-european-council.pdf
50. European Council in Copenhagen, 21-22 June 1993, Conclusions of the Presidency, p. 12. Available at: https://www.europarl.europa.eu/summits/copenhagen/co_en.pdf
51. «Membership requires that the candidate country has achieved stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities, the existence of a functioning market economy as well as the capacity to cope with competitive pressure and market forces within the Union».

(1) introduction of a list of «principles» by amendment of Art. F(1) TEU(ToM) [Art. 6(1) TEU(ToA)][52] and enacting enforcement provision for protection of all these principles by Art. F.1 [Art. 7 TEU(ToA)]; principles under Art. 6 TEU(ToA) are designated as common to the EU and the Member States;

(2) reference to shared values in new Art. 7d added to the TEC [Art. 16 TEC(ToA)] in the context of services of general economic interest without providing at least exemplificative list of these shared values;

(3) reformulating of Art. J.1(1)/11(1) TEU(ToA) that continued to refer to promotion of the EU's values at the international plane[53];

(4) amending Art. O TEU(ToM) [Art. 49 TEU(ToA)] by adding the respect to the principles[54] set out in Art. F(1)/6(1) TEU(ToA) as a condition of membership to the EU.

The European Council continued to refer to the values of the EU in its conclusion:

Vienna 1998[55]: the European Council sought the same roots of the principles and values of the EU and the Universal Declaration of Human Rights[56].

ARANZADI

Tampere 1999[57]: common values[58] have proved necessary for securing peace and developing prosperity and are cornerstone for enlargement.

52. «The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States».
53. «The Union shall define and implement a common foreign and security policy covering all areas of foreign and security policy, the objectives of which shall be: - to safeguard the common values, fundamental interests, independence and integrity of the Union in conformity with the principles of the United Nations Charter; (...)».
54. Recalling the discussion on value-principles dichotomy, we can notice that the Madrid European Council (1995) suggested requiring alignment to the «values» of the EU by new members.
55. Vienna European Council, 11 and 12 December 1998, Presidency Conclusions. Available at: https://www.europarl.europa.eu/summits/wie1_en.htm
56. «The European Union, which is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms and the rule of law, shares the values in which the Declaration is rooted and bases its action on those values».
57. Tampere European Council, 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions. Available at: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm
58. «From its very beginning European integration has been firmly rooted in a shared commitment to freedom based on human rights, democratic institutions and the rule of law».

Helsinki 1999: candidate states «... must share the values and objectives of the European Union as set out in the Treaties» but did not refer to any specific «value» set out in a treaty[59]. However, a catalogue of values was provided by Millennium Declaration attached to the European Council conclusions: «The European Union is based on democracy and the rule of law. The Union's citizens are bound together by common values such as freedom, tolerance, equality, solidarity and cultural diversity»[60].

Lisbon 2000: the EU must face globalization and new challenges of knowledge economy «... in a manner consistent with its values and concepts of society...»[61].

Nice 2000: the EU must «continue to promote its inherent values of solidarity and justice as enshrined in the Charter of Fundamental Rights»[62].

Laeken 2001[63]: within the consideration on the future of European integration identity-setting importance of values were referred[64].

In its preamble, the CFR[65] confirmed that the EU was «founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity; it is based on the principles of democracy and the rule of law».

Although the Treaty of Nice (ToN)[66] did not influence substantive provisions on principles (or values), it added a «warning» phase of the protection mechanism for cases where there is a clear risk of a serious breach of the principles of the EU[67].

ARANZADI

59. Helsinki European Council, 10 and 11 December 1999, Presidency Conclusions, par. 4. Available at https://www.europarl.europa.eu/summits/hel1_en.htm
60. Helsinki European Council, 10 and 11 December 1999, Presidency Conclusions, Annex I. Available at https://www.europarl.europa.eu/summits/hel2_en.htm
61. Lisbon European Council, 23 and 24 March 2000, Presidency Conclusions, par. 1. Available at https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm
62. European Council – Nice, 7-10 December 2000, Conclusions of the Presidency, Annex I European Social Agenda, par. 11.
63. European Council, Laeken Conclusions of the Presidency, 14 and 15 December 2001, Annexes, Annex I, Laeken Declaration on the future of the European Union, p. 32. Available at: https://www.europarl.europa.eu/summits/pdf/lae2_en.pdf
64. «Europe as the continent of humane values, the Magna Carta, the Bill of Rights, the French Revolution and the fall of the Berlin Wall; the continent of liberty, solidarity and above all diversity, meaning respect for others' languages, cultures and traditions. The European Union's one boundary is democracy and human rights».
65. OJ C 364, 18.12.2000, p. 1-22.
66. Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts (OJ C 80, 10.3.2001, pp. 1-87).
67. Art. 7(1) TEU(ToN).

Finally, it was clear from the beginning of the drafting of the TCE[68] that values of the EU will be enshrined in the normative text of the TCE with following «starting» list of the values: «human dignity, fundamental rights, democracy, the rule of law, tolerance, respect for obligations and for international law»[69]. The concept and the catalogue of the values of the EU negotiated for the TCE was cemented in the Art. 2 TEU(ToL) and therefore is not necessary to research political declarations between the commencement of the European Convention and adoption of the Treaty of Lisbon.

From the historic overview of primary law and programmatic declarations of the European Council and other documents it is clear, that from the very beginning of the existence of the EU it was respected that the EU is based on «some» values. The discussion and controversies were merely on the question if and how to acknowledge these values into binding text of the treaties. The terms of values and principles were used indiscriminately without further clarification.

1.2. Confirmation of existence of particular values in pre-Lisbon era

The Maastricht Treaty and the treaties amending the TEU(ToM) and other documents analysed above in part. 1.1 provided different catalogues of values (notwithstanding whether they referred them as values or principles). It was established, that the existence of the values of the EU was acknowledged throughout the history of the EU but the catalogue not always corresponded with the catalogue provided by Art. 2 TEU(ToL). Hence, the existence of the values within the scope of the current primary law can be confirmed either by primary law, political document produced jointly by representatives of the Member States and the EU, i.e., conclusions of the meetings of the European Council or by case law of the CJEU. Table 1 follows confirmation of values designated as founding values by Art. 2 TEU(ToL) by primary law and conclusions of the European Council, either they were confirmed as values, founding principles or on otherwise with similar effect (condition of membership in the EU).

ARANZADI

Table 1 shows that within the historic development of the EU, the Members States and the EU via their common platform – the European Council – did not hesitate to acknowledge existence of values of the EU,

68. The European Convention, Praesidium, Preliminary draft Constitutional Treaty, Brussels, 28 October 2002.
(OR. fr) CONV 369/02. Available online: http://register.consilium.eu.int/pdf/en/02/cv00/00369en2.pdf

69. The European Convention, Praesidium, Preliminary draft Constitutional Treaty, Brussels, 28 October 2002 (OR. fr) CONV 369/02, p. 8.

common (or shared) to the EU and the Member States, even though these values did not expressly form a part of written primary law.

Another source of confirmation of existence of the values of the EU stems from case law of the CJEU (or its predecessors). Since the CJEU is allowed to interpret existing law and not to create new rules, identifying values can have effects *ex tunc* if the previous primary (or secondary) law was the same as in the time of interpretation. Before the Treaty of Lisbon, the CJEU did not use the terminology focused on «values» but founding principles, principles of the European Communities or were included into category of general principle of EU law. Again, due to ambiguity of terminology throughout the history of European integration, once a principle is accepted as a quasi-constitutional principle or founding principle of the EU, a value corresponding to that principle can be identified. Some values were identified as general principles even before the TEU(ToM). The rule of law principle was confirmed in *Les Verts*[70], «fundamental democratic principles» in *Roquette v Council*[71], respect to human rights in *Stauder*[72]. The values of freedom (liberty) and equality is hard to concentrate into single founding principle, because removing barriers to economic freedom and non-discrimination has been one of the reasons of European integration. At the same time, it is possible to say that freedom and equality are genuine values of the EU and the Member States due to their gradual dynamics linked to the still deeper integration. It must be, however, noted, that Art. 2 TEU(ToL) does not provide explanation what type of «equality» is considered EU value, because the term can be multi-layered: equality before law, equality as a synonym for non-discrimination, equality of individuals or equality of the Member States[73]. Although human dignity was included in secondary law, it was «elevated» to general principles of EU law as a separate principle as a last of the catalogue of values[74], nevertheless by rather compelling language in *Omega*: «the Community legal order undeniably strives to ensure respect for human dignity as a general principle of law»[75].

ARANZADI

For the purposes of this paper, traces of other values than «founding» were not analysed because they are not designated as «founding» and thus it is not necessary to explore their actual existence in the time of birth of the EU.

70. Judgment of 23 April 1986, Les Verts v Parliament, C-294/83, EU:C:1986:166.
71. Judgement of 29 October 1980, Roquette v Council, C-138/79, EU:C:1980:249, par. 33.
72. Judgment of 12 November 1969, Stauder v Stadt Ulm, C-29/69, EU:C:1969:57.
73. For this discussion see, e.g., FRISCHHUT, M., *The Ethical Spirit of EU Law,* Springer International Publishing, Cham, 2019, p. 99 et seq.
74. Judgment of 9 October 2001, Netherlands vs. Parliament and Council, C-377/98, EU: C:2001:523, par. 70.
75. Judgement of 14 October 2004, Omega, C-36/02, EU:C:2004:614, par. 34.

Based on constant confirmation of the values in political documents and their overlap with the principles of the EU, it can be concluded that the EU was founded as a union of values and was not made so by the Treaty of Lisbon.

Table 1: Founding values in primary law and conclusions of the European Council
Source: author's own elaboration

	Human dignity	**Freedom**	**Demo-cracy**	**Equality**	**Rule of law**	**Human rights**
ToM (1991)		P: Preamble	P: Preamble Art. F(1)		P: Preamble	P: Preamble Art. F(2)
Copenha-gen (1993)			X		X	X
Madrid (1995)			V	V		V
Turin (1996)			V	V		V
ToA (1997)		P (liberty): Art. 6(1)	P: Art. 6(1)		P: Art. 6(1)	P: Art. 6(2)
Vienna (1998)		P (liberty)	P		P	P+V
Tampere (1999)		V	V		V	V
Helsinki (1999)		V	X	V	X	
Lisbon (2000)	?	?	?	?	?	?
Nice (2000)						V: solidarity and jus-tice

ARANZADI

	Human dignity	Freedom	Demo-cracy	Equality	Rule of law	Human rights
CFR (2000)	V: Preamble Title I	V: Preamble Title II	P: Preamble	V: Preamble Title III	P: Preamble	rules on human rights
ToN (2001)						
TCE (2004)	V: Art. I-2	V: Preamble Art. I-2	V: Preamble Art. I-2	V: Preamble Art. I-2	V: Preamble Art. I-2	V: Preamble Art. I-2

Legend:

V-confirmed as value.

P-confirmed as principle.

X-confirmed, but unspecified whether value or principle.

ARANZADI

?-mentioning values without specific catalogue.

Name of a city – meeting of the European Council in that city.

2. ARE ALL VALUES OF THE EU CODIFIED BY THE TREATY OF LISBON?

In previous subchapter, it was found that the values of the EU can «live» outside of Art. 2 TEU(ToL) and their quasi-codification has not influenced their existence. Hence, if there were values of the EU outside of Art. 2 TEU(ToL) from the perspective of time, equal rationale can be used for finding values outside the scope of Art. 2 TEU(ToL) even after quasi-codification thereof.

The ToA brought two references to values that remained almost unchanged till the Treaty of Lisbon: shared values in context of the services of general economic interest and pursuing values within the common foreign and security policy. Both of these references confirm the argument used in this paper that the values were originally unwritten, and the Treaty of Lisbon did not influence their existence. Due to the complexity of the provision

on services of general economic interest, this issue will be analysed separately in following subchapter 2.1.

The conclusions of the European Council mentioned also other values that were not enshrined in Art. 2 TEU(ToL): social values (Madrid, 1995), cultural diversity (Helsinki, 1999), diversity (Laeken, 2000). Peace and commitment to international law obligations were discussed during the preparation of the TCE.

Peace is the most prominent value that is missing in Art. 2 TEU(ToL), although it is mentioned as rationale of integration in the Paris Treaty and the Rome Treaties and the EU was awarded Nobel Prize for Peace in 2012 for «for over six decades contributed to the advancement of peace and reconciliation, democracy and human rights in Europe»[76]. Moreover, peace is designated in the first place among three aims of the EU: «The Union's aim is to promote peace, its values and the well-being of its peoples»[77]. Hence, it is hard to exclude peace from the list of values of the EU and the Member States. Similarly, although solidarity is mentioned in Art. 2 TEU(ToL), it is not mentioned as a «founding value», even though solidarity among the Member States and its peoples is mentioned in the preamble of the TEU(ToM), aims of the EU as well as the European Communities in the amendment to the TEC and Protocol on economic and social cohesion was attached to the TEC.

ARANZADI

Moreover, Art. 3 TEU(ToL) appears more programmatic, and value driven as its predecessors: Art. 2 TEU(ToN) and Art. 2 TEC(ToN). The definition of a national economy (or overall EU-wide economy) is undoubtedly value orientated. However, until the Treaty of Lisbon, the EU was based on the principles of «...open market economy with free competition...»[78], the objectives of the European Communities include several «social» and «environmental» correctives of the open market economy: «high level of employment and of social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, (...) a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States»[79]. The Treaty of Lisbon shifted the definition openly to a social market economy model with environmental protection[80]. As it will be further discussed in the context of services of general economic inte-

76. The Nobel Prize. Available online: https://www.nobelprize.org/prizes/peace/2012/eu/facts/
77. Art. 3(1) TEU(ToL).
78. Art. 4(1) and (2) TEC(ToN).
79. Art. 2 TEC(ToN).
80. Art. 3(3) TEU(ToL).

rest, construction of a European social model of social market economy with high protection of environment shall be a value of the EU.

The expansion of the list of values of the EU does not need to stem only from primary law or its interpretation. As Frischhut commented[81], it can be expanded via secondary law, giving an example of animal welfare, as a value if the EU[82] is confirmed by the CJEU[83].

In summary, Art. 2 TEU(ToL) does not represent a *numerus clausus* of the values of the EU. This is apparent also from the internal references in the TEU(ToL) and TFEU to values:

(a) references to the values as formulated in Art. 2 TEU(ToL): Art. 7 and 49 TEU(ToL) and Protocol (24) on Asylum for Nationals of the Member States of the European Union;

(b) references to values in general: Art. 8, 13(1), 21(2)(a), 32 and 42(2) 49 TEU(ToL) and Art. 14 TFEU and Protocol (26) on Services of General Interest.

2.1. Services of General Economic Interest: Shared Values – Divided Competences

ARANZADI

The notion «shared values» appeared in Art. 7d of the TEC introduced by the ToA (renumbered as Art. 16 TEC) in the context of services of general economic interest (SGEIs)[84]. From the very wording of Art. 16 TEC it is apparent that:

1. The rules on SGEIs and their operation shall be in line with the EC/EU competition rules on state aids;

2. SGEIs are linked to shared values of the EC/EU and its Member States;

81. FRISCHHUT, M., *The Ethical Spirit of EU Law,* Springer International Publishing, Cham, 2019, p. 118.
82. Recital 4, Council Regulation (EC) Nº 1099/2009 of 24 September 2009 on the protection of animals at the time of killing (OJ L 303, 18.11.2009, pp. 1-30).
83. Judgment of 17 December 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others, C-336/19, EU:C:2020:1031.
84. «Without prejudice to Articles 73, 86 and 87, and given the place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion, the Community and the Member States, each within their respective powers and within the scope of application of this Treaty, shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions which enable them to fulfil their missions».

3. promoting social and territorial cohesion is put outside the notion of shared values;

4. The EC/EU have a duty to operate SGEIs within their respective powers efficiently.

Declaration on Article 7d[85] accompanying the Treaty of Amsterdam did not explain the content of Art 16 TEC(ToA) itself but merely that it «shall be implemented with full respect for the jurisprudence of the Court of Justice, inter alia as regards the principles of equality of treatment, quality and continuity of such services». The Treaty of Nice left Art. 16 TEC unchanged and the further position of Art. 16 TEC(ToA) was discussed during the preparation of the Constitutional Treaty, in particular within the Working Group XI «Social Europe»[86]. The Working Group draw a connection thread between values of human dignity, social justice, solidarity equality, objectives of the Union and competence of the EU based on Art. 16 TEC(ToA) and suggested adding an «enforcement» clause to Art. 16 TEC(ToA). This suggestion was materialized in Art. III-122 of the Treaty establishing a Constitution for Europe allowing the Union to adopt «European laws» to lay down the principles and conditions for the SGEIs.

The Treaty of Lisbon followed the wording of the Draft Treaty establishing a Constitution for Europe and amended Art. 16 TEC(ToA) (renumbered as Art. 14 TFEU) by precision of the concepts of «principles and operating» of SGEIs and introducing legal basis for legislative action via ordinary legislative procedure (including single possible form of act - regulation[87]), however, the reference to the concept of «shared values» remained untouched[88]. In addition, the Treaty of Lisbon added a non-exhaustive list of the

ARANZADI

85. OJ C 340, 10.11.1997, p. 133.
86. Groupe de travail XI «Europe sociale», Rapport final du groupe de travail XI «Europe sociale» aux Membres de la Convention européenne, CONV 516/1/03 – REV 1 – WG XI 9, Bruxelles, 04.02.03, http://europeanconvention.eu.int/pdf/reg/fr/03/cv00/cv00516-re01.fr03.pdf. Available online https://www.cvce.eu/obj/rapport_final_du_groupe_de_travail_xi_europe_sociale_4_fevrier_2003-fr-aa6d0fb4-d7a7-4e7a-b73d-34bc2142f72b.html
87. SCHIEK, D., Social Services of General Interest: The EU Competence Regime and a Constitution of Social Governance, In *Social Services of General Interest in the EU*. T. M. C. Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2013.
88. «Without prejudice to Article 4 of the Treaty on European Union or to Articles 93, 106 and 107 of this Treaty, and given the place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion, the Union and the Member States, each within their respective powers and within the scope of application of the Treaties, shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions, particularly economic and financial conditions, which enable them to fulfil their missions. The European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary

«shared values» associated with SGEIs by Protocol (No 26) on services of general interest[89]:

> «– the essential role and the wide discretion of national, regional and local authorities in providing, commissioning and organising services of general economic interest as closely as possible to the needs of the users;
>
> – the diversity between various services of general economic interest and the differences in the needs and preferences of users that may result from different geographical, social or cultural situations;
>
> – a high level of quality, safety and affordability, equal treatment and the promotion of universal access and of user rights»[90].

Although all three paragraphs refer to «shared values», the first two of them contain principles of subsidiarity, division of powers between the EU and the Member States and accepting possible divergence across the EU, rather than «values». The third paragraph is, on the other hand, an apparent expression of values of social market economy.

Protocol Nº 26 saves the competence of the Member States «to provide, commission and organise non-economic services of general interest»[91], i.e., non-economic services of general interest are carved from the «shared values» within the meaning of Art. 14 TFEU.

ARANZADI

The rationale of introduction of Art. 16 TEC(ToA) by the Treaty of Amsterdam was twofold: reference to the European social model of economy with public services and the Member States have broad margin of discretion in defining the scope and providing SGEIs[92]. In the context of latter, Protocol Nº 26 represents again a «competence brake» similar to Art. 16 TEC(ToA) delimiting the competence of the Member States[93] leaving them power to define SGEIs[94] and not letting the EU interfere[95].

---

legislative procedure, shall establish these principles and set these conditions without prejudice to the competence of Member States, in compliance with the Treaties, to provide, to commission and to fund such services».

89. OJ C 115, 9.5.2008, p. 308.
90. Art. 1, Protocol (No 26) on services of general interest.
91. Art. 2, Protocol (No 26) on services of general interest.
92. RUSCHE, T. M., Article 14 TFEU, In KELLERBAUER, M., KLAMERT, M., TOMKIN, J. (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford University Press, 2019, p. 392.
93. SZYSZCZAK, E., NEERGAARD, U., VAN DE GRONDEN, J. W., Conclusions, In NEERGAARD, U. et al. (eds.), *Social Services of General Interest in the EU*. T. M. C. Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2013, p. 599.
94. SLOT, P. J., Public Distortions of Competition: The Importance of Article 106 TFEU and the State Action Doctrine, In NEERGAARD, U. et al. (eds.), *Social Services of General Interest in the EU*. T. M. C. Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2013, p. 249.

The orientation to the values of the social market economy was seen also by AG La Pergola in C-147/97 *Deutsche Post* when stressing importance of postal services as a tool to «promote social cohesion»: «It has been observed that, in the absence of substantive amendments to the Treaty rules on competition, Article 16 EC - which was introduced into the first part of the Treaty, which sets out the principles - is intended to balance Article 3a of the EC Treaty (introduced by the Treaty on European Union and now Article 4 EC), which requires the Member States and the Community to adopt an economic policy conducted in accordance with the principle of an open market economy with free competition»[96] Similarly, AG Ruiz-Jarabo Colomer in C-265/08 *Federutility and Others* noted the corrective effect of Art. 16 TEC towards liberalisation pressures stemming from the principles of open market economy: «The provision was incorporated by the Treaty of Amsterdam, at a time when the process of liberalising strategic sectors was in full swing, as the result of "a deep concern in some sectors of society over the liberal tendencies being shown at the European level"»[97].

The practical significance of the «enforcement» limb of Art. 14 TFEU is questionable, since the EU cannot interfere competence of the Member States to design SGEIs[98], and for removal barriers on internal market regarding cross-border SGEIs, such as transport services[99] or postal services[100], harmonization provision of Art. 114 TFEU was employed as a legal basis, rather than Art. 14 TFEU, even though Art. 14 TFEU was mentioned in the preamble. Applicability of the legislative competence is limited, as Schiek noted, it is difficult to provide for leeway for national diversity via regulation as an only possible form of act adopted under Ar. 14 TFEU[101].

ARANZADI

Moreover, the opening words of Art. 14 TFEU diminished its relevance as a legal basis for the action of the EU because it explicitly stated that it can

95. SAUTER, W., «Services of general economic interest and universal service in EU law», *European Law Review*. Vol. 33, No. 2 (2008), p. 173.
96. Opinion of AG La Pergola of 1 June 1999, Deutsche Post, C-147/97, EU:C:1999:270, par. 26 and footnote 52.
97. Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer of 20 April 2010, Federutility and Others, C-265/08, EU:C:2010:205, footnote 43.
98. RUSCHE, T. M., Article 14 TFEU, In KELLERBAUER, M., KLAMERT, M., TOMKIN, J. (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford University Press, 2019, p. 393.
99. Regulation (EU) 2021/782 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 on rail passengers' rights and obligations (OJ L 172, 17.5.2021, pp. 1-52).
100. Regulation (EU) 2018/644 of the European Parliament and of the Council of 18 April 2018 on cross-border parcel delivery services (OJ L 112, 2.5.2018, pp. 19-28).
101. SCHIEK, D., Social Services of General Interest: The EU Competence Regime and a Constitution of Social Governance, In *Social Services of General Interest in the EU*. T. M. C. Asser Press, The Hague, 2013.

be applied only «without prejudice to» Art. 93, 106 and 107 TFEU, i.e. it cannot be employed jointly with these provisions as a legal basis. The competence of EU or the Member States regarding SGEIs cannot be also deemed as a possible counterpose to provisions on the rules of aids within the transport and competition rules and interests linked to SGEIs cannot be balanced to the interests linked to transport and competition rules under the principle of «constitutional» *praktische Konkordanz.* Hence, «it cannot be in any way inferred that Article 16 EC(ToA) gives "carte blanche" for the grant of any kind of aid to a public services undertaking»[102] and every aid shall be tested whether it falls within the scope of competition rules or not.

In summary, the main rationale of art. 16 TEC(ToA) and its subsequent amendments and explanations within Art. 14 TFEU and by Protocol 26 seems to be safeguarding competence of the Member States to retain their welfare states or own economic models[103], spilled over the «values» social market economy into the constitutional framework of the EU. The concepts of values of human dignity, equality and solidarity are identified also within Art. 16 TEC(ToA) were later confirmed by the Treaty of Lisbon.

IV. COMMON AND SHARED VALUES, VALUES OF THE UNION

ARANZADI

For application, effects, and theoretical interpretation, it is significant to distinguish common values, shared values, and values of the EU. Although during the historic development common values and shared values were used interchangeably, current primary law distinguishes between common values under Art. 2 TEU(ToL) and shared values under Art. 14 TFEU. The difference lies in their legal effects[104]. In terms of values, Art. 14 TFEU is merely affirmative and programmatic and there is not any enforcement clause (the enforcement is anchored on a vertical separation of powers between the EU and Member States and access to SGEIs). On the other hand, values enshrined in Art. 2 TEU(ToL), i.e., common values, can be enforced *vis-à-vis* the EU and the Member States, via Art. 7 TEU(ToL), or any measure within the ambit of the EU law. On the contrary, values other than common values formulated in Art. 2 TEU(ToL) can be protected by any measure within the competence of the EU but by Art. 7 TEU(ToL).

102. Judgment of 11 June 2009, ASM Brescia v Commission, T-189/03, EU:T:2009:193, par. 128.

103. For comparison of models see, e.g., MARTINSEN, D. S., Welfare States and Social Europe, In NEERGAARD, U. et al. (eds.), *Social Services of General Interest in the EU*. T. M. C. Asser Press, The Hague, 2013.

104. The terminology is not relevant in this instance because also the CJEU calls values designated in Art. 2 TEU(ToL) as «shared values» (Judgment of 16 February 2022, Hungary v Parliament and Council, C-156/21, EU:C:2022:97, par. 127).

«Common» character of the values has also effects linked to international law and constitutional law. Observance of common values is a prerequisite of membership of the EU and thus all the members of the community gathered within the EU can rely on specific standards of functioning of a new Member State and can form a basis mutual trust[105] among the Member States. Deviation from the common values is so intense a violation of which may correspond to fundamental change of circumstances under Art. 62[106] of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)[107] and Art. 7 TEU(ToL) constitutes a mechanism to avoid the termination of a treaty.

The existence of common values influences the domestic constitutional orders of the Member States. The Member States willingly committed themselves to observe values enshrined in Art. 2 TEU(ToL) by adopting that provision in the treaty-making process or by joining the EU. The Member States cannot reshape their constitutional systems and constitutional rules contrary to the common values of the EU and the Member States. Therefore, the values in 2 TEU(ToL) represent certain common constitutional core of all the Member States of the EU that Member States cannot change freely without leaving the EU. The Member States can design their own constitutional systems relying on the obligation of the EU to respect national identities[108] of the Member States confirmed by Art. 4(2) TEU(ToL) withing the terrain delimited by the founding values of the EU[109].

ARANZADI

105. E.g., Opinion of 18 December 2014, 2/13 (Accession of the EU to ECHR), EU:C: 2014:2454, par. 168; Judgement of 12 May 2021, Bundesrepublik Deutschland (Notice rouge d'Interpol), C-505/19, EU: C:2021:376, par. 80; Judgement of 6 March 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, par. 34, CANOR, I., Suspending Horizontal Solange: A Decentralized Instrument for Protecting Mutual Trust and the European Rule of Law, In BOGDANDY, A. von et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*. 2021; SPIEKER, L. D., *Defending Union Values in Judicial Proceedings. On How to Turn Article 2 TEU into a Judicially Applicable Provision*, 2021; BONELLI, M., Intermezzo in the Rule of Law Play: The Court of Justice's LM Case, In BOGDANDY, A. von et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*. 2021.
106. Compare to: «(a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and (b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty».
107. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.
108. Although the precise contours are still under the development, as discussed in KIŠŠOVÁ, S., «Thirty years of the concept of national identity in the primary law of the European union: clearly unclear?», *Balkan Social Science Review*. Vol. 20(2022).
109. «(233) Even though, as is apparent from Article 4(2) TEU, the European Union respects the national identities of the Member States, inherent in their fundamental

Since via «homogeneity clause» the Member States accepted their commitment to the designated values, they opened to the control by the EU[110] and by other Member States. The duty to observe common values is self-standing, notwithstanding whether other policies are attached to it. Thus, common values limit also procedural autonomy of the Member States in enforcement of the EU law because EU law can be enforced only soundly with the common values.

Other values of the EU than those designated as founding in Art. 2 TEU(ToL) do not have abovementioned legal consequences and are purely political or ethical commitment of the EU. Indeed, the situation is different when such a value is discovered as a general principle of EU law and therefore becomes binding legal rule of the EU law.

Peace, the European economic model based on social market economy with protection of environment and cultural and language diversity are apparently the most prominent values outside of the scope of Art. 2 TEU(ToL). Every of these values was at least once mentioned in the conclusions of the European Council or *travaux préparatoires* but they were left outside the protective shield of Art.7 TEU(ToL).

Peaceful cooperation and promotion of peace have their internal and external dimension. The internal dimension was a building block of European integration. Schuman saw solidarity and creating supranational body as vehicles to achieve perpetual peace in Europe[111]. Peace as a building element of common foreign and security policy and once the European integration reached certain level of internal stability, in 1990s, i.e. the time of ToM, it started to export its values to the third countries in order

ARANZADI

109. structures, political and constitutional, such that those States enjoy a certain degree of discretion in implementing the principles of the rule of law, it in no way follows that that obligation as to the result to be achieved may vary from one Member State to another. (234) Whilst they have separate national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, which the European Union respects, the Member States adhere to a concept of "the rule of law" which they share, as a value common to their own constitutional traditions, and which they have undertaken to respect at all times» (Judgment of 16 February 2022, Hungary v Parliament and Council, C-156/21, EU:C:2022:97, par. 127).

110. SCHROEDER, W., «The Rule of Law as a Constitutional Mandate for the EU», *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 15, No. 1 (2023).

111. «(...) The solidarity in production thus established will make it plain that any war between France and Germany becomes not merely unthinkable, but materially impossible. (...)By pooling basic production and by instituting a new High Authority, whose decisions will bind France, Germany and other member countries, this proposal will lead to the realization of the first concrete foundation of a European federation indispensable to the preservation of peace. (...)» (Schuman declaration, May 1950).

to achieve similar model of peaceful cooperation[112]. Surprisingly, such an essential value of the whole European integration as peace does not have any explicit internal mechanism of protection, similar to Art. 7 TEU(ToL). Obviously, it is unthinkable that the EU can continue as a project if a Member State engages non-peaceful activities because it will destroy a paradigm of European integration safeguarding peace in Europe. On the other hand, there is no explicit rule for solving a possible peace backsliding in the EU[113]. However, surprising solution for filling that gap provides the Constitution of the Italian Republic in its Art. 11: «Italy rejects war as an instrument of aggression against the freedom of other peoples and as a means for the settlement of international disputes. (...)»[114]. This explanation that a war restricts freedom of others connecting the value of peace to «enforceable» values of the EU under Art. 2 TEU(ToL). In this context can be noted that Janse linked all the values to liberty as a shorthand for or democracy, human rights and the rule of law as well as for the free movement of goods, services and labour[115].

The European economic model based on social market economy with protection of environment as referred by Art. 3(3) TEU(ToL) is not a model explicitly required by the provisions on economic and monetary policy enshrined in the TFEU. More precisely, the activities of the Member States and the EU «(...) shall include (...) the adoption of an economic policy which is based on the close coordination of Member States' economic policies, on the internal market and on the definition of common objectives and conducted in accordance with the principle of an open market economy with

ARANZADI

112. Cf., NOUWEN, S. M. H., «Exporting peace? The EU mediator's normative backpack», *European Law Open*, Vol. 1, No. 1 (2022), p. 24.

113. It must be believed that this thought is purely hypothetical, and it will be never necessary to find an answer. Nevertheless, even though provoking speeches of the Hungarian Prime Minister Mr Viktor Orbán on «breakaway territories» in the meaning the territories that were a part of the Countries of St Stepan's Crown and are not parts of current Hungary, calling neighbouring countries by their pre-1918 names, such as Felvidék (Upper Land) for Slovakia, claiming that Transylvania and Székely Land are not Romanian «territorial units», can resemble pre-WWII rhetoric, they are far from claiming backsliding of peace in Hungary (see, e.g. Speech by Prime Minister Viktor Orbán at the 32nd Bálványos Summer Free University and Student Camp. 22 July 2023, Tusnádfürdő [Băile Tuşnad], available at: https://bukarest.mfa.gov.hu /eng /news / speech-by-prime-minister-viktor-orban-at-the-32nd-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp; Slovakia denounces Hungarian PM Orbán's recent anti-Slovak remarks, Slovak Spectator, 25. July 2023, available at: https://spectator.sme.sk/c/23197964/viktor-orban-slovakia-romania.html).

114. Costituzione della Repubblica italiana, (GU n.298 del 27-12-1947), English version, e.g. available at: https://www.quirinale.it/allegati_statici/costituzione/costituzione_inglese.pdf

115. JANSE, R., «The evolution of the political criteria for accession to the European Community, 1957-1973», *European Law Journal*, Vol. 24, No. 1 (2018), p. 57.

free competition»[116]. Although the second sentence of Art. 120(1) TFEU refer again to «the principle of an open market economy with free competition, favouring an efficient allocation of resources» as a mandatory economic model of the EU and the Member States, the first sentence of Art. 120(1) TFEU obliges the Member States to «conduct their economic policies with a view to contributing to the achievement of the objectives» of the EU as defined in Art. 3 TEU(ToL). Therefore, an obligation to conduct economic policies within the principles of an open market economy with free competition, as a heritage of Art. 3a TEC(ToM)/Art. 4 TEC(ToA), is enforceable rule. From the point of view of enforcement, it is apparently easier to identify measures that can contravene the principles of open market economy with free competition, comparing to the social market economy with protection of environment. The latter is influenced by deliberation and different socio-economic theories, resources of particular states as well as their social tradition. Indeed, the EU can also create[117] and enforce rules within specific areas of competences complementing economic policies, or either respect to the «horizontal» policies stipulated in Art. 9 TFEU (social aspects) and Art. 11 TFEU (environmental aspects). Thus, a social market economy is an example of a value that is partially reflected in norms and principles enshrined in the EU law, but as a whole remains abstract as a goal of common effort of the EU and the Member States. The addressees an idea of a social market economy does not face a binary/violate dichotomy of compliance, but they shall make their effort to follow it in the most feasible extent.

ARANZADI

Respect to diversity of European countries and nations, its cultural and linguistic diversity is a leitmotif of European integration process, and it is undoubtedly a guiding value of European integration since it found its expression in the motto of the EU: «United in diversity». Multilingualism, sometimes against the will of a Member State[118], is one of the significant features of the functioning of the EU legal and politic framework. Comparing to other values of the EU (and the Member States), respect to diversity is turning the EU into a passive or utmost supportive role, while the Member States are guardians of their own identities. Respect to national identity of the Member States under Art. 4 TEU(ToL) can form a specific

116. Art. 119(1) TFEU.

117. For the overview of possible measures and competence see, e.g., HOŠŠOFF, B. et al., *(Sur)reality of integration and real convergence in the European Union: economic and legal context,* Comenius University in Bratislava, Faculty of Law, Bratislava, 2022, p. 77 et seq.

118. See Judgment of 17 March 2021, An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara, Éire agus an tArd-Aighne, C-64/20, EU:C:2021:207, in particular Opinion of AG Bobek of 14 January 2021, An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara, Éire agus an tArd-Aighne, EU:C:2021:14, par. 71-82, and underlying case.

form of a respect to diversity along with the respect to cultural and linguistic diversity.

V. CONCLUSIONS

The discussion of the values of the EU and their enforcement can be perceived as a novelty or a new feature introduced by the Treaty of Lisbon. It is often falsely attributed to the Treaty of Lisbon that it transformed «community of law» into «union of values». The EU was originally established from its beginning as a union of values. This understanding of the EU is apparent from a multitude of conclusions of the European Council in the period from 1992 onwards. Moreover, it was examined that Art. 2 TEU(ToL) does not provide an exhaustive list of the values, although only values designated in that provision can be enforced as founding principles via Art. 7 TEU(ToL) and respect thereof is one of the conditions of membership under Art. 49 TEU(ToL). At least three values shaping the identity of the EU were left outside the scope of «protected» values: peace, the European economic model, and respect for diversity. Compare to values stipulated in Art. 2 TEU(ToL) do not correspond to the «fundamental principles» of the EU as enforceable rules. Peace, within its internal dimension, is a specific value of the EU since it is safeguarded internally by the very existence of the EU. Externally, together with other values, the EU shall promote on the international plane as requested by the provisions of the TEU in its provision on external actions. European economic model and respect to diversity cannot be considered principles, and they are as abstract values protected against substantial threats by bits and pieces of provisions of primary and secondary law regulating some elements thereof.

ARANZADI

The confusion regarding the appearance of values of the EU in the Treaty of Lisbon is partially caused by terminology. The Maastricht Treaty as well as the ToA used the term of «principles» for the very same «assets» that were designated by the Treaty of Lisbon as «values». This terminological perplexity can be comforted by conclusions that the same categories are from the beginning of the EU values as well as principle notwithstanding, how are they labelled. Henceforth, in 2023 we celebrate 30 years of existence of the European Union – the union of values.

BIBLIOGRAPHY

BONELLI, M., Intermezzo in the Rule of Law Play: The Court of Justice's LM Case, In BOGDANDY, A. von et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer Berlin, Heidelberg, 2021.

CANOR, I., Suspending Horizontal Solange: A Decentralized Instrument for Protecting Mutual Trust and the European Rule of Law, In BOGDANDY, A. von et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer Berlin, Heidelberg, 2021.

FRISCHHUT, M., *The Ethical Spirit of EU Law,* Springer International Publishing, Cham, 2019.

HOŠŠOFF, B. et al., *(Sur)reality of integration and real convergence in the European Union: economic and legal context,* Comenius University in Bratislava, Faculty of Law, Bratislava, 2022.

JANSE, R., «The evolution of the political criteria for accession to the European Community, 1957-1973», *European Law Journal*, Vol. 24, No. 1 (2018), pp. 57-76.

KIŠŠOVÁ, S., «Thirty years of the concept of national identity in the primary law of the European union: clearly unclear?», *Balkan Social Science Review*, Vol. 20(2022), pp. s. 137-157.

KLAMERT, M., KOCHENOV, D., Article 2 TEU, In KELLERBAUER, M., KLAMERT, M., TOMKIN, J. (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, 2019.

KOCHENOV, D., The Acquis and its Principles: The Enforcement of the «Law» versus the Enforcement of «Values» in the EU, In JAKAB, A., KOCHENOV, D. (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, 2017.

KONRATH, C., Values and Laws, In POLAK, R., ROHS, P. (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Edward Elgar Publishing, 2023.

LENAERTS, K., GUTIÉRREZ-FONS, J. A., «The constitutional allocation of powers and general principles of EU law», *Common Market Law Review*, Vol. 47, No. Issue 6 (2010), pp. 1629-1669.

MÁČAJ, A., «Torpedoing v. Carpet Bombing: Mutual Trust and the Rule of Law», *Slovak Yearbook of European Union Law*, Vol. 1, No. December 2014 (2021), pp. 9-22.

MANGIAMELI, S., Article 2 [The Homogeneity Clause], In BLANKE, H.-J., MANGIAMELI, S. (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*, Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg, 2013.

ARANZADI

MARTINSEN, D. S., Welfare States and Social Europe, In NEERGAARD, U. et al. (eds.), *Social Services of General Interest in the EU*, T. M. C. Asser Press, The Hague, 2013.

NOUWEN, S. M. H., «Exporting peace? The EU mediator's normative backpack», *European Law Open*, Vol. 1, No. 1 (2022), pp. 26-59.

PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Springer Netherlands, Dordrecht, 2008.

POLAK, R., Values: A Contested Concept. Problem Outline and Interdisciplinary Approaches, In POLAK, R., ROHS, P. (eds.), *Values – Politics – Religion: The European Values Study. In-depth Analysis – Interdisciplinary Perspectives – Future Prospects*, 2023.

RUSCHE, T. M., Article 14 TFEU, In KELLERBAUER, M., KLAMERT, M., TOMKIN, J. (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, 2019.

SAUTER, W., «Services of general economic interest and universal service in EU law», *European Law Review*, Vol. 33, No. 2 (2008), pp. s. 167-193.

SCHEPPELE, K. L., KOCHENOV, D. V., GRABOWSKA-MOROZ, B., «EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union», *Yearbook of European Law*, Vol. 39, No. 1 (2021), pp. 3-121.

ARANZADI

SCHIEK, D., Social Services of General Interest: The EU Competence Regime and a Constitution of Social Governance, In *Social Services of General Interest in the EU*, T. M. C. Asser Press, The Hague, 2013.

SCHROEDER, W., «The Rule of Law as a Constitutional Mandate for the EU», *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 15, No. 1 (2023), pp. 1-17.

SCHROEDER, W., The Rule of Law As a Value in the Sense of Article 2 TEU: What Does It Mean and Imply? In BOGDANDY, A. von et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer Berlin, Heidelberg, 2021.

SLOT, P. J., Public Distortions of Competition: The Importance of Article 106 TFEU and the State Action Doctrine, In NEERGAARD, U. et al. (eds.), *Social Services of General Interest in the EU*, T. M. C. Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2013.

SPIEKER, L. D., Defending Union Values in Judicial Proceedings. On How to Turn Article 2 TEU into a Judicially Applicable Provision, In BOG-

DANDY, A. von et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer Berlin, Heidelberg, 2021.

SZYSZCZAK, E., NEERGAARD, U., VAN DE GRONDEN, J. W., Conclusions, In NEERGAARD, U. et al. (eds.), *Social Services of General Interest in the EU*, T. M. C. Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2013.

Legal sources

Treaty on European Union (OJ C 191, 29.7.1992, pp. 1-112).

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 (OJ C 306, 17.12.2007, pp. 1-271).

Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts (OJ C 340, 10.11.1997, pp. 1-144).

Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts (OJ C 80, 10.3.2001, pp. 1-87).

Treaty establishing a Constitution for Europe (OJ C 310, 16.12.2004, p. 1).

Charter of Fundamental Rights of the European Union (OJ C 326, 26.10.2012, pp. 391-407).

ARANZADI

Treaty on the Functioning of the European Union of 13 December 2007 - consolidated version (OJ C 202, 7.6.2016, pp. 47-360).

Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) (United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331).

Council Regulation (EC) Nº 1099/2009 of 24 September 2009 on the protection of animals at the time of killing (OJ L 303, 18.11.2009, pp. 1-30).

Regulation (EU) 2021/782 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 on rail passengers' rights and obligations (OJ L 172, 17.5.2021, pp. 1-52).

Regulation (EU) 2018/644 of the European Parliament and of the Council of 18 April 2018 on cross-border parcel delivery services (OJ L 112, 2.5.2018, pp. 19-28).

Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget (OJ L 433I, 22.12.2020, pp. 1-10).

Proposal for a Council decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law, 20 December 2017, COM(2017) 835 final.

Resolution on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded [2017/2131(INL)], 12 September 2018, P8_TA(2018)0340.

Case law

Judgment of 18 May 2021 Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România», C-83/19, EU:C:2021:393.

Judgment of 22 February 2022, RS, C-430/21, EU:C:2022:99.

Judgment of 11 May 2023, Inspecţia Judiciară, C-817/21, EU:C:2023:391.

Judgment of 23 April 1986, Les Verts v Parliament, C-294/83, EU:C:1986:166.

Judgment of 16 February 2022, Hungary v Parliament and Council, C-156/21, EU:C:2022:97.

Judgement of 29 October 1980, Roquette v Council, C-138/79, EU:C:1980:249, par. 33.

ARANZADI

Judgment of 12 November 1969, Stauder v Stadt Ulm, C-29/69, EU:C:1969:57.

Judgment of 10 March 1998, Germany v Council, C-122/95, EU:C:1998:94.

Judgment of 3 September 2008, Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission, C-402/05 P and C-415/05 P, EU:C:2008:461.

Judgment of 14 October 2004, Omega, C-36/02, EU:C:2004:61.

Judgment of 29 April 2004, CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236.

Judgment of 12 November 1981, Amministrazione delle finanze dello Stato v Srl Meridionale Industria Salumi and others Ditta Italo Orlandi & Figlio and Ditta Vincenzo Divella v Amministrazione delle finanze dello Stato. Joined cases 212 to 217/80, EU:C:1981:270.

Judgment of 21 September 1989, Hoechst, Joined cases 46/87 and 227/88, EU:C:1989:337.

Judgment of 27 February 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas C-64/16, EU:C:2018:117; Judgment 25 July 2018, LM, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586.

Judgment of 10 November 2016, Kovalkovas, C-477/16, EU:C:2016:86.

Judgment of 10 November 2016, PPU Poltorak, C-452/16, EU:C:2016:858.

Judgment of 22 December 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811.

Judgment of 17 December 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others, C-336/19, EU:C:2020:1031.

Judgment of 11 June 2009, ASM Brescia v Commission, T-189/03, EU:T: 2009:193.

Judgement of 12 May 2021, Bundesrepublik Deutschland (Notice rouge d'Interpol), C-505/19, EU: C:2021:376.

Judgement of 6 March 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158.

Judgment of 17 March 2021, An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara, Éire agus an tArd-Aighne, C-64/20, EU:C:2021:207.

Judgment of 9 October 2001, Netherlands vs. Parliament and Council, C-377/98, EU: C:2001:523. ARANZADI

Opinion of 18 December 2014, 2/13 (Accession of the EU to ECHR), EU:C:2014:2454.

Opinion of AG La Pergola of 1 June 1999, Deutsche Post, C-147/97, EU:C: 1999:270.

Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer of 20 April 2010, Federutility and Others, C-265/08, EU:C:2010:205.

Opinion of AG Bobek of 14 January 2021, An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara, Éire agus an tArd-Aighne, EU:C:2021:14.

Capítulo III

Integración e interacción de los ciudadanos en la democracia de la Unión Europea: análisis desde el punto de vista de su eficacia práctica [1]

María Jesús García García
Profesora titular de derecho administrativo
Universidad de Valencia
Titular de la Cátedra Jean Monnet «Servicios Económicos de Interés General en el marco de la cohesión social y territorial» (101047166 SGEI-EU)
Directora del Módulo Jean Monnet Citizens' integration into EU democracy (101047164 CitEUdem)

ARANZADI

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA UNIÓN EUROPEA COMO UN SISTEMA DEMOCRÁTICO DE GOBIERNO. III. LA INTEGRACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LA DEMOCRACIA EUROPEA A TRAVÉS DE LA PARTICIPACIÓN EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS COMUNITARIOS. *1. La integración de la ciudadanía a través del ejercicio de los derechos electorales y el ejercicio de la democracia transnacional: aspectos a mejorar. 2. Integración e interacción directa a través de los mecanismos de la democracia participativa: integración e interacción en el proceso normativo*. 2.1. El derecho a proponer normas jurídicas en aplicación de los Tratados. 2.2. El derecho a intervenir en la tramitación normativa. IV. INTEGRACIÓN E INTERACCIÓN ENTRE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS Y SUS CIUDADANOS: DEMOCRACIA Y BUENA ADMINISTRACIÓN.

1. El presente trabajo se elabora en el marco del Módulo Jean Monnet Citizens' Integration into European Union democracy (101047164 CitEUdem).

1. El derecho a dirigirse a las instituciones europeas y el derecho de acceso a los documentos públicos. 2. Mecanismos de defensa de los derechos democráticos en los supuestos de mala administración: el derecho a acudir al Defensor del Pueblo. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea ha conseguido la integración económica, sin embargo, todavía queda mucho por hacer para alcanzar un nivel similar de integración desde un punto de vista político. Los ciudadanos constituyen el sustrato necesario para hacer efectivas las aspiraciones de los estados de formar una comunidad o unión política. Entre los derechos que definen el estatuto jurídico público de la ciudadanía destacan aquellos relacionados con la participación en los asuntos públicos comunitarios que pretenden la integración de los ciudadanos en el entramado democrático e institucional de la UE y la interacción activa y democrática con las instancias públicas La integración de los ciudadanos en las instituciones necesita además de los mecanismos de la democracia representativa, mecanismos adicionales que impliquen más directamente a la ciudadanía y le otorgue un papel más proactivo en la adopción de normas y políticas públicas[2]. El reforzamiento de la democracia en la Unión Europea requiere, no solo de reformas institucionales, sino también una mayor vinculación de los ciudadanos con los poderes públicos. Es cierto que las sucesivas reformas de los Tratados han querido acentuar el protagonismo de los ciudadanos y promover de distintas maneras su participación en los asuntos públicos. Sin embargo, la eficacia práctica de estos intentos de robustecimiento de la democracia europea no ha dado los resultados esperados. La cuestión, no obstante, es de máxima importancia, en la medida en que el futuro de la Unión Europea va a depender de la correcta consecución de estos objetivos.

ARANZADI

II. LA UNIÓN EUROPEA COMO UN SISTEMA DEMOCRÁTICO DE GOBIERNO

Que la Unión Europea es una democracia es una afirmación que se demuestra a partir de cuatro variables: los valores que propugna, su composición, su estructura y su funcionamiento. Estas cuatro premisas configuran a la Unión Europea como un sistema democrático de gobierno que propugna la libertad, la igualdad, la justicia, la dignidad el estado de derecho y el principio democrático. De este modo quedan interconectadas las dos facetas en que se define la democracia: como un sistema de gobierno y

2. MEDINA ORTEGA, MANUEL, «El problema de la democracia en la Unión Europea», *Revista española de relaciones internacionales*, núm. 6, (2014), pp. 9-45.

como un sistema de valores. Ambas facetas están íntimamente unidas sin que pueda existir la una sin la otra.

Es cierto que se trata de una democracia especial, en tanto en cuanto está formada por la suma de los ciudadanos y los estados; o, dicho con otras palabras, es la suma de una unión de estados y de una unión de ciudadanos, y ambos componentes deben de ajustarse a unas premisas democráticas. Así, todos los estados que forman parte de la estructura comunitaria tienen una característica común: son estados democráticos. Es éste un requisito de integración que queda reflejado en los Tratados, y que más tarde se reafirmaría con los criterios de Copenhague, que preparan la gran ampliación de la Unión. Pero, además, su ciudadanía también encarna los principios democráticos en tanto en cuanto dichos ciudadanos están dotados de un estatuto jurídico público que promueve una amplia participación política en los asuntos públicos[3].

Adicionalmente, la Unión Europea es también un sistema democrático de gobierno en atención a su estructura, esto es, por la forma en que estados y ciudadanos se integran en sus instituciones a través del principio de democracia representativa. Así sucede en el caso del Consejo, donde los estados están representados a través de sus ministros; y también en el Parlamento, donde los ciudadanos están representados por los eurodiputados, elegidos cada cinco años. Pero la estructura democrática de la Unión Europea no solo se define por el principio de democracia representativa, sino también por el principio de división de poderes, que aunque de manera más imperfecta, o no tan bien delimitada como en los estados nación, implica que cada institución tiene asignadas una funciones y existe un sistema de controles entre las instituciones, cuyo cierre se encomienda al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, encargado de la interpretación de las normas europeas y de su correcta aplicación por parte de los estados.

ARANZADI

Esta delimitación de funciones influye también en el funcionamiento democrático de las estructuras comunitarias y en la adopción de decisiones, de modo que la aprobación de normas europeas pretende integrar los distintos intereses en juego dando participación en el proceso a las tres instituciones en que están representados los sujetos implicados (los estados, los ciudadanos y la propia Unión Europea como ente dotado con personalidad jurídica propia). Igualmente, el sistema de adopción de acuerdos, basado en el sistema de mayorías en un elevadísimo porcentaje de asuntos, conforma a grandes rasgos el sistema de gobierno democrático que caracteriza el ámbito comunitario.

3. LIÑÁN NOGUERAS, D., «La ciudadanía europea: una cuestión abierta», Teoría y realidad constitucional, (Ejemplar dedicado a: La integración política de Europa, núm. 32 (I), (2013), pp. 360 y ss.

La Unión Europea cumple así con las tres finalidades que caracterizan a todo sistema democrático: garantiza el respeto por una serie de valores que la definen y la respaldan, garantiza una determinada forma de organización y funcionamiento del poder político en sintonía con estos valores y satisface las necesidades de la ciudadanía dándole participación en el proceso decisorio, bien de forma directa o indirecta[4], como veremos a continuación.

Con estos planteamientos, quedan igualmente garantizados los presupuestos de cualquier gobierno democrático, a saber, la legitimidad, la rendición de cuentas y la transparencia, presupuestos todos ellos del principio de buena administración. Los mecanismos articulados para la integración de los ciudadanos en la democracia europea y los derechos que a este respecto se les reconocen van orientados a cumplir con estos tres requisitos y a lograr que la ciudadanía participe, apoye y ratifique la gestión pública a través de su integración en la democracia europea[5]. Precisamente en los epígrafes que siguen analizamos el grado de cumplimiento de estos presupuestos y la medida en que los mecanismos vigentes permiten la satisfacción de estas expectativas.

III. LA INTEGRACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LA DEMOCRACIA EUROPEA A TRAVÉS DE LA PARTICIPACIÓN EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS COMUNITARIOS

ARANZADI

La ciudadanía europea puede definirse como un estatuto de carácter político y naturaleza pública que expresa el vínculo entre los nacionales de cada estado miembro de la Unión Europea con los otros estados miembros y con la Unión europea misma. Comporta el reconocimiento de una serie de derechos de corte político que son comunes a todos los ciudadanos, e implica la existencia de una comunidad política compuesta por individuos dotados de un mismo estatuto jurídico público.

Según el artículo 20 del TFUE, será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un estado miembro, siendo cada uno de los estados el que determina la forma de adquisición y perdida de la nacionalidad[6]. El estatuto jurídico de la ciudadanía europea es complementario y no sustitutivo de la nacionalidad. Esto significa que los derechos y deberes

4. MUÑOZ MACHADO, S., «Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la administración», *Revista de Administración Pública,* núm. 84, (1977), pp. 519-536.
5. MEDINA ORTEGA, M., «Los ciudadanos europeos y la secesión de territorios en la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, (2013), pp. 70 y ss.
6. DÍEZ-PICAZO, L., «Sobre la ciudadanía europea», *Anuario de derecho civil*, núm. 54, 4, (2001), pp. 1359 y ss.

derivados de él se añaden a los derechos y deberes propios de la nacionalidad, sin interferir en los mismos, ni limitarlos en modo alguno[7].

1. LA INTEGRACIÓN DE LA CIUDADANÍA A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS ELECTORALES Y EL EJERCICIO DE LA DEMOCRACIA TRANSNACIONAL: ASPECTOS A MEJORAR

La democracia de la Unión Europea es una democracia transnacional que garantiza ciertos derechos electorales a los ciudadanos europeos no solo en su país de origen, sino también en el país de residencia[8]. La ciudadanía europea supone por tanto el ejercicio de derechos políticos que se invocan no solo frente a las instancias europeas, sino también frente a las instancias de otros países miembros. Si se aspira a crear un sentimiento de ciudadanía y a ser una comunidad política, deben trascenderse ciertas fronteras internas, del mismo modo que se ha hecho con el mercado interior, o la libre circulación de personas. Se trata de equiparar la ciudadanía europea a través de unos derechos democráticos para empezar a vislumbrar una unión política formada por los ciudadanos europeos.

Desde esta perspectiva, la ciudadanía europea presupone un vínculo directo con la UE y sus instituciones, pero también con los estados miembros, ya que algunos de los derechos de los ciudadanos se invocan ante las autoridades de dichos estados. Surgen así una ciudadanía interestatal y una democracia transnacional que aspira a la integración y equiparación de todos los ciudadanos europeos y que trata también de dotar de efectividad y de no entorpecer el derecho de libre circulación y residencia.

ARANZADI

Este derecho no solo supone el reconocimiento de la movilidad a los ciudadanos por otros estados miembros, sino que ha de ir acompañado de ciertas garantías, como la de integración y equiparación con los nacionales de ese país también a nivel político, sin que puedan sufrir discriminación[9]. Esto

7. RALLO LOMBARTE, A., «Los derechos de los ciudadanos europeos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (Ejemplar dedicado a: XIII Congreso de la asociación española de Teoría del Estado y Derecho Constitucional), núm. 24, (1994), pp. 259 y ss.
8. RODRÍGUEZ, A., «Los electores comunitarios en España: dificultades de registro y propuestas de reforma en el procedimiento de inscripción en el censo electoral de los ciudadanos de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Constitucional,* núm. 4, (2007), pp. 7 y ss.
9. El derecho de libre circulación y residencia es el emblema de la ciudadanía europea. Este derecho permite moverse libremente por los países comunitarios sin que existan fronteras interiores. Permite igualmente fijar la residencia en cualquier país miembro de la UE sin estar constreñido por el desarrollo de una actividad económica o laboral.

implica el reconocimiento de ciertos derechos electorales[10] que garantizan la equiparación de los ciudadanos europeos desplazados con los nacionales del estado de destino[11]. Por esa razón se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales, o municipales, que implica el derecho a votar y a presentarse como candidato en el país de residencia, aunque no se sea nacional del mismo[12]. Se entiende que el ámbito local, por su cercanía, es la esfera elegida para la integración de los ciudadanos comunitarios[13].

De esta manera, los derechos democráticos y electorales que reconocen las normas europeas no solo se circunscriben al ámbito comunitario, sino que alcanzan también al ámbito interno de los estados miembros[14]. Por esta razón, se puede decir que la ciudadanía europea confiere un estatuto jurídico integrado por derechos democráticos que se pueden invocar no solo frente a las instituciones europeas, sino también frente a los estados miembros. Se trata derechos de corte electoral que tratan de asimilar a los ciudadanos europeos desplazados a un estado miembro de la Unión Europea con los nacionales de ese estado. Al reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales del país de residencia puede decirse que la participación en la democracia europea no solo presupone la participación en los asuntos públicos comunitarios, sino también la participación en los asuntos públicos del país de residencia, al menos a nivel local.

ARANZADI

La democracia transnacional está al servicio de la integración de los ciudadanos en el lugar de residencia, lo que a su vez es una exigencia que deriva del principio de igualdad y no discriminación entre los ciudadanos europeos. Si la ciudadanía europea forma parte de una misma comunidad política, es lógico pensar que los residentes de países comunitarios deban gozar de unos mismos derechos, no solo en el ámbito comunitario, sino también, en el

10. OLIVER LEÓN, B., «El derecho de sufragio como elemento estructural de la ciudadanía europea» *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 4, (2005), pp. 197-218.
11. AJA, E. Y MOYA, D., El derecho de sufragio de los extranjeros residentes, en Aja, E., *La inmigración en la encrucijada*. Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Diputació de Barcelona, Fundació Jaume Bofill, Fundación José Ortega y Gasset, Institut de Dret Públic y Unicaja, pp. 64-81, 2008.
12. Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales.
13. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., Derecho de sufragio de los residentes comunitarios en las elecciones al Parlamento europeo y Constitución española. *Comunicación presentada en las IV Jornadas de Derecho Parlamentario*, Valladolid. 1993.
14. SANTOLAYA, P. y REVENGA SÁNCHEZ, M., Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 23.

ámbito de las comunidades locales donde residen[15]. Y ello aboga también por mantener los derechos electorales ligados a la nacionalidad del ciudadano. Así parecen entenderlo la mayoría de las legislaciones internas que permiten el ejercicio del derecho de voto tanto en el lugar de origen como de residencia, a excepción de Reino Unido, que restringía este derecho cuando el ciudadano se ausentaba del país más de cinco años. Como resultado, la salida de Reino Unido de la Unión Europea ha dado lugar a situaciones en las que los ciudadanos británicos han perdido sus derechos políticos y a la figura de los apátridas electorales, imposibilitados de votar en su propio país, así como en los países donde residen, circunstancia que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-673/20, de 9 de junio de 2022 respalda desde el punto de vista jurídico como resultado y consecuencia de la salida de Reino Unido de la Unión Europea[16].

Similares afirmaciones caben en el caso del derecho de sufragio activo y pasivo al Parlamento europeo, derecho que puede ejercerse tanto en el estado del que se es nacional[17], como en el estado comunitario de residencia, donde además se trata de evitar que el ejercicio del derecho de libre circulación impida, dificulte o restrinja el derecho de participación en los asuntos públicos comunitarios[18]. De acuerdo con la formulación de este derecho, los ciudadanos pueden votar las listas electorales del país donde residen (ciudadanía interestatal), o las del país donde son nacionales[19]. E igualmente, pueden postularse como candidatos tanto en su país de residencia, como en el lugar del que son nacionales. Sin embargo, la coexistencia de una democracia europea y de las democracias internas de los países miembros no siempre permite un ajuste perfecto de los mecanismos y garantías electorales, máxime en

ARANZADI

15. Esta equiparación con los ciudadanos del resto de estados miembros da lugar a otro derecho reconocido a la ciudadanía, aunque esta vez no de carácter electoral, que es el derecho a la protección diplomática y consular. Reconoce el derecho de cualquier ciudadano europeo que se encuentre en un tercer estado no miembro de la UE a solicitar ayuda a cualquier consulado o embajada de un estado miembro de la UE, cuando su país de origen, es decir el país del que es nacional, no tenga representación diplomática en ese tercer país.
16. Hay que tener en cuenta, no obstante, el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la participación en determinadas elecciones de nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, firmado en Madrid el 21 de enero de 2019.
17. FUENTE CABERO, I., «El papel de los parlamentos nacionales en la Unión Europea», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* núm. 11, (2004), pp. 98 y ss.
18. Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, 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.
19. RÍOS SIERRA, J., «La cuestión del procedimiento electoral uniforme para el Parlamento Europeo: pasado, presente y futuro», *Revista Universitaria europea,* núm. 14, (2011), pp. 39 y ss.

ausencia de un procedimiento electoral europeo[20] uniforme como el que promueve el artículo 223 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y a la vista de su sustitución por unos mínimos principios comunes para los estados miembros[21]. Precisamente en las elecciones al Parlamento Europeo se hace patente la dificultad de encajar los mecanismos y garantías electorales de los estados miembros con las exigencias de la democracia europea[22]. Así resulta de la dificultad de consensuar un procedimiento electoral común, o siquiera, una cierta uniformidad de las leyes electorales[23]. El carácter fragmentado de la normativa electoral, que, con excepción de unos cuantos principios comunes, resulta de la aplicación de las normas internas hace que hablemos de una democracia representativa imperfecta donde el Parlamento Europeo se configura como una suma de las representaciones de los estados[24]. Sin embargo, estamos hablando de una institución representativa de los ciudadanos europeos que debe ser considerada como un todo, y que no equivale a la suma de las partes[25].

La problemática que deriva de la falta de un procedimiento electoral europeo se ha puesto de manifiesto también con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de, 19 de diciembre de 2019, Asunto C-502/19 que ha evidenciado las consecuencias de la falta de cumplimiento de los requisitos electorales previstos en la legislación interna de cara a tomar posesión de cargo de diputado en el Parlamento Europeo. En principio, parecería lógico pensar que, a falta de normativa europea específica, debería aplicarse la legislación del estado español. Sin embargo, el TJUE ha establecido que la condición de eurodiputado resulta directa y únicamente del voto de los electores y no puede estar supeditada al ulterior cumplimiento de formalidad alguna, argumentación en la que después se basó la resolución del Parlamento Europeo que concedió la condición de eurodiputado a Puigdemont y otros dirigentes catalanes. En efecto, la Sentencia de 19 de

ARANZADI

20. RÍOS SIERRA, J., «La cuestión del procedimiento electoral uniforme para el Parlamento Europeo: pasado, presente y futuro», *Revista Universitaria europea,* núm. 14, (2011), pp. 39-70.
21. ÁLVAREZ CONDE, E.; ARNALDO ALCUBILLA, E., «De nuevo sobre el procedimiento electoral uniforme». *Revista de Estudios Políticos,* núm. 86, (1994), pp. 39 y ss.
22. CHICO ZAMILLO, D., «Los procedimientos electorales en las elecciones al Parlamento europeo», *Revista de las Cortes Generales,* núm. 57, (2002), pp. 166 y ss.
23. ANASTASSOPOULOS, G., Procedimiento electoral uniforme o principios comunes para las elecciones al Parlamento europeo, en Saavedra Ruiz, P y Castro García, C., (coord.), *La democracia paritaria en la construcción europea,* Cáceres: Coordinadora Española del Lobby Europeo de Mujeres, 2000.
24. MELLADO PRADO, P., «El derecho de sufragio en las elecciones municipales y europeas: las resistencias a la armonización de las legislaciones nacionales», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 27, (2014), pp. 287 y ss.
25. GARCÍA GARCÍA, M. J., «El sistema electoral europeo: cuando el todo no equivale a la suma de las partes», *Revista de Estudios Europeos,* núm. 74, (2019), pp. 3-29.

diciembre de 2019 distingue entre la adquisición de la condición de miembro del Parlamento europeo, que se produce desde la proclamación oficial de los resultados electorales, y el mandato de miembro del Parlamento europeo, que se produce en el momento de la apertura de la primera sesión de la legislatura. La sentencia reconoce que la inmunidad se produce desde que se adquiere la condición de miembro del Parlamento, lo que permite al candidato así proclamado dirigirse sin impedimentos a la primera sesión de la nueva legislatura. Los miembros del Parlamento europeo gozan así de inmunidad incluso antes de que comience su mandato. Dicha inmunidad impide, según el Tribunal que la prisión provisional pueda obstaculizar la libertad de los miembros del Parlamento europeo de dirigirse al lugar en el que ha de celebrarse la reunión de la nueva legislatura para cumplir las formalidades requeridas. Si el Tribunal nacional estima que debe mantenerse la medida, ha de solicitar al Parlamento europeo que suspenda la inmunidad mediante el correspondiente suplicatorio. Como consecuencia de la referida sentencia, en enero de 2020 el Parlamento europeo reconoció la condición de eurodiputado a Puigdemont y otros candidatos, lo que motivó la petición de un suplicatorio por parte de la justicia española que fue atendido por el Parlamento europeo y que dio lugar a un recurso de anulación planteado por los afectados que todavía está pendiente de resolverse.

ARANZADI

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2022, asunto T-388/19, tras declarar la inadmisibilidad del recurso planteado por Puigdemont y otros candidatos contra la resolución del Presidente del Parlamento europeo de 27 de junio de 2019 que les denegó la condición de eurodiputados, parece desdecirse de los argumentos del Tribunal de Justicia, al establecer que el Acta electoral establece un reparto de competencias entre el Parlamento y los Estados miembros, de modo que salvo lo dispuesto en el Acta electoral, el procedimiento electoral se rige, en cada Estado miembro, por las disposiciones nacionales. El Tribunal General señala que el artículo 12 del Acta electoral descarta expresamente la competencia del Parlamento europeo para pronunciarse sobre las controversias que radiquen en disposiciones del Derecho nacional, incluso cuando el Acta electoral remita a dicho Derecho. En consecuencia, para efectuar la comprobación de las credenciales de sus miembros, el Parlamento debe basarse en la lista de los candidatos electos oficialmente notificada por las autoridades nacionales, que, por definición, se elabora atendiendo a los resultados oficialmente proclamados y una vez estas autoridades han resuelto las eventuales controversias suscitadas en relación con la aplicación del Derecho nacional. Por lo tanto, según el Tribunal General en la referida sentencia, el expresidente del Parlamento europeo carecía de competencia para controlar si era procedente la exclusión de determina-

dos candidatos electos de la lista oficialmente notificada por las autoridades españolas el 17 de junio de 2019, pues esta reflejaba los resultados oficiales de las elecciones del 26 de mayo de 2019 determinados, en su caso, tras resolverse las eventuales controversias suscitadas en relación con el Derecho nacional. En consecuencia, para el Tribunal General, los efectos jurídicos que se derivaron para los demandantes (asumir sus funciones, ejercer sus mandatos y ocupar sus escaños), no derivaron del acto del Parlamento europeo, sino de la aplicación del Derecho español. Con todo, la sentencia reconoce la condición de eurodiputados de los demandantes desde el 19 de diciembre de 2019, como consecuencia del efecto de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE dictada en dicha fecha. Sea como fuere, todavía quedan pronunciamientos importantes, pues el Tribunal General de la Unión Europea debe fallar sobre el recurso presentado por los candidatos catalanes contra la resolución de Parlamento europeo que les retiró la inmunidad al conceder el suplicatorio solicitado por la justicia española[26]. La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 31 de enero de 2023, asunto C-158/21, se ha pronunciado sobre la cuestión prejudicial planteada por la justicia española relativa a la denegación de la orden de detención europea por parte de la autoridad judicial de ejecución, que junto al tema de la inmunidad parlamentaria pendiente de resolver decidirá importantes cuestiones relacionadas con el ejercicio del derecho a participar en los asuntos públicos comunitarios de cara al futuro. En todo caso, estas decisiones evidencian la importancia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para resolver, a través de su interpretación, los problemas que plantea la falta de un procedimiento electoral europeo y de unas reglas electorales unificadas que aclaren cómo y cuándo se adquiere la condición de europarlamentario, cuándo comienza el mandato de miembro de Parlamento europeo y cuáles son los requisitos formales para ello.

ARANZADI

También en clave de las elecciones al Parlamento Europeo se hace patente la necesidad de articular un mecanismo de elección de la presidencia de la Comisión que establezca un vínculo con los ciudadanos y acentúe la legitimidad de este cargo institucional. La Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento europeo recalcó la necesidad de reforzar la democracia europea en el informe de Revisión del Acuerdo Marco sobre las

26. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019 produce dos consecuencias: por un lado, la justicia española solicita un suplicatorio al Parlamento europeo, que es atendido por éste y como consecuencia del cual Puigdemont y otros eurodiputados catalanes pierden su inmunidad, planteando un recurso que está todavía pendiente de decisión; por otro lado, el juez Lanera plantea una cuestión prejudicial referente a las órdenes de extradición europeas, que es resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2023.

relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión de 7 de enero de 2018. En él se resaltaba la necesidad de que la elección del presidente de la Comisión se hiciera sobre la base de los resultados electorales y del candidato más votado en el proceso. Sin embargo, los Tratados no se pronuncian sobre esta cuestión y la ausencia de una normativa electoral europea que unifique el procedimiento determina que no existan normas vinculantes al respecto, más allá de compromisos de buenos intenciones que se respetan o no, en función de las circunstancias, con lo que queda abierta la opción a diversas interpretaciones. Así, en 2014, la elección de Juncker se ajustó a este modelo. Sin embargo, cinco años más tarde, la elección de la actual presidenta de la Comisión se ha realizado obviando estas consideraciones. Los Estados no quieren institucionalizar este sistema porque les quita el control y el poder de nominar a sus propios candidatos. Sin embargo, no hay que olvidar que la consolidación del modelo de elección del candidato más votado, supone integrar la voz y el voto de los ciudadanos en el proceso electoral a través del Parlamento europeo, lo que indudablemente, revierte en el incremento de la legitimidad democrática de la Unión Europea[27]. En el fondo, subyace la pugna entre un sistema intergubernamental y un sistema representativo en la designación del presidente de la Comisión. Pugna que por el momento parece decantarse en favor de los Estados.

Finalmente, el modelo de representación democrática europea enfrenta la cuestión de las listas transnacionales europeas, que implicaría la existencia de una única circunscripción europea, la equiparación de todos los sistemas electorales de los estados miembros, así como el desarrollo de partidos políticos de corte supranacional, o transnacional. De nuevo, el predominio de los estados en el funcionamiento de la democracia representativa europea ha restado protagonismo a los partidos políticos como verdaderos impulsores de las elecciones democráticas europeas, lo que, unido a las reticencias de los estados a unificar, o siquiera armonizar su legislación electoral, hace inviable cualquier pretensión de futuro en este sentido, al menos por el momento.

ARANZADI

2. INTEGRACIÓN E INTERACCIÓN DIRECTA A TRAVÉS DE LOS MECANISMOS DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: INTEGRACIÓN E INTERACCIÓN EN EL PROCESO NORMATIVO

La participación de los ciudadanos en las elecciones al Parlamento Europeo ha ido decreciendo en los últimos años, lo que pone de manifiesto el desencanto de los electores y un progresivo desinterés por parte de los

27. ASTOLA MADARIAGA, J. «De la legitimidad democrática de la Unión Europea y de la legitimación democrática de sus decisiones: una reflexión sobre el proyecto de Constitución europea», *Teoría y realidad constitucional*, 15, (2005), pp. 201-234.

ciudadanos en los asuntos públicos, así como un cierto descrédito de los poderes públicos, motivado quizá por la falta de acercamiento o sintonía entre la esfera pública y los verdaderos intereses e inquietudes de la ciudadanía. Los mecanismos de la democracia representativa están en crisis y hay que buscar nuevos mecanismos basados en la democracia participativa en que los ciudadanos participen y colaboren con las instituciones comunitarias en la producción normativa[28]. Las formas de democracia participativa implican la colaboración de los ciudadanos con los poderes públicos, especialmente en aquellos ámbitos de mayor discrecionalidad administrativa, pero sin sustituir en ningún momento la capacidad de decisión de los órganos competentes, sino como un complemento de su actuación. Significa una interacción directa con los poderes y funciones públicas sin que medien sus representantes[29].

Las instituciones europeas han estado haciendo esfuerzos para incrementar la participación de los ciudadanos, no solo por medio de la democracia representativa, sino también recurriendo a otros mecanismos más directos de participación. Las innovaciones basadas en la democracia participativa están íntimamente relacionadas con un intento de mejorar la democracia y hacer frente a los retos que en este momento encara la UE. La legitimación de las instituciones y sus decisiones puede mejorarse animando a los ciudadanos a tomar un papel activo en este sentido. Consultas públicas e iniciativa ciudadana, así como la promoción del Dialogo con los ciudadanos son solo unos pocos ejemplos del compromiso de la Unión Europea con sus ciudadanos.

ARANZADI

Los poderes públicos están dispuestos a tomar en consideración las opiniones de los ciudadanos a los efectos de producir legislación que esté más cerca de sus expectativas. La interacción con los ciudadanos pretende mejorar la calidad de la democracia y fortalecer la legitimidad de sus decisiones. Las leyes, por su carácter general y por su ámbito de aplicación tienen una poderosa influencia en la reformulación de los fundamentos democráticos de un sistema de gobierno y por eso se hace uso de los mecanismos de la democracia participativa en la búsqueda de la legitimación democrática de las normas. Todo esto partiendo de la idea de que aquellos afectados por la norma están mejor situados para entender su impacto y pueden proporcionar a los poderes públicos la información necesaria para mejorar su contenido. De esta manera, cada etapa del proceso se abre a la participación,

28. TARDÍO PATO, J. A., «La denominada democracia participativa como género distinto de la democracia directa y de la democracia representativa», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 21, (2021), pp. 203-272.
29. SÁNCHEZ MORÓN, M., «El principio de participación en la Constitución Española». *Revista de Administración pública*, núm. 89, (1989), pp. 183 y ss.

desde el momento en que la Comisión elabora la propuesta y aprueba la norma hasta su evaluación posterior.

2.1. El derecho a proponer normas jurídicas en aplicación de los Tratados

Los Tratados permiten a un millón de ciudadanos comunitarios que residan en al menos 7 países miembros dirigirse a la Comisión e invitarla a presentar una propuesta normativa en materias en que la UE ha sido dotada de competencia por parte de los estados. Se pretende dar a los ciudadanos la oportunidad de intervenir directamente en los procesos de producción de normas desde sus comienzos, tomando la iniciativa normativa[30]. Sin embargo, su eficacia práctica es muy limitada pues se trata simplemente de una invitación o sugerencia que los ciudadanos pueden hacer a esta institución, para que valore la posibilidad de ejercer la iniciativa legislativa.

Si la iniciativa es formal y legalmente admisible, la Comisión tiene la obligación de registrarla y tomarla en consideración, pero no la de someterla a los órganos legislativos de la Unión, ya que razones de mera oportunidad o conveniencia política son suficientes para no dar subsiguiente trámite a la misma. La discrecionalidad política de la Comisión es amplísima, lo que convierte la iniciativa ciudadana en un derecho sin gran eficacia práctica.

ARANZADI

Incluso si la propuesta que hacen los ciudadanos es aceptada, la decisión de la Comisión puede consistir meramente en una declaración de buenas intenciones para el futuro, pero no tiene por qué implicar la presentación de una propuesta legislativa a los órganos que tienen capacidad para aprobar las normas europeas.

Si analizamos los datos, solo 90 propuestas han sido registradas, y de ellas, solo 6 han sido exitosas, pero ello rara vez se ha traducido en legislación comunitaria influida por las propuestas ciudadanas. Así pues, podemos hablar de la falta de eficacia práctica de la iniciativa ciudadana europea que, hasta la fecha, no ha tenido un impacto real de en la legislación europea. Sin embargo, a pesar de su escasa incidencia y repercusión en la formulación de normas europeas, promueve el debate público y es un buen indicador de la popularidad de la Unión Europea, lo que puede medirse en función del núm. de apoyos que reciben estas iniciativas.

30. BELLIDO BARRIONUEVO, M., «La iniciativa ciudadana europea: una oportunidad para los ciudadanos y las instituciones europeas», *Revista española de Derecho europeo*, núm. 51, (2014), pp. 60 y ss.

2.2. El derecho a intervenir en la tramitación normativa

Las consultas de la Comisión constituyen una forma de participación funcional en el procedimiento normativo, que permite a los ciudadanos y a los afectados por la norma anticipar su opinión sobre un determinado asunto que está siendo o va a ser objeto de tramitación. Dicha participación se sustancia fundamentalmente en la fase prelegislativa, cuando la Comisión está elaborando un proyecto normativo que se debatirá en el marco de los procedimientos legislativos ordinarios o especiales ante las instituciones legislativas. Remite también a la idea de participación y colaboración de los ciudadanos en la producción normativa. A diferencia de la iniciativa ciudadana, donde esta participación se produce a iniciativa propia, en el caso de las consultas se produce tras un llamamiento de las instituciones europeas. En ambos casos, se trata de que los ciudadanos participen en la vida democrática de la Unión. Ambos son instrumentos de participación en las funciones públicas normativas. A través de las consultas se trata de obtener aportaciones de la ciudadanía en los primeros estadios de elaboración de las normas, para dar forma a una propuesta normativa[31]. Las consultas públicas no se circunscriben solo al momento de la elaboración del proyecto de norma, sin embargo, no es habitual que el Consejo y el Parlamento realicen consultas a la ciudadanía cuando están tramitando proyectos legislativos, ni siquiera cuando se han producido modificaciones sustanciales a las propuestas de la Comisión.

ARANZADI

Es importante que en la fase prelegislativa la ciudadanía en general y también los sujetos que puedan verse afectados en sus derechos o intereses por la norma tengan reconocida la capacidad de intervenir a fin de poder compaginar desde un principio el interés comunitario con sus propios intereses. La articulación de este tipo de mecanismos supone admitir que en la elaboración de las normas comunitarias no basta con tener en cuenta la opinión de la ciudadanía expresada a través de sus representantes, sino que es necesaria, o al menos conveniente, su participación directa y activa en el proceso, promoviendo una mayor interacción con los poderes públicos.

Así, los Tratados señalan que antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas, si bien en casos excepcionales la citada institución podrá prescindir de ellas, motivando su decisión. No obstante, estos preceptos no se concretan después, pues no hay una regulación jurídica que vincule a la Comisión a seguir unos cauces procedimentales, o que defina obligaciones o deberes claros para la Comisión o prevea las consecuencias de su incumplimiento. Esto implica que no existe un

31. SIERRA RODRÍGUEZ, J., La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2019.

derecho para los ciudadanos a poder exigir que se realicen esas consultas. Esa indeterminación normativa conlleva que las consultas ciudadanas constituyan más bien un compromiso de buenas prácticas dada la falta de plasmación de sus postulados en deberes y obligaciones concretos. Tampoco se establece que la Comisión haya de dar respuesta a las alegaciones presentadas en la consulta, caso de abrirse, lo cual sugiere una falta de eficacia de las mismas.

La ausencia de instrumentos normativos de carácter vinculante constituye por tanto el principal obstáculo que se plantea a la eficacia de las consultas públicas. La solución pasaría por conferir a las consultas el carácter de trámite preceptivo, cuya inobservancia debería originar la nulidad del acto jurídico resultante. Ello supone pasar de la consideración de la consulta como mero compromiso de buenas prácticas a dotarla del carácter de trámite procedimental y requisito de validez de las normas.

Otro problema que encaran las consultas se refiere a las entidades representativas de intereses. Estas están llamados a tener un mayor impacto en el proceso legislativo, pues tienen sus propios métodos específicos de consulta (participación de las partes interesadas en organismos consultivos, órganos *ad hoc*, o en audiencias). Y es que hay que distinguir entre las consultas públicas y las consultas a los interesados. Las consultas públicas son consultas abiertas que buscan una amplia participación de todos aquellos que lo deseen, tengan o no tengan la consideración de interesados o afectados por las normas en cuestión. En cambio, en el caso de las consultas a los interesados, la Comisión debe determinar de antemano quienes van a ser los sujetos afectados por la norma y seleccionar a los interlocutores en el proceso de consultas, y en esto, las asociaciones representativas de intereses tienen un papel fundamental, pero no es obligado que estas entidades se inscriban en el registro de transparencia, y tampoco quedan muy claros los criterios con arreglo a los cuales la Comisión selecciona a sus interlocutores[32].

ARANZADI

32. Así se ha visto por ejemplo en el caso del tabaco, donde, según consta en el informe de la Defensora del Pueblo de 2021, se inició una investigación dirigida a determinar las interacciones entre la Comisión y los grupos de presión en favor del tabaco.

IV. INTEGRACIÓN E INTERACCIÓN ENTRE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS Y SUS CIUDADANOS: DEMOCRACIA Y BUENA ADMINISTRACIÓN

1. EL DERECHO A DIRIGIRSE A LAS INSTITUCIONES EUROPEAS Y EL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS

La interacción con los poderes públicos presupone también el acceso a la información, de forma que los ciudadanos puedan ejercer el resto de los derechos que les asisten con conocimiento de causa. El acceso a la información es presupuesto esencial del ejercicio del resto de los derechos democráticos. En aras de la aplicación del principio de transparencia, el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la UE reconoce el derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismo de la UE cualquiera que sea su suporte, con arreglo a las condiciones establecidas en dicho artículo. La transparencia es el derecho de los ciudadanos a conocer y entender la actividad administrativa, lo que comporta, entre otras cosas, el derecho de acceso a los documentos públicos. El ejercicio de este derecho permite el cumplimiento de uno de los postulados que apuntalan el gobierno democrático, que es la rendición de cuentas de las gestiones públicas ante los ciudadanos[33].

El precepto citado establece las instrucciones para su desarrollo normativo, señalando que se realizará por el Consejo y el Parlamento a través de un reglamento que se tramitará conforme al procedimiento legislativo ordinario. El resultado de dicho desarrollo es el Reglamento 1049/2001 del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento, el Consejo y la Comisión. En él se establecen los principios y los límites que regulan el derecho de acceso a los documentos públicos. En este marco normativo, cada una de las instituciones, órganos y organismos garantizará el acceso a los documentos que obren en su poder introduciendo consideraciones al respecto en sus reglamentos internos. Así lo dispone también la Declaración conjunta relativa al Reglamento 1049/2001 de 30 de mayo, por el cual las tres instituciones acuerdan que las agencias y organismo similares creados por el legislador establecerán normas relativas al acceso a sus documentos, normas que han de ser conformes con las contempladas en el Reglamento 1049/2001. Respecto al resto de los órganos y organismos cuya creación no requiera el ejercicio de competencias legislativas, el Parlamento, el Consejo y la Comisión piden a las citadas entidades que adopten normas internas relativas al

ARANZADI

33. ARREGUI, J., «Problemas de legitimidad democrática, representación y rendimiento de cuentas en el proceso político de la Unión Europea», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 46, (2012), pp. 85-112.

acceso público de los documentos y que tengan en cuenta los principios y límites del citado Reglamento.

Conforme al Reglamento 1049/2001 de 30 de mayo, el derecho se reconoce no sólo a aquellas personas que ostentan la condición de ciudadanos europeos, sino también a toda persona fisca o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un estado miembro de la Unión Europea. Hay que señalar también que no todas las instituciones de la UE están sujetas al principio de acceso a los documentos públicos con la misma intensidad. A tal efecto, el artículo 15 de TFUE señala que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas.

En todo caso, conviene recordar que el derecho de acceso a los documentos oficiales se refiere precisamente a aquellos documentos que no son directamente accesibles por la ciudadanía. Ello es así porque ciertos documentos se publican en versión papel, o formato electrónico, o de las dos formas, y los ciudadanos puedan acceder directamente a los mismos. Así, por ejemplo, el artículo 15 del TFUE establece que el Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por sus reglamentos internos. De esta manera, son documentos de acceso directo las órdenes del día y actas de las reuniones de la Comisión, los dictámenes del Parlamento Europeo sobre las propuestas legislativas presentadas por la Comisión, las órdenes del día de las sesiones del Consejo, de los comités y de los grupos, así como los actos del Consejo cuando éste actúe como poder legislativo[34]. Igualmente, los ciudadanos tienen garantizado el acceso a los documentos de antigüedad superior a 30 años a través de los archivos históricos de las intuiciones[35].

ARANZADI

Por lo que se refiere al resto de los documentos, es decir, aquellos que no pueden ser objeto de acceso directo por parte de la ciudadanía, se establece un procedimiento específico para formular la solicitud, que habrá de

34. Así, por ejemplo, las siguientes bases de datos permiten tener información relativa a los actos legislativos y al procedimiento legislativo de su aprobación: Eur-lex, CELEX, PRELEX, OBSERVATOIRE LEGISLATIF (OEIL). Se trata esta última de una base de datos del Parlamento que analiza el proceso de toma de decisiones de la UE, y que permite seguir la actividad legislativa interinstitucional, así como las actividades de las comisiones parlamentarias y sesiones plenarias. A través de esta base de datos se pueden seguir todas las etapas del procedimiento, así como al texto íntegro de todos los documentos elaborados por el Parlamento.

35. La base de datos ARCHIS (Archivos Históricos) a la que se puede acceder a través de internet contiene las referencias de los documentos depositados en los archivos históricos y el Instituto Universitario de Florencia es el depositario de dichos archivos.

ser siempre por escrito, y que seguirá la tramitación establecida en el Reglamento 1049/2001 de 30 de mayo. Y en este sentido, es necesario destacar el concepto amplio que deriva del término documento y que se deduce ya del artículo 15 del TFUE que incluye cualquier formato o soporte en el que se manifieste la información. Ello incluye correos electrónicos, WhatsApp y cualquier tipo de comunicación que proceda de una institución, órgano u organismo europeo, o de un agente o persona a su servicio, lo que incluye también los titulares de las instituciones[36].

Con todo, ha de señalarse que el acceso a los documentos públicos no es un derecho absoluto, sin que está sujeto a una serie limitaciones que se articulan con la finalidad de proteger otros intereses, tales como los relativos a la seguridad pública, la defensa, la política exterior y de asuntos exteriores o la política económica y financiera y el interés público subyacente a todas estas áreas; la intimidad e integridad de las personas, los intereses comerciales de las personas físicas o jurídicas; los objetivos perseguidos por las actividades de inspección, investigación y auditoría puestos en marcha, o el proceso de toma de decisiones de una institución[37]. La valoración a efectuar cuando se atiende una solicitud de acceso a documentos públicos debe ponderar el interés público en juego, de modo que se permitirá el acceso a un documento cuando su divulgación revista un interés público superior al perjuicio que pudiera causar su divulgación, consideraciones que no serán de aplicación, sin embargo, cuando la divulgación de un documento afecte a la integridad o derecho a la intimidad de las personas.

ARANZADI

36. Así, por ejemplo, la Defensora del Pueblo atendió en 2021 una reclamación presentada por un ciudadano europeo que quería acceder a los mensajes de texto enviados por la Presidenta de la Comisión europea al consejero delegado de una compañía farmacéutica de renombre. Ello dio origen a una investigación iniciada a instancias de la defensora del pueblo en la que su titular solicitó a la Comisión información sobre las medidas adoptadas para conservar los registros de los mensajes de texto y de los mensajes instantáneos relacionados con su actividad, lo que abrió el debate sobre la necesidad de que la Administración de la UE registrara los mensajes de texto y los mensajes instantáneos relacionados con su actividad. En el ámbito de esta investigación, la Defensora del Pueblo también pidió información a ochos instituciones y organismos de la UE sobre las medidas establecidas para documentar los mensajes de texto y los mensajes instantáneosEstas instituciones fueron la Comisión, el Consejo, el Parlamento, la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas, la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, la Agencia Europea del Medicamento, Frontex y el Banco Central Europeo.

37. Los límites del acceso a los documentos se restringen cuando hablamos de documentos emitidos hace de más de 30 años. En este caso, los limites pasan por la protección de la privacidad de las personas, la protección de los intereses comerciales, o la restricción que se establece por razones de interés público para aquellos documentos calificados como confidencial, secreto, o top secret.

En todo caso, ante la denegación de acceso a un documento, que siempre ha de estar motivada, cabe hacer uso de los mecanismos de defensa previstos por el Reglamento de 2001. Entre ellos, cabe la posibilidad de dirigirse nuevamente a la institución para que reconsidere la propuesta, y en caso negativo cabe presentar una reclamación ante el Defensor del Pueblo, o interponer recurso ante el Tribunal General.

2. MECANISMOS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DEMOCRÁTICOS EN LOS SUPUESTOS DE MALA ADMINISTRACIÓN: EL DERECHO A ACUDIR AL DEFENSOR DEL PUEBLO

El Defensor del Pueblo es una de las siete instituciones de la Unión Europea encargado de preservar la democracia europea, al velar por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos por parte de las instituciones comunitarias y el sometimiento de estas a los principios democráticos. A este respecto, hemos de señalar que los sistemas democráticos de gobierno no solo han de reconocer un conjunto de derechos políticos a sus ciudadanos, sino que también deben garantizar que la interacción entre los ciudadanos y los poderes e instituciones públicas se someta a los principios de buena administración[38] y buen gobierno[39]. Debe tenerse en cuenta además que la mayoría de los derechos que constituyen el estatuto jurídico de la ciudadanía se ejercen frente a los poderes públicos, por tanto, el mayor riesgo de vulneración de los mismos proviene de las propias instancias públicas cuando incurren en prácticas de mala administración.

ARANZADI

No es por ello de extrañar que en el entramado institucional comunitario exista precisamente una figura encargada de preservar la integridad de la democracia desde el punto de vista de su salvaguarda de los propios ataques de otras instancias institucionales. La labor del Defensor del Pueblo no es únicamente la de preservar los intereses particulares de los individuos o ciudadanos que acuden a esta institución por vulneración de sus derechos, sin que más allá de ello, el Defensor del Pueblo tiene el papel de preservar la democracia garantizando el respeto de algunos de los principios que constituyen los cimientos democráticos de cualquier sistema de gobierno, dentro de los cuales está el principio de buena administración. Hablamos así de preservar la transparencia y el control democrático en la toma de decisiones y en la gestión de las instituciones comunitarias. Se consideran supuestos de mala administración aquellos en los que las instituciones,

38. ALLUÉ BUIZA, A., «Multiculturalismo y derechos políticos en Europa», *Revista de Derecho de la Unión Europea,* núm. 15, (2008), pp. 14 y ss.

39. JIMENA QUESADA, L., «Perfiles actuales del buen gobierno como imperativo de calidad democrática: una visión desde Europa y España», *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración,*núm.1, (2020), pp. 2953-3880.

órganos u organismos de la UE no respectan los derechos fundamentales de la ciudadanía, las normas jurídicas, o los principios democráticos y de buena administración. Ello incluye aquellos casos en que se ven afectadas la transparencia y la rendición de cuentas; el respeto de los derechos procedimentales; el correcto uso de las facultades discrecionales; el respeto de los derechos fundamentales; la buena gestión financiera y la participación del público en la toma de decisiones de la UE; las irregularidades administrativas; la falta de equidad; la discriminación o el abuso de poder. E igualmente la omisión de respuesta, la denegación del acceso a la información o la demora innecesaria en la concesión de acceso a la misma.

De esta manera, la Oficina del Defensor del Pueblo resuelve las reclamaciones presentadas por las personas, empresas y organizaciones cuando éstas entienden que han sido objeto de mala *praxis* administrativa por parte de las instituciones, pero también tiene un papel proactivo que le permite identificar de oficio supuestos de mala administración con la finalidad de promover buenas prácticas administrativas al identificar los problemas sistémicos de mala administración existentes en las instituciones. Recientemente su estatuto ha sido modificado por el Reglamento 2021/1163 del Parlamento europeo de 24 de junio de 2021 por el que se fijan el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo (Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo) y por el que se deroga la Decisión 94/262. El nuevo Reglamento se elabora partiendo del derecho de iniciativa del Parlamento en esta materia, reconocido por el artículo 228 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La citada norma estable mayores garantías de independencia del Defensor del Pueblo entre las que destaca la previsión de un presupuesto más acorde con las actividades que desarrolla, o un nuevo período de incompatibilidad de dos años para los diputados del Parlamento Europeo que quieran postularse como candidatos. Con esto se trata de proteger la independencia de esta institución, independencia que es crucial para el desarrollo de su función. Igualmente, el Estatuto mantiene las amplias competencias de investigación del Defensor del Pueblo que incluyen la obligación de las instituciones de proporcionarle cualquier información que necesite para el desarrollo de sus pesquisas y codifica muchas de las prácticas de trabajo de la institución durante los últimos años.

ARANZADI

Uno de los derechos más debatido y vulnerados es el derecho de acceso a los documentos, lo que ha dado lugar a un gran núm. de intervenciones por parte de la institución. En general, puede decirse que el acceso a documentos públicos suscita un enorme interés público y ha dado lugar a la presentación de un gran núm. de reclamaciones, lo que obligó a que, en 2018, la Defensora del Pueblo pusiera en marcha un procedimiento acelerado para gestionar de manera más rápida y eficaz este tipo de reclamacio-

nes, procedimiento que se revisó posteriormente en 2021 dado el elevado incremento de quejas relacionadas con la materia. Así, por ejemplo, la Defensora del Pueblo atendió en 2021 una reclamación basada en la queja de un ciudadano europeo que quería acceder a los mensajes de texto enviados por la Presidenta de la Comisión europea al consejero delegado de una compañía farmacéutica de renombre. Ello dio origen a una investigación de oficio en la que se solicitó a la Comisión información sobre las medidas adoptadas para conservar los registros de los mensajes de texto y de los mensajes instantáneos relacionados con su actividad, lo que abrió el debate sobre la necesidad de que las instituciones de la UE registraran los mensajes de texto y los mensajes instantáneos enviados por su personal. En el ámbito de esta investigación, la Defensora del Pueblo también pidió información a ocho instituciones y organismos de la UE sobre las medidas establecidas para documentar los mensajes de texto y los mensajes instantáneos[40].

También se cuestionó el derecho de acceso a documentos públicos cuando la Comisión Europea hizo públicos los contratos que había firmado con compañías farmacéuticas para adquirir vacunas contra el COVID, ya que dichos contratos aparecían censurados. También aquí las reclamaciones presentadas por los ciudadanos dieron lugar a una investigación, como también motivó la intervención de esta figura las reclamaciones presentadas en relación con la Autoridad Bancaria Europea, o Frontex. A raíz de estas investigaciones, y de otras planteadas en el contexto del ejercicio de derecho de acceso a documentos públicos, la institución del Defensor del Pueblo concluyó que el entramado burocrático e institucional que compone la Unión Europea no siempre ha puesto en práctica las propuestas y sugerencias resultado de sus investigaciones, llegando incluso a determinar la existencia de algún supuesto de mala administración, como ocurrió al constatar la negativa de la Comisión a publicar documentos relacionados con la compra de 1,5 millones de mascarillas quirúrgicas que no cumplían con las normas de calidad el vigor.

ARANZADI

También en el marco del principio de transparencia la Defensora del Pueblo se ha dirigido a las instituciones para que faciliten información sobre los gastos y dietas de sus miembros. Así, en 2021, el Comité Económico y Social aceptó mejorar la transparencia a este respecto publicando en su página información y detalles de las normas relativas a reembolsos y dietas, así como información sobre los actos que se celebraran en el extranjero y los gastos ocasionados por los mismos.

40. Estas instituciones fueron la Comisión, el Consejo, el Parlamento, la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas, la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, la Agencia Europea del Medicamento, Frontex y el Banco Central Europeo.

Igualmente, la Institución ha actuado también para tratar de evitar los conflictos de intereses en el seno de las instituciones, cuestión muy relacionada con el llamado «sistema de las puertas giratorias», nombre que define una práctica de los funcionarios y personal comunitario que pasan a ocupar puestos en el sector privado. En definitiva, se trata de hacer compatible el derecho al trabajo con el interés público de que las instituciones europeas funcionen y tomen decisiones basadas en los principios de integridad y rendición de cuentas. Así, la Defensora abrió en 2021 una investigación dirigida a comprobar cómo se habían resuelto por la Comisión las situaciones en que se daban los supuestos de «puertas giratorias», para lo cual se investigaron expedientes comprendidos entre los años 2019 y 2021, los cuales abarcaban un total de catorce direcciones generales. Tras la investigación se instó a la Comisión a adoptar una posición más firme en relación con el tema que todavía no se ha visto reflejado en normas de carácter vinculante.

Siguiendo también sendas reclamaciones, la Defensora del Pueblo investigó el caso de una vicepresidenta española del Banco de Inversiones que pasó a ocupar un puesto de trabajo en una compañía energética que había recibido un préstamo de dicho Banco, así como el paso al sector privado del director ejecutivo de la Agencia Europea de Defensa, que paso a ocupar un puesto como asesor estratégico en Airbus, uno de los principales operadores de la industria de defensa europea. En este último caso, la investigación concluyó recomendando a la Agencia Europea de Defensa que prohibiera que sus altos funcionarios ocuparan puestos en los que pudiera existir conflicto de intereses, recomendación que la citada agencia aceptó, al menos formalmente.

ARANZADI

El principio de buena administración incluye también consideraciones éticas que se engloban en el ámbito del compromiso de buenas prácticas recogido en el Código de Conducta que aplica la Comisión a sus miembros. En el marco de las acciones comprendidas en dicho Código, se planteó igualmente la procedencia de la participación de la Presidenta de la Comisión y de una Vicepresidenta en un video de apoyo a la campaña electoral de un partido político de Croacia. La actuación de la Defensora de Pueblo se inició a resultas de las reclamaciones presentadas por dos organizaciones de la sociedad civil, que le instaban a que se aclarase esta cuestión. La investigación dio lugar al compromiso de la Comisión de elaborar unas directrices que regularan las condiciones de participación de sus miembros en campañas electorales, que a día de hoy todavía no se han aprobado.

La rendición de cuentas en el proceso de toma de decisiones constituye igualmente otro de los principios de buena administración, lo que requiere igualmente de la aplicación del principio de transparencia. En este sentido,

desde la institución del Defensor del Pueblo se han abierto también investigaciones dirigidas a determinar los contactos existentes entre la Comisión y los grupos de presión de la industria del tabaco. Hay que recordar que la UE es parte del Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud. Conforme a dicho convenio los poderes públicos deben evitar que los intereses de estas empresas repercutan negativamente en las políticas de salud pública, de ahí la necesidad de aclarar la existencia y el contenido de las reuniones mantenidas por la Comisión con estos grupos de presión, dado que las direcciones generales no publican en general detalles sobre estos aspectos.

Igualmente, y amparado en una posible vulneración del principio de transparencia, la Oficina inició una investigación dirigida controlar el proceso decisorio seguido por las instituciones europeas en respuesta a la pandemia, lo que pasa por conocer y facilitar al público información sobre los informes, evaluaciones y asesoramiento científico que guio las decisiones adoptadas a este respecto. Y a esta misma finalidad de rendición de cuentas en el proceso de toma de decisiones responde la propuesta de poner a disposición de los ciudadanos los informes sobre los resultados de las consultas celebradas antes de la aprobación de una norma legislativa en la UE. Igualmente, la Defensora del Pueblo sugirió que el Banco Europeo de Inversiones debería hacer pública mucha más información sobre las repercusiones ambientales de los proyectos que financia, así como de los informes técnicos en que se basa para la evaluación de los proyectos.

ARANZADI

Con todo, la eficacia práctica de la institución del Defensor del Pueblo es muy limitada, dado que el resultado de sus investigaciones no tiene carácter vinculante, sino que son meras recomendaciones que una vez al año se hacen públicas a través del informe presentado ante el Parlamento. Estas afirmaciones se constatan si tenemos en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2022, sobre las sospechas de corrupción en relación con Qatar [2022/3012(RSP)], donde el Parlamento establece la necesidad de aumentar la transparencia y la rendición de cuentas en las instituciones europeas. El contenido de la resolución es llamativo si tenemos en cuenta que gran parte de sus disposiciones se refieren a cuestiones sobre las que la Oficina del Defensor del Pueblo ha venido alertando en sucesivos Informes, lo que evidencia el escaso compromiso de las entidades afectadas en aplicar sus recomendaciones.

V. CONCLUSIONES

El sistema de gobierno de las instituciones europeas se configura como una democracia especial en tanto en cuanto está formado por la suma de los ciudadanos y de los estados.

La Unión Europea cumple así con las tres finalidades que caracterizan a todo sistema democrático: garantiza el respeto por una serie de valores que la definen y la respaldan, garantiza una determinada forma de organización y funcionamiento del poder político en sintonía con estos valores y satisface las necesidades de la ciudadanía, dándole participación en los procesos decisorios, bien de forma directa, o indirecta.

Los mecanismos articulados para la integración de los ciudadanos en la democracia europea y los derechos que a este respecto se les reconocen van orientados a cumplir con estos tres requisitos y a lograr que la ciudadanía participe, apoye y ratifique la gestión pública a través de su integración en la democracia europea.

La democracia de la Unión Europea es una democracia transnacional que garantiza ciertos derechos electorales a los ciudadanos europeos, no solo en su país de origen sino también en el país de residencia. De esta manera, los derechos democráticos y electorales que reconocen las normas Europas no solo se circunscriben al ámbito comunitario, sino que alcanzan también al ámbito interno de los estados miembros.

Los derechos electorales de la ciudadanía europea tratan así de equiparar a los ciudadanos europeos desplazados a un estado miembro de la Unión Europea con los nacionales de ese estado. Si la ciudadanía europea forma parte de una misma comunidad política es lógico pensar que los residentes de países comunitarios deban gozar de unos mismos derechos, no solo en el ámbito comunitario, sino también en el ámbito de las comunidades locales donde residen. Y ello aboga también por mantener los derechos electorales ligados a la nacionalidad del ciudadano.

ARANZADI

La salida de Reino Unido de la Unión Europea ha dado lugar a situaciones en las que los ciudadanos británicos han perdido sus derechos políticos, y a la figura de los apátridas electorales, imposibilitados de votar en su propio país, así como en los países donde residen salvo convenio. Esta circunstancia ha sido respaldada por la Sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea C-673/20, de 9 de junio de 2022, como resultado y consecuencia de la salida de Reino Unido de la Unión Europea.

Sin embargo, la coexistencia de una democracia europea y de las democracias internas de los estados miembros no siempre permiten un ajuste perfecto de los mecanismos y garantías electorales, máxime en ausencia de un procedimiento electoral uniforme como el que pretende e artículo 223 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y a la vista de su sustitución de unos mínimos principios comunes de los estados miembros aplicables a las elecciones al Parlamento Europeo.

El carácter fragmentado de la normativa electoral, que, con excepción de unos cuantos principios comunes, resulta de la aplicación de las normas internas de cada uno de los estados, hace que hablemos de una democracia representativa imperfecta donde el Parlamento Europeo se configura como una suma de las representaciones de los estados.

La problemática que deriva de la falta de un procedimiento uniforme se ha puesto de manifiesto con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia sobre el caso Junqueras que pone de manifiesto las consecuencias de la falta de cumplimiento de los requisitos electorales previstos en la legislación interna de cara a la toma de posesión del cargo de diputado en el Parlamento Europeo.

La sentencia señala que la adquisición del mandato parlamentario resulta únicamente del voto de los electores y no puede estar supeditada al ulterior complimiento de formalidad alguna. Sin embargo, la Sentencia del General de la Unión Europea, de 6 de julio de 2022, asunto T-388/19 parece desdecirse de estas consideraciones. La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 31 de enero de 2023, asunto C-158/21, se ha pronunciado sobre la cuestión prejudicial planteada por la justicia española relativa a la denegación de la orden de detención europea por parte de la autoridad judicial de ejecución, que junto con el tema de la inmunidad parlamentaria pendiente de resolver, plantea importantes cuestiones relacionadas con el ejercicio del derecho a participar en los asuntos públicos comunitarios de cara al futuro.

ARANZADI

Pero el modelo de representación democrática europea enfrenta la cuestión de las listas transnacionales europeas, que implicaría la existencia de una única circunscripción europea, la equiparación de todos los sistemas electorales de los estados miembros, así como el desarrollo de partidos políticos de corte supranacional, o transnacional. El predominio de los estados en el funcionamiento de la democracia representativa europea ha restado protagonismo a los partidos políticos como verdaderos impulsores de las elecciones democráticas europeas, lo que, unido a las reticencias de los estados a unificar, o siquiera armonizar su legislación electoral, hace inviable cualquier pretensión de futuro e en este sentido, al menos por el momento. Igualmente, se hace patente la necesidad de articular un mecanismo de elección de la presidencia de la Comisión que establezca un vínculo con los ciudadanos y acentúe la legitimidad de este cargo institucional.

En base a todas estas carencias, las instituciones europeas han estado haciendo esfuerzo para incrementar la participación de los ciudadanos, no solo por medio de la democracia representativa, sino también recurriendo

a otros mecanismos más directos de participación. Las innovaciones basadas en la democracia participativa están íntimamente relacionadas con un intento de mejorar la democracia y hacer frente a los retos que en este momento encara la UE. Consultas públicas e iniciativa ciudadana, así como la promoción del diálogo con los ciudadanos son solo unos pocos ejemplos.

La articulación de este tipo de mecanismos supone admitir que en la elaboración de las normas comunitarias no basta con tener en cuenta la opinión de la ciudadanía, expresada a través de sus representantes, sino que es necesaria, o al menos conveniente, su participación directa y activa en el proceso, promoviendo una mayor interacción con los poderes públicos. Sin embargo, la eficacia práctica de estos mecanismos es muy cuestionable, ante unas instituciones europeas que no han terminado de desarrollar los resortes jurídicos para su funcionamiento.

Finalmente, señalar que la participación e interacción con los cuídanos requiere también el ejercicio de otros derechos que son presupuesto y condición indispensable para que dicha participación sea realmente efectiva y entre ellos el derecho a la información y el acceso a documentos públicos, que constituyen el colofón al derecho a una buena administración y a través de los cuales se hacen efectivos principios democráticos como la transparencia que aseguran la efectiva rendición de cuentas por parte de los poderes públicos.

ARANZADI

Los sistemas democráticos de gobierno no solo han de reconocer un conjunto de derechos políticos a sus ciudadanos, sino que también deben garantizar que la interacción entre los ciudadanos y los poderes públicos e instituciones públicas se someten a los principios de buena administración, dado el riesgo de vulneración de los mismos por parte de las propias instancias públicas.

Los mecanismos de defensa de los derechos democráticos y los asuntos sometidos a ellos, ponen de manifiesto como preservar la transparencia y el control democrático en la toma de decisiones y en la gestión de las instituciones democráticas, pasa en muchos caos por resolver las quejas de los ciudadanos cuando las instituciones europeas incurran en supuestos de mala administración que dificultan o impiden el ejercicio de los derechos de integración e interacción de los ciudadanos europeos en la democracia comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E. Y MOYA, D., El derecho de sufragio de los extranjeros residentes, en Aja, E., *La inmigración en la encrucijada*. Consejo Superior de Cámaras

de Comercio, Diputació de Barcelona, Fundació Jaume Bofill, Fundación José Ortega y Gasset, Institut de Dret Públic y Unicaja, 2008, pp. 64-81.

ÁLVAREZ CONDE, E.; ARNALDO ALCUBILLA, E. «De nuevo sobre el procedimiento electoral uniforme». *Revista de Estudios Políticos* (1994) núm. 86, pp. 39-69.

ANASTASSOPOULOS, G., Procedimiento electoral uniforme o principios comunes para las elecciones al Parlamento europeo, en Saavedra Ruiz, P y Castro García, C. (coord.), *La democracia paritaria en la construcción europea,* Cáceres: Coordinadora Española del Lobby Europeo de Mujeres, 2000.

ARREGUI, J., «Problemas de legitimidad democrática, representación y rendimiento de cuentas en el proceso político de la Unión Europea», *Cuadernos europeos de Deusto,* núm. 46 (2012), pp. 85-112.

ALLUÉ BUIZA, A., «Multiculturalismo y derechos políticos en Europa», *Revista de Derecho de la Unión Europea,* núm. 15 (2008), pp. 11-25.

ASTOLA MADARIAGA, J., «De la legitimidad democrática de la Unión Europea y de la legitimación democrática de sus decisiones: una reflexión sobre el proyecto de Constitución europea», *Teoría y realidad constitucional*, 15 (2005), pp. 201-234.

BELLIDO BARRIONUEVO, M., «La iniciativa ciudadana europea: una oportunidad para los ciudadanos y las instituciones europeas», *Revista española de Derecho europeo*, núm. 51 (2014), pp. 45-78.

CHICO ZAMILLO, D., «Los procedimientos electorales en las elecciones al Parlamento europeo», *Revista de las Cortes Generales,* núm. 57 (2002), pp. 135-178.

DÍEZ-PICAZO, L., «Sobre la ciudadanía europea», *Anuario de derecho civil*, núm. 54, 4 (2001), pp. 1355-1370.

FUENTE CABERO, I., «El papel de los parlamentos nacionales en la Unión Europea», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* núm. 11 (2004), pp. 98-124.

GARCÍA GARCÍA, M. J., «El sistema electoral europeo: cuando el todo no equivale a la suma de las partes», *Revista de Estudios Europeos,* núm. 74 (2019), pp. 3-29.

JIMENA QUESADA, L., «Perfiles actuales del buen gobierno como imperativo de calidad democrática: una visión desde Europa y España», *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración,*núm.1 (2020), pp. 2953-3880.

ARANZADI

LIÑÁN NOGUERAS, D., «La ciudadanía europea: una cuestión abierta», *Teoría y realidad constitucional* [Ejemplar dedicado a: La integración política de Europa, núm. 32 (I)] (2013), pp. 357-372.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., Derecho de sufragio de los residentes comunitarios en las elecciones al Parlamento europeo y Constitución española. *Comunicación presentada en las IV Jornadas de Derecho Parlamentario*, Valladolid. 1993.

MEDINA ORTEGA, M., «El problema de la democracia en la Unión Europea», *Revista española de relaciones internacionales*, núm. 6 (20014), pp. 9-45.

MEDINA ORTEGA, M., «Los ciudadanos europeos y la secesión de territorios en la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25 (2013), pp. 69-86.

MELLADO PRADO, P., «El derecho de sufragio en las elecciones municipales y europeas: las resistencias a la armonización de las legislaciones nacionales», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 27 (2014), pp. 281-300.

MUÑOZ MACHADO, S., «Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la administración», *Revista de Administración Pública,* núm. 84 (1977), pp. 519-536.

ARANZADI

OLIVER LEÓN, B., «El derecho de sufragio como elemento estructural de la ciudadanía europea» *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 4 (2005), pp. 197-218.

RALLO LOMBARTE, A., «Los derechos de los ciudadanos europeos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (Ejemplar dedicado a: XIII Congreso de la asociación española de Teoría del Estado y Derecho Constitucional), núm. 24 (1994), pp. 252-276.

RÍOS SIERRA, J., «La cuestión del procedimiento electoral uniforme para el Parlamento Europeo: pasado, presente y futuro», *Revista Universitaria europea,* núm. 14 (2011), pp. 39-70.

RODRÍGUEZ, A., «Los electores comunitarios en España: dificultades de registro y propuestas de reforma en el procedimiento de inscripción en el censo electoral de los ciudadanos de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Constitucional,* núm. 4 (2007), pp. 3-24.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «El principio de participación en la Constitución Española». *Revista de Administración pública*, núm. 89 (1989), pp. 171-205.

SANTOLAYA, P., REVENGA SÁNCHEZ, M., Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

SIERRA RODRÍGUEZ, J., La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2019.

TARDÍO PATO, J. A., «La denominada democracia participativa como género distinto de la democracia directa y de la democracia representativa», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 21 (2021), pp. 203-272.

ARANZADI

ARANZADI

Capítulo IV

El parlamento europeo y el valor de la democracia. Un análisis de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la elección de diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo de 2022 [1]

María Torres Pérez
Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Internacional «Adolfo Miaja de la Muela», Universitat de València. (ORCID ID. https://orcid.org/0000-0003-4829-1380)

ARANZADI

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL VALOR DE LA DEMOCRACIA EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA. II. EL PARLAMENTO EUROPEO COMO REFLEJO INTERNO DEL VALOR DEMOCRÁTICO: LAS ELECCIONES POR SUFRAGIO DIRECTO Y EL AUMENTO COMPETENCIAL. *1. Los primeros tratados constitutivos. 2. La primera ampliación de Estados miembros y la Decisión y el Acta relativos a la elección de los representantes de la Asamblea por sufragio universal directo. 3. El Acta Unica Europea de 1986. 4. El Tratado de la Unión Europea de 1992. 5. Los Tratados de Ámsterdam de 1997 y Niza de 2000. 6. El Tratado de Lisboa de 2007.* III. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL CONSEJO RELATIVO A LA ELECCIÓN DE DIPUTADOS AL PARLAMENTO EUROPEO POR SUFRAGIO UNIVERSAL DIRECTO DE 2022.

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco del ERASMUS-JMO-2022-MODULE, 101085406-EU GLOBAL, financiado por la Agencia Europea de Educación y Cultura (EACEA), Programa Erasmus+. Las opiniones y puntos de vista expresados solo comprometen a su autora y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o los de la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura (EACEA). Ni la Unión Europea ni la EACEA pueden ser considerados responsables de ellos.

I. INTRODUCCIÓN. EL VALOR DE LA DEMOCRACIA EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA

A lo largo de su historia de integración, la Unión Europea[2] ha evolucionado desde una cooperación económica y comercial hacia un proyecto político más profundo que busca promover la paz, la estabilidad y la prosperidad en Europa. En este contexto, el valor de la democracia se ha situado en un papel central, reflejándose en distintos aspectos no sólo del propio diseño institucional sino también en los instrumentos de participación ciudadana y definición de valores y principios de la UE. Tal papel central ha sido subrayado tanto por los tribunales constitucionales nacionales[3] como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[4] en numerosas sentencias que, a lo largo de los años, han contribuido a desarrollar el concepto de democracia en el marco europeo.

Tal valor forma parte, pues, de la base de la construcción europea y, como se reconocía en la Conferencia sobre el Futuro de Europa, sobre las recomendaciones ciudadanas emanadas del Panel 2 «Democracia europea/Valores y derechos, Estado de Derecho y seguridad», Europa necesita una Unión más democrática, ya que su futuro descansa sobre sus valores[5].

Tal es así que la Comisión en 2019, entre sus estrategias para el período 2019-2024 establecía como fundamental el dotar de impulso a la democracia europea, potenciando, protegiendo y consolidando nuestra democracia, como valor común[6]. En el marco de tal estrategia, la Comisión publicaba en 2020 su Plan de Acción para la Democracia Europea[7], en el que se reconocía

ARANZADI

2. En adelante, UE.
3. Baste recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht de 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89, 115, publicada en castellano en R.I.E. 3/1993, pp. 975-1030 y que fue objeto del artículo traducido por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht», escrito por TORSTEN STEIN, en la que se concluía «que las bases democráticas de la Unión han de ser completadas paralelamente a la integración, de tal manera que con los avances en el proceso de integración también se consiga mantener en los Estados miembros una democracia viva».
4. En adelante, TJUE.
5. Propuesta 38 del Informe Final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa. P. 81 del Consejo de la Unión Europea, Secretaría General del Consejo, *Conference on the Future of Europe, Report on the final outcome*, Mayo 2022, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2022, https://data.europa.eu/doi/10.2861/607246
6. Orientaciones Políticas para la próxima Comisión Europea, disponibles en https://commission.europa.eu/system/files/2020-04/political-guidelines-next-commission_es_1.pdf
7. COM(2020) 790 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea, de 3 de diciembre de 2020. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0790

como «*La organización de elecciones nacionales es una competencia de cada Estado miembro apoyada en normas internacionales, con algunas cuestiones, como la protección de datos, que se rigen por el marco más amplio del Derecho de la UE. Las elecciones al Parlamento Europeo y los derechos de voto de los ciudadanos móviles de la UE están regulados por legislación específica de la UE, aunque la mayoría de los aspectos relevantes para el proceso electoral siguen dependiendo de la legislación de cada país. La experiencia del período previo a las elecciones al Parlamento Europeo de 2019 demostró que una mayor coordinación y cooperación a nivel nacional y de la UE pueden aportar una contribución esencial en este sentido*».

El objeto del presente capítulo, sin embargo, se sitúa en la democracia interna de la organización y su reflejo en la institución que, desde su origen, se ha posicionado como reflejo de tal democracia; a saber, el Parlamento Europeo. A lo largo de este capítulo, analizaremos los cambios producidos en el Parlamento Europeo desde su constitución en el primer tratado constitutivo hasta la actual propuesta de reforma, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la elección de diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo de 2022, con el fin de comprobar si ese valor democrático sigue estando en el centro de su construcción y ejercicio de sus poderes en la organización regional que nos ocupa, ya que, según ha afirmado el propio Parlamento Europeo, es necesario dotar a la institución de un procedimiento electoral auténtico, uniforme y europeo para que tal principio pueda desarrollarse de un modo efectivo.

ARANZADI

II. EL PARLAMENTO EUROPEO COMO REFLEJO INTERNO DEL VALOR DEMOCRÁTICO: LAS ELECCIONES POR SUFRAGIO DIRECTO Y EL AUMENTO COMPETENCIAL

1. LOS PRIMEROS TRATADOS CONSTITUTIVOS

El Parlamento Europeo actual no se parece en mucho a la primera de las asambleas en las que ancla sus raíces; a saber, la Asamblea General o Común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero puesta en marcha a través de su tratado constitutivo de 1951[8].

Según la regulación contenida en los artículos 20 a 25 del Tratado CECA, la denominada Asamblea ejercería el poder de control regulado en el Tratado, estando compuesta por representantes de los pueblos de los Estados miembros (en ese momento, seis Estados). En concreto, el tratado preveía que estaría compuesta por delegados que los Parlamentos a designar de entre sus miembros una vez al año (sistema de representación indirecta), o

8. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Acero y del Carbón (CECA), firmado el 18 de abril de 1951 y cuya entrada en vigor se produjo el 23 de julio de 1952. En adelante, Tratado CECA.

elegidos por sufragio universal directo, según el procedimiento establecido por cada Estado miembro. El número de estos delegados se fijaba de la siguiente manera: Alemania, Francia, e Italia tendrían 18 representantes; Bélgica y Países Bajos, 10; y, finalmente, 4 representantes en el caso de Luxemburgo.

Como es de observar, pues, desde su primera configuración, los Estados miembros tuvieron en cuenta la posibilidad de elección por sufragio universal directo, cuyas normas y procedimiento, sin embargo, determinaría cada Estado miembro. La dificultad fundamental para establecer dicho sistema electoral uniforme residía en las diferentes tradiciones constitucionales que existían en los Estados miembros.

Respecto a sus sesiones, se establecía que la Asamblea celebraría una sesión anual, reuniéndose el segundo martes de mayo, pudiéndose convocar sesiones extraordinarias a petición de la Junta Directiva, la Alta Autoridad o la mayoría de los miembros de la propia Asamblea.

El poder de control se concretaba en el debate del informe general a presentar anualmente por la Alta Autoridad y en la regulación del instrumento de moción de censura sobre el informe.

Esta Asamblea Común permaneció sin cambios únicamente 6 años, ya que los tratados constitutivos de las nuevas comunidades europeas, la Comunidad Económica Europea (arts. 137 a 144)[9], por un lado, y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (arts. 107-114)[10], por otro, la ampliaron a las tres comunidades. Tal ampliación supuso también la ampliación de sus integrantes que pasaban a ser 142 miembros[11].

ARANZADI

Sin embargo, las nuevas Comunidades no sólo supusieron cambios formales, sino que la Asamblea adquirió un nuevo poder sustantivo: el poder de deliberación. Junto a los poderes de control del informe general de la Comisión y la nueva regulación de la moción de censura sobre su gestión, la Asamblea tendría que ser consultada sobre cualquier propuesta de reglamento, directiva o decisión presentada por la Comisión para su adopción por el Consejo. La Asamblea también debía ser consultada, según el nuevo diseño institucional, sobre la celebración de acuerdos entre la Comunidad

9. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), firmado el 25 de marzo de 1957 en Roma y que entró en vigor el 1 de enero de 1958. En adelante, Tratado CEE.

10. Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), firmado el 25 de marzo de 1957 en Roma y que entró en vigor el 1 de enero de 1958. En adelante, Tratado EURATOM.

11. La división de representantes entre los Estados miembros se establecía del siguiente modo: Alemania, Francia e Italia tendrían 36 representantes cada uno, Bélgica y Países Bajos, 14 representantes cada uno, y finalmente, Luxemburgo contaría con 6.

y uno o varios Estados o una organización internacional, y la aplicación de la cláusula de imprevisión del art. 235. Junto con ello, la Asamblea tenía derecho a conocer del proyecto de presupuesto elaborado por el Consejo, presentar modificaciones tras las correspondientes deliberaciones sobre el mismo, y aprobarlo.

La Asamblea se convierte, por tanto, en el órgano consultivo por definición dentro de la estructura institucional.

Al mismo tiempo, se le encargaba a la propia Asamblea en el texto de los Tratados constitutivos de 1957 una cuestión de vital importancia, la elaboración de propuestas relativas a las elecciones por sufragio universal directo con arreglo a un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros[12].

La nueva Asamblea se reunió por primera vez el 19 de marzo de 1958 en Estrasburgo, con una nueva denominación, Asamblea Parlamentaria Europea, y un Presidente Ilustre, el Sr. Robert Schuman. No será hasta el 30 de marzo de 1962 cuando pasará a autodenominarse «Parlamento Europeo»[13].

En octubre de 1958, constituido el grupo de trabajo al efecto en el marco de la Comisión de Asuntos Políticos y Cuestiones Institucionales de la Propia Asamblea, comenzaron a elaborarse propuestas para la elección de sus miembros por sufragio universal, que se veían bloqueadas de forma continua. Finalmente, en marzo de 1960, el grupo de trabajo presentó un proyecto de convenio relativo a la elección de la Asamblea Parlamentaria Europea por sufragio universal directo, que fue aprobado por unanimidad. Y aunque el informe sentaba las bases para la elección por sufragio universal directo, no proponía un sistema uniforme para tal elección[14].

ARANZADI

12. Tal propuesta debía ser posteriormente adoptada por el Consejo en unanimidad, recomendando a los Estados miembros su adaptación conforme a las legislaciones nacionales.
13. La denominación no será oficial hasta el Acta Única Europea de 1986.
14. El sistema uniforme fue objeto de numerosos proyectos entre 1960 y 1975, siendo el último de ellos el elaborado por el Sr. Patijn. Disponible en https://aei.pitt.edu/5184/1/5184.pdf

2. LA PRIMERA AMPLIACIÓN DE ESTADOS MIEMBROS Y LA DECISIÓN Y EL ACTA RELATIVOS A LA ELECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LA ASAMBLEA POR SUFRAGIO UNIVERSAL DIRECTO

Sin embargo, la primera de las ampliaciones de los Estados miembros producida en 1973[15] supuso la reactivación de los esfuerzos por lograr el cambio en el método de elección de los miembros del Parlamento Europeo que ya se situaban en 198. Reunidos en París en 1974, los nueve Estados miembros de las Comunidades declaraban que «*(...) el objetivo fijado por el Tratado, de elección por sufragio universal de la Asamblea debería ser realizado lo más rápidamente posible. Sobre este punto, esperan con interés las proposiciones de la Asamblea, las cuales desean que el Consejo instituya en 1976. En esta hipótesis, la elección por sufragio universal directo debería realizarse a partir de 1978. La Asamblea está asociada al desarrollo de la construcción europea, y los jefes de gobierno no dejarán de tomar en consideración las opiniones que le pidieron que expresara a este respecto en octubre de 1972*»[16].

Ante tal muestra de interés y con el Proyecto de 1975 como base, el 20 de septiembre de 1976 se firmaron la Decisión y el Acta relativos a la elección de los representantes de la Asamblea por sufragio universal directo[17], legislación marco que no contemplaba, sin embargo, un procedimiento electoral uniforme, sino que se remitía a las disposiciones nacionales al respecto.

ARANZADI

El Acta establecía, por tanto, la elección de los miembros del parlamento por sufragio universal directo, libre y secreto, a través de un sistema proporcional. Su texto apuntaba la posibilidad de que los Estados miembros permitieran la votación de listas con voto de preferencia, según las modalidades que estimaran convenientes. Igualmente, se permitía a los Estados miembros la constitución de circunscripciones para estas elecciones o el establecimiento de otras subdivisiones electorales, sin que ello pudiera desvirtuar, sin embargo, el carácter proporcional del sistema electoral.

---

15. El 1 de enero de 1973 se producía la publicación del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de Dinamarca, de la República de Irlanda, y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
16. Punto 12 de la Declaración General emanada de la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países de la CEE, de 10 de diciembre de 1974. Disponible en http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/europa/introduccion/paris1974.htm
17. Tras su ratificación por todos los Estados miembros, el Acta entró en vigor en julio de 1978. Las primeras elecciones se celebraron los días 7 y 10 de junio de 1979. El Acta se encuentra disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41976X1008(01). La conocida como Acta Electoral ha sido modificada por la Decisión 2002/772/CE, Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2002 y de 23 de septiembre de 2002 (1), y por la Decisión (UE, Euratom) 2018/994 del Consejo, de 13 de julio de 2018.

El Acta también permitía a los Estados miembros el establecimiento de un umbral mínimo para la atribución de escaños, aunque no superior al 5% de los votos válidos emitidos.

Con esta base, las primeras elecciones de representantes por sufragio universal directo se producían en 1979 en la que se elegirían 410 miembros del Parlamento Europeo[18]. Ese nuevo Parlamento (1979-1984) se encargó de seguir su cometido en relación con el estudio y elaboración de propuestas sobre un procedimiento electoral uniforme, que, sin embargo, volvió a verse detenido en el Consejo[19].

Tampoco abandonó su cometido el siguiente de los Parlamentos electos (1984-1989)[20], que encargaría un nuevo proyecto al Sr. Bocklet que se decantaba por alcanzar el objetivo de uniformidad en los elementos esenciales por etapas. Visto el interés que tal desarrollo producía, la Comisión, en su formación de Asuntos Políticos y en su formación de Asuntos Jurídicos decidió la formación de un grupo de trabajo mixto que avanzara en un proyecto que posteriormente se presentaría ante el Parlamento.

Las primeras reuniones del intergrupo se produjeron entre marzo y julio de 1986, y en ellas se alcanzaron una serie de acuerdos de principios que fue ultimándose hasta presentar un texto en diciembre de 1986, a las puertas del Acta Única Europea.

ARANZADI

3. EL ACTA ÚNICA EUROPEA DE 1986

El procedimiento de integración y ampliación continuaba vivo[21] y el Acta Única Europea de 1986[22] no sólo variará definitivamente la denominación oficial del ya Parlamento Europeo, sino que ampliará sus poderes legislativos al introducir los conocidos como procedimientos de dictamen

18. Los datos sobre dicho período pueden consultarse en https://www.europarl.europa.eu/election-results-2019/es/escanos-grupo-politico-pais/1979-1984/sesion-constitutiva/
19. El 10 de marzo de 1982 el Parlamento aprobaba el conocido como Informe Seitlinger que proponía un sistema proporcional con aplicación del método d'Hondt, circunscripciones plurinominales y ningún umbral. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1982_087_R_0055_01
20. La información sobre dichas elecciones puede encontrarse en https://www.europarl.europa.eu/election-results-2019 / es / escanos-grupo-politico-pais / 1984-1989 / sesion-constitutiva/
21. La segunda ampliación se produjo en 1981 con la entrada de Grecia quien pasó a designar 24 representantes. Con las siguientes elecciones por sufragio directo, las producidas en octubre del 1984, el Parlamento pasó a contar con 434 miembros.
22. El Acta Única Europea es la culminación de la primera de las conferencias intergubernamentales que se celebrarán en el marco de la Unión. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:11986U/TXT

conforme y de codecisión. Estos poderes ya se habían visto ampliados en 1971 con el Tratado de Luxemburgo en relación con la aprobación del presupuesto[23], y reforzados en 1975 mediante el Tratado de Bruselas[24].

Las distintas ampliaciones a nuevos Estados miembros supusieron, pues, la ampliación del número de sus miembros que, en 1986, con la entrada en vigor del Acta Única Europea se situaba en 518, con la incorporación de los diputados españoles y portugueses.

A pesar del trabajo realizado al final de la etapa anterior por el Grupo de Trabajo, no se llegó a plantear propuesta alguna para aplicarla a las elecciones que se celebrarían en junio de 1989[25].

Tras las mismas, se designó un nuevo ponente que tardaría más de tres años en elaborar un nuevo proyecto, constituyéndose un grupo de trabajo informal en el seno de la Comisión de Asuntos Institucionales. El Proyecto de 1991 fue aprobado en 1993[26], con la armonización de una serie de principios comunes:

> *«a) El reparto de escaños para la elección de los diputados al Parlamento Europeo se efectuará con arreglo a un sistema de representación proporcional, teniendo en cuenta los votos emitidos en todo el territorio del Estado miembro,*
>
> *b) La elección se llevará a cabo por medio de listas válidas bien para todo el territorio de un Estado miembro bien para regiones o circunscripciones electorales plurinominales,*
>
> *c) Cuando un Estado miembro aplique el sistema de elección por circunscripciones uninominales sólo podrán atribuirse como máximo las dos terceras partes de los escaños que correspondan a dicho Estado miembro en estas circunscripciones uninominales; el resto de los escaños de dicho Estado miembro se atribuirán de forma que la distribución global de los mandatos de este Estado miembro corresponda proporcionalmente al total de votos emitidos,*
>
> *d) Los Estados miembros podrán prever, para la elección por medio de listas, uno o varios votos preferentes,*

ARANZADI

23. Tratado que modifica determinadas disposiciones presupuestarias, DO L 2 de 2 de enero de 1971, p. 1/12, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11970F/TXT
24. Tratado que modifica determinadas disposiciones financieras, DO L 359 de 31.12.1977, p. 1/19, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11975R/TXT
25. Los datos sobre las elecciones celebradas en 1989 para el período 1989-1994 se encuentran disponibles en https://www.europarl.europa.eu/election-results-2019/es/resultados-elecciones/1994-1999/sesion-constitutiva/
26. Resolución A3-0381/92, Sesión de 10 de marzo de 1993, DO C de 23 de marzo de 1993, p. 121 y ss., disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1993_115_R_0066_01

e) Los Estados miembros tendrán la posibilidad de fijar para la atribución de los escaños un umbral mínimo entre el 3% y el 5% de los votos emitidos,

f) Los Estados miembros podrán prever disposiciones especiales limitadas para tomar en consideración particularidades regionales; estas disposiciones especiales no podrán poner en tela de juicio el principio de representación proporcional».

4. EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA DE 1992

En esta situación, el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992[27] supuso una nueva vuelta de tuerca que aumentaba los poderes del Parlamento Europeo, ampliando los ámbitos del procedimiento de codecisión y ampliando los de cooperación. El Parlamento Europeo sería, si la integración progresaba, el colegislador[28]. Pero, tal facultad no sería la única, ya que su facultad de control política que se había mantenido en la moción de censura también se veía ampliada con la aprobación de la composición definitiva de la Comisión. El Tratado de la UE pretendía, como señalaba su preámbulo, constituir una nueva etapa en el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, organizando de manera coherente y solidaria sus relaciones y reforzando la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros a través de la creación de una ciudadanía de la Unión.

ARANZADI

La Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993[29], 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, vino a solucionar los problemas que, de orden práctico, se planteaban respecto del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia, en aplicación del principio de no discriminación entre nacionales y no nacionales y el derecho de libre circulación y residencia contemplado en el artículo 8 A del Tratado CE. Completaba así la reglamentación común sobre las elecciones al Parlamento Europeo.

La unificación alemana consiguió que se adaptara la composición del Parlamento Europeo para reflejar la evolución demográfica, pasándose en

27. Tratado de la Unión Europea, DO C 191 de 29.7.1992, p. 1/112, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT
28. Sobre la importancia del Tratado de Maastricht en la construcción europea, véase: https://www.consilium.europa.eu/en/maastricht-treaty/
29. DOUE-L-1993-82232.

junio de 1994 de 518 a 567 diputados[30]. La cuarta ampliación supuso que el número total de diputados al Parlamento Europeo pasara a 626, respetándose el sistema de reparto equitativo propuesto en la citada Resolución para los nuevos Estados miembros[31].

Los nuevos poderes del Parlamento enunciados en el Tratado de Maastricht se pusieron de manifiesto tras las elecciones de 1994[32], en las que el Parlamento elevó la propuesta aprobada en 1993 a los Estados miembros para su consideración. Sin embargo, tal requerimiento fue rechazado por el Consejo en 1995. La idea de preparar un nuevo informe surgió en la Conferencia de Presidentes de 1997, autorizándose a la Comisión de Asuntos Institucionales a presentar un informe sobre la elaboración de un proyecto de procedimiento electoral fundado en principios comunes para la elección de los diputados al Parlamento Europeo.

5. LOS TRATADOS DE ÁMSTERDAM DE 1997 Y NIZA DE 2000

El Tratado de Amsterdam aprobado en 1997[33] sorprendió con la modificación del art. 138 del TUE, según el cual se encargaba al Parlamento Europeo la elaboración de un proyecto encaminado a hacer posible su elección por sufragio universal directo, de acuerdo con un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros. Junto a la previsión relativa a dicho procedimiento uniforme, el Tratado de Ámsterdam limitará el número máximo de diputados a 700, extenderá el proceso de codecisión y dotará al Parlamento de la facultad de investir al Presidente de la Comisión.

ARANZADI

Sin embargo y a pesar de tal impulso, el Parlamento no logró modificar el procedimiento electoral, pronunciándose repetidamente al respecto.

La Conferencia reunida en Niza en el año 2000 propuso una nueva distribución de escaños que se aplicaría a las elecciones de 2004, elevando el límite de los 700 miembros a 732.

---

30. Resolución de 10 de junio de 1992, A3-0186/92, disponible en https://ec.europa.eu/dorie/fileDownload.do;jsessio-nid=8RWtRHQBhhnszVnv2Sbnh2b396KXN3pBTJFhFtsLnY5zsWz2cXp2!-687982831?docId=469237&cardId=469237
31. Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de Noruega, de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia y a las adaptaciones de los Tratados en los que se basa la Unión Europea, DO C 241 de 29.8.1994, p. 9/404.
32. Los resultados electorales de las elecciones celebradas en 1994, para el período 1994-1999, pueden consultarse en https://www.europarl.europa.eu/election-results-2019/es/resultados-elecciones/1994-1999/sesion-constitutiva/
33. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea según el texto aprobado en Ámsterdam en 1997, DOCE C-340/145 de 10 de noviembre de 1977, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997M/TXT

Aumento gradual de competencias

Mediante la ampliación del procedimiento de codecisión a la mayor parte de los ámbitos legislativos y la reforma de dicho procedimiento, el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, convirtió al Parlamento en órgano colegislador en pie de igualdad con el Consejo. Al someter a su aprobación previa el nombramiento del presidente de la Comisión, reforzó todavía más su control sobre el Ejecutivo. El Tratado de Niza amplió aún más el alcance del procedimiento de codecisión.

El Tratado de Niza, que modificaba el TUE, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (TCE) y algunos actos conexos, se firmó el 26 de febrero de 2001 y entró en vigor el 1 de febrero de 2003. El objetivo de este nuevo Tratado era reformar la estructura institucional de la Unión para hacer frente a los retos de la futura ampliación. Las competencias legislativas y de supervisión del Parlamento aumentaron y, en el Consejo, se amplió la votación por mayoría cualificada a nuevos ámbitos (1.1.4).

6. EL TRATADO DE LISBOA DE 2007

El Tratado de UE y el Tratado de Funcionamiento de 2007 reforzaron de forma destacada el papel del Parlamento Europeo, no sólo al convertir el procedimiento legislativo ordinario en el más habitual, sino por la dicción del artículo 14 del TUE, según el cual *«El Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de control político y consultivas, en las condiciones establecidas en los Tratados. Elegirá al presidente de la Comisión».*

ARANZADI

Hoy en día, los principios generales aplicables a las elecciones al Parlamento Europeo[34] se resumen en las siguientes normas comunes:

1) El reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo para todos los ciudadanos de la Unión ya sea en su Estado de nacionalidad ya sea en su Estado de residencia del que no sean nacionales (artículo 22.2 TFUE).

2) El establecimiento de una barrera electoral mínima obligatoria en aquellas circunscripciones en las que se repartan más de 35 escaños, no pudiendo la misma ser inferior al 2% ni superior al 5% de los votos válidos emitidos en la circunscripción.

34. En concreto, estos principios serán aplicables a las elecciones a celebrar durante el mes de mayo de 2024.

3) La existencia de un régimen común de incompatibilidades referidas a la participación del europarlamentario en otras instituciones del gobierno nacional o de las instituciones europeas.

4) La inexistencia de una fecha común para todos los Estados miembros respecto a la celebración de las elecciones al Parlamento Europeo. La reglamentación hasta ahora aplicable simplemente prevé cada Estado miembro fijará, dentro de un período común, la fecha concreta, debiendo esta empezar entre el jueves por la mañana y terminando el primer domingo siguiente. Ningún Estado miembro podrá hacer públicos de forma oficial los resultados hasta después de cerrada la votación en el Estado miembro cuyos electores hayan sido los últimos en votar.

5) Una vez proclamados los resultados, los miembros del Parlamento Europeo adquirirán tal condición desde que el órgano designado en la normativa electoral nacional a tal efecto de por definitivos los resultados electorales[35].

Con la adhesión de Bulgaria y Rumanía el 1 de enero de 2007, el número de escaños del Parlamento se elevó a 785 de forma provisional, reduciéndose de nuevo tras las elecciones de 2009. Como el Tratado de Lisboa había fijado un número máximo de 751 para la 7ª legislatura 2009-2014 se sumaron 18 diputados a los 736 elegidos, tras la ratificación por los Estados miembros de un Protocolo de enmienda aprobado en el marco de la Conferencia intergubernamental celebrada el 23 de junio de 2010. Tras la adhesión de Croacia el 1 de julio de 2013, el número máximo de escaños ascendió

ARANZADI

35. Según declaraba el TJUE en la Sentencia de 19 de diciembre de 2019, C-502/19, al respecto, «*(s)e desprende de estas disposiciones, en su conjunto, que, en el estado actual del Derecho de la Unión, los Estados miembros siguen siendo competentes, en principio, para regular el procedimiento electoral y para proceder, al término de este procedimiento, a la proclamación oficial de los resultados electorales. Por su parte, el Parlamento Europeo no dispone de ninguna competencia general que le permita cuestionar la conformidad a Derecho de la proclamación de estos resultados o controlar su adecuación al Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2009, Italia y Donnici/Parlamento, C-393/07 y C-9/08, EU:C:2009:275, apartados 55 a 57, 60 y 67). Además, de estas mismas disposiciones resulta que al "tomar nota" de los resultados electorales proclamados oficialmente por los Estados miembros, el Parlamento Europeo necesariamente da por hecho que las personas que han sido oficialmente proclamadas electas han pasado a ser, por ello, miembros del Parlamento Europeo, razón por la cual le corresponde ejercer su competencia respecto de aquellos, verificando sus credenciales. Como ha señalado el Abogado General en el punto 70 de sus conclusiones, estas disposiciones deben interpretarse, por lo tanto, en el sentido de que la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo, a efectos del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, se produce por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros*». ECLI:EU:C:2019:1115.

de nuevo temporalmente a 766 para acoger a los 12 diputados de este país, volviéndose a reducir de nuevo para las elecciones de 2014 a 751 y revisándose su distribución tras la retirada del Reino Unido, que entró en vigor el 1 de febrero de 2020 (1.3.3).

Las próximas elecciones tendrán lugar del 6 al 9 de junio de 2024. En la actualidad, la edad mínima para votar está fijada en 16 años en Austria, Alemania y Malta, 17 en Grecia y 18 en los demás países. Hay 720 diputados al Parlamento Europeo elegidos entre los 27 países de la UE, siendo el número mínimo de escaños por país de 6 y el máximo de 96.

III. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL CONSEJO RELATIVO A LA ELECCIÓN DE DIPUTADOS AL PARLAMENTO EUROPEO POR SUFRAGIO UNIVERSAL DIRECTO DE 2022

El día 3 de mayo de 2022, el Parlamento Europeo aprobaba una Resolución Legislativa sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la elección de diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo[36], en su esfuerzo continuado de dotar a la institución del procedimiento uniforme, único y europeo que se proclama como necesario desde su constitución.

ARANZADI

Según esta nueva propuesta, la reforma del procedimiento electoral tiene por objeto el fortalecimiento del carácter democrático del proceso y de la legitimidad democrática del propio Parlamento. Si tal fortalecimiento se consigue, conllevaría la base de su futuro aumento de competencias en el plano legislativo del Parlamento Europeo y en el de la facultad de iniciativa.

La nueva propuesta de reforma se basa en la comunitarización del procedimiento electoral, declarando que será el Reglamento quien lo regule, mientras que las legislaciones nacionales únicamente serán aplicables a lo no dispuesto en el mismo, pero sin desvirtuar en ningún caso el carácter proporcional de la votación. Así pues, el primer paso es derogar el Acta Electoral Europea y, en su lugar, adoptar un Reglamento del Consejo para la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, de acuerdo con un procedimiento electoral uniforme en lo que respecta a una circunscripción electoral formada para todo el territorio de la Unión, y unos principios comunes a todos los Estados miembros para las circunscripciones nacionales.

Para tal decisión se requerirá la unanimidad del Consejo y la aprobación del nuevo reglamento por los Estados miembros, según las normas consti-

36. DOUE de 6 de diciembre de 2022, C 465/171.

tucionales que cada uno de ellos aplique. Tal unanimidad está lejos de producirse a la fecha actual, sin embargo, no deja de ser un intento loable de dotar a la UE de este régimen electoral único que fortalecería la democracia interna y el sentimiento europeísta en su ciudadanía.

El nuevo sistema electoral europeo propuesto se basa en el sufragio universal, directo, igualitario, libre y secreto, en el que cada votante tendrá asignados dos votos: uno para elegir diputados en las circunscripciones nacionales, en el que se aplicará un sistema de representación proporcional que sea el habitual para cada Estado, y otro para elegirlos en la circunscripción de la Unión, en el que se aplicará un sistema de lista cerrada.

El sistema electoral presenta, pues, ciertas trazas de continuidad con el antiguo sistema, ya que mantiene el sufragio universal directo, igualitario, libre y secreto, el sistema proporcional y la posibilidad de que cada Estado miembro divida su territorio en una o varias circunscripciones, siempre que se respete el carácter proporcional, como ya reconocía el Acta Electoral.

Para velar por el sistema y la correcta aplicación del Reglamento, esta Propuesta incluye la formación de una Autoridad Electoral Europea, independiente y formada por un miembro de cada Estado miembro elegido entre sus profesores de Derecho o Ciencias Políticos u otros expertos en sistemas electorales, y nombrados por un mandato de cinco años renovable una vez. Esta Autoridad tomará sus decisiones por consenso y, si este es imposible, por mayoría simple.

ARANZADI

Las circunscripciones nacionales se establecerán según cada Estado miembro, pudiendo constituirse en una única circunscripción o en otras subdivisiones, pero sin desvirtuar el carácter proporcional de la elección.

La circunscripción europea estará formada por todo el territorio de la Unión[37], eligiéndose en la primera elección 28 diputados. El reparto de escaños seguirá el método D'Hont.

La edad de sufragio activo pasa a situarse en los dieciséis años de edad, con independencia de la capacidad jurídica de dicha persona e individualizando tal derecho de sufragio activo de los de otros sufragios en los que se pueda participar por normativa nacional. El sufragio pasivo sigue situado, sin embargo, en los dieciocho años. Estas edades mínimas serán comunes para todos los Estados miembros en las elecciones al Parlamento Europeo.

37. Esta determinación podrá variar en las próximas elecciones, ya que se establece que será el Consejo Europeo quien por decisión fije la composición del Parlamento y el tamaño de la circunscripción.

El ejercicio del derecho de sufragio activo deberá garantizarse a todos los ciudadanos de la Unión, residentes o no en sus territorios nacionales, con o sin residencia permanente e incluso a aquellos que carecen de hogar o discapacitados. Los Estados miembros deberán garantizar tanto la accesibilidad como un sistema de voto por correo, presencial anticipado o, incluso, por medio de sistemas electrónicos e internet asegurando su fiabilidad, integridad, secreto y transparencia.

Respecto a los censos electorales, tanto nacionales como europeo, se cerrarán con una antelación mínima de catorce semanas previas a la jornada electoral, dándosele traslado de ellos a la Autoridad Electoral Europea. Serán las legislaciones nacionales quienes determinen los criterios de inscripción en los censos.

Los candidatos a formar parte de las listas deberán ser elegidos por procedimientos democráticos, con transparencia y respeto a la igualdad de género, e intentando que el Parlamento refleje la diversidad de la Unión. Las listas deberán ser presentadas doce semanas antes de la jornada electoral desde las entidades electorales europeas. Se trata, por tanto, de una obligación aplicable a partidos políticos, coaliciones de partidos y demás entidades electorales participantes en las elecciones al Parlamento Europeo. Sin embargo, las conocidas como «listas cremallera»[38] o de cuota no se establecen como obligatorias.

ARANZADI

La atribución de escaños, según establece la propuesta, podrá limitarse en la circunscripción nacional a un umbral mínimo que no podrá superar el 5% de los votos válidos emitidos, con excepción de aquellas circunscripciones nacionales que comprendan más de sesenta escaños en las que el umbral no podrá ser inferior al 3,5% de estos votos[39]. La circunscripción europea no estará sometida a limitación alguna.

Las entidades electorales podrán presentar una lista en la circunscripción de la Unión, mientras que los partidos nacionales o las agrupaciones

38. Las listas cremallera son aquellas en las que se integran personas de uno y otro sexo de forma alternativa, con el fin de lograr una representatividad real más allá de meras cuotas. En el ámbito específico de la representación, la Resolución núm. 169, de 1988, del Parlamento Europeo, invitaba a los partidos a establecer cuotas para lograr a dotar a las mujeres de mayor representatividad, sin embargo, tal exigencia no se ha acabado de trasladar de forma completa al texto legal.

39. La norma del umbral mínimo se excepciona en el caso de las exenciones previstas en los derechos nacionales para partidos políticos o agrupaciones que representen a minorías nacionales o lingüísticas reconocidas, y para el caso de aquellos partidos o agrupaciones que estén registrados en una cuarta parte de los Estados miembros (7 Estados) y que obtengan al menos 1 millón de votos en toda la Unión, incluyendo en su papeleta solo el nombre y el logotipo de la entidad, pudiendo adaptarse a todas las lenguas de la Unión.

de electores nacionales solo podrán respaldar alguna de estas listas, que deberán incluir un número de candidatos igual al número de escaños previstos, respetando el equilibrio geográfico a través de secciones de tres puestos correspondientes a candidatos procedentes de cada uno de los tres grupos de Estados miembros[40].

La Propuesta de Reglamento recoge, igualmente, previsiones comunes relacionadas a las campañas electorales que no podrán superar las ocho semanas de duración, con papeletas uniformes para todos los partidos o agrupaciones nacionales de electores. Se establece, igualmente, un período de reflexión de 48 horas previas a la jornada electoral que pasará a producirse siempre el 9 de mayo del último año de la legislatura, pudiendo este día ser declarado día festivo nacional.

El régimen de incompatibilidades también se regula de forma común por la Propuesta de Reglamento, dejando a las legislaciones nacionales la posibilidad de redactar normas supletorias. Será incompatible con la condición de diputado del Parlamento Europeo, ya sea de forma anterior o sobrevenida durante la legislatura:

- Ser miembro del gobierno de un Estado miembro.
- Diputado a parlamento o asamblea nacional o regional cuando estas tengan competencia legislativa.
- Miembro de la Comisión Europea.
- Juez, abogado general o secretario del TJUE.
- Miembro del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo.
- Miembro del Tribunal de Cuentas.
- Defensor del Pueblo Europeo.
- Miembro del Comité Económico y Social.
- Miembro del Comité de las Regiones.
- Miembro de otros comités u organismos creados de conformidad con el TFUE o el EURATOM para administrar fondos de la UE o el desempeño permanente de funciones de gestión administrativa.

ARANZADI

40. En el grupo A se encuentran Alemania, Francia, Italia, España y Polonia. El grupo B lo conforman Rumanía, Países Bajos, Bélgica, Grecia, Chequia, Suecia, Portugal, Hungría, Austria y Bulgaria. Por último, el grupo C está integrado por Dinamarca, Finlandia, Eslovaquia, Irlanda, Croacia, Lituania, Eslovenia, Letonia, Estonia, Chipre, Luxemburgo y Malta.

– Miembro del Consejo de Administración, Comité de Dirección o personal del Banco Europeo de Inversiones.

– Funcionario o agente en activo de las instituciones de la UE o de los organismos especializados a ella vinculados, o del Banco Central Europeo.

Como puede observarse, esta nuevo Propuesta pretende avanzar en la concepción del Parlamento Europeo como verdadero representante de los ciudadanos de la Unión, uniendo al modelo de circunscripciones nacionales, una nueva circunscripción, la de la Unión, que, aunque en un primer momento no parece que revestiría especial importancia en número, podría aumentar mediante la voluntad política de sus Estados miembros.

Declarar la democracia como valor fundamental de la Unión y no seguir avanzando en el camino que tal democracia muestra para las instituciones, con un Parlamento co-legislador y verdadero representante de la ciudadanía, supone una incoherencia interna que, a toda costa, debe ir corrigiéndose. Ese es el verdadero camino para la integración.

ARANZADI

ARANZADI

Capítulo V

The European Citizenship from Maastricht to Lisbon: Do Citizens Participate in the Democratic Life of the EU?

Assoc. Prof. Ángela María Romito
Department of Political Science, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

SUMARIO: I. THE ORIGIN OF EUROPEAN CITIZENSHIP: PURPOSE AND GENERAL FEATURES. II. ACTIVE CITIZENSHIP FROM MAASTRICHT TO LISBON. III. THE EU PARTICIPATORY TOOLS AND THE EUROPEAN CITIZENS' INITIATIVE. IV. THE CONFERENCE OF THE FUTURE OF EUROPE. V. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY.

ARANZADI

Summary (Abstract): Thirty years after the Maastricht Treaty came into force, European citizenship has yet to achieve its full potential. This study examines the development of European citizenship by analysing the provisions of the 1993 Treaty, tracing its evolutionary paths, and exploring the new participatory instruments introduced with the Lisbon Treaty. Examining the current legal experiences reveals a lack of awareness among Member State nationals of the potential of EU citizenship. However, some positive signs of innovative participatory processes promise well for the future.

I. THE ORIGIN OF EUROPEAN CITIZENSHIP: PURPOSE AND GENERAL FEATURES

European citizenship, as a concept, was introduced in the Treaty of Maastricht, formally in the Treaty on European Union (TEU), which was

signed in February 1992 and came into effect in November 1993[1]. It constitutes one of the most relevant novelties of that reform and a decisive step towards a constitutionalised Union[2]. According to Article 8 TEC (now Article 20 TFEU)[3], any person holding the nationality of a country belonging to the European Union (EU) automatically became a citizen of the Union[4]. A series of rights and duties derive from this *status*. While the former are expressly listed in the Treaty and in the secondary norms (and from 2000 also in the Charter of Fundamental Rights), the latter are merely enounced and appear so far to be without object.

The European Union citizenship was introduced in a clear attempt to increase citizens' allegiance to the European integration project; as expressly enunciated in article B of the Maastricht Treaty (repealed and actually rephrased in the new Art. 3 TEU), the goal was to enhance the protection of the rights and interests of the citizens of the Member States[5].

Initially, the EC Treaty granted the right to free movement only to nationals of Member States engaged in economic activity. However, the enjoyment of these rights has since been extended by Community legislation and case law to not only nationals of some Member States who are not engaged in economic activity but also to nationals of non-member States who are dependants of economically active nationals of Member States.

ARANZADI

1. Treaty on European Union, Official Journal of the European Communities C191, 29 july 1993, p. 4. See eur-lex-europa.eu.
2. Wiener, A., «The Constructive Potential of Citizenship: building European Union». *Policy & Politics*, 27 (3), (1999), pp. 271-293.
3. Over the years, the number of articles referring to EU citizenship has changed due to various Treaty reforms. The Treaty of Maastricht outlined the rights and duties in articles 8 to 8-D of the TCE. Subsequently, the Amsterdam Treaty, which came into effect in 1999, listed these articles from 17 to 22 of the TCE. The Treaty establishing a European Constitution that never entered into force, listed these articles in Title V from II-39 to II-46. Finally, the Lisbon Treaty, outlines the relevant provisions in Article 9 TUE and from Articles 20 to 25 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Additionally, the Charter of Fundamental Rights of the EU (CFREU) devotes the entire Chapter V (from Article 39 to Article 46) to these issue. The citizenship rights established in the Maastricht Treaty have remained mostly unchanged to date.
4. Pursuant to art. 8 TEC (equal to art. 20 TFEU) «is a citizen of the Union whoever holds the citizenship of a Member State». For an in-depth analysis of the connections and differences between nationality and citizenship, see CLOSA, C., «Union citizenship and Nationality of the Member States», *Common Market Law Review*, 1995, spec. p. 487.
5. According to CARTABIA, M., «La cittadinanza europea» in Enciclopedia giuridica Treccani vol. VI, (1995), p. 2 ff, the rights conferred by the Treaty create a «privileged foreign status» for nationals of Member States residing in another country of the Union, «since most of the rights listed concern his or her relations with the States of the Union and only to a small extent the individual's attitude towards the Union or the Community and its institutions».

The conferral of European citizenship, which concerns only individuals, marked the end of a long process aimed at enlarging the sphere of beneficiaries of the right of movement in the territory of the Member States[6]. At the same time, it represents the beginning of a path, nowadays still in progress, aimed not only at defining and enhancing the *status* of Europeans but also, as the Court of Justice has often repeated, at making it «the fundamental status of the citizens of the Member States»[7].

Since 1993, EU citizenship, which does not replace the national one but is additional to it, has had autonomous legal and political features; it cannot be perceived as the re-enactment on a larger scale of national citizenship. Differently from the latter, it originates from the will expressed by the Governments of Member States to create an ever closer union among their citizens and strengthen the protection of the rights and interests of their nationals.

The European citizenship concept is radically innovative as it specifies that «the Union belongs to, is composed of citizens who by definition do not share the same nationality»[8]. Thus, EU citizenship is a *sui generis* concept that does not interfere with any of the characteristics typical of national citizenship status defined in national domestic law but adds a qualitative and quantitative plus to the rights associated with national citizenship.

ARANZADI

It is necessarily detached from the concept of territoriality, having, by contrast, a cosmopolitan character: those residing in any of the 27 Member States enjoy a sole *legal status* that connects them via a shared sense of belonging to a «community» that transcends the national territorial borders and is founded on the rule of law.

The opinion of Advocate General Poiares Maduro, delivered on 30th September 2009, in the Rottmann case, clearly explains the miracle of EU citizenship:

> «Union citizenship assumes nationality of a Member State, but it is also a legal and political concept independent of that of nationality. Nationality of a Member State not only provides access to enjoyment of the rights conferred by Community law; it also makes us citizens of the Union. European citizenship

6. KOCHENOV, D., PLENDER, R. «EU Citizenship: From an Incipient Form to an Incipient Substance? The Discovery of the Treaty Text», *European Law Review*, 2012, pp. 369-396.
7. Initially perceived as merely symbolic, it was progressively fleshed out in a persistent line of case law of EJC. See KALAITZAKI, K., «EU Citizenship as a Means of Broadening the Application of EU Fundamental Rights: Developments and Limits», *European Citizenship under Stress*, pp. 44-66 DOI: https://doi.org/10.1163/9789004433076_005
8. Weiler, J., The Constitution of Europe, Cambridge University Press, 1999, spec. p. 344.

> is more than a body of rights which, in themselves, could be granted even to those who do not possess it. It presupposes the existence of a political relationship between European citizens, although it is not a relationship of belonging to a people. On the contrary, that political relationship unites the peoples of Europe. It is based on their mutual commitment to open their respective bodies politic to other European citizens and to construct a new form of civic and political allegiance on a European scale. It does not require the existence of a people, but is founded on the existence of a European political area from which rights and duties emerge.(...). It strengthens the ties between us and our States (in so far as we are European citizens precisely because we are nationals of our States) and, at the same time, it emancipates us from them (in so far as we are now citizens beyond our States). Access to European citizenship is gained through nationality of a Member State, which is regulated by national law, but, like any form of citizenship, it forms the basis of a new political area from which rights and duties emerge, which are laid down by Community law and do not depend on the State. That is why, although it is true that nationality of a Member State is a precondition for access to Union citizenship, it is equally true that the body of rights and obligations associated with the latter cannot be limited in an unjustified manner by the former».

In this respect, the Maastricht Treaty highlighted a crucial aspect that had already been widely acknowledged by both community institutions and Member States, namely, that the citizens who form part of the new community are also the subjects of its legal system[9]. In other words, European citizenship emphasises an integration system that places the 'person', considered as a 'citizen', as its pivot.

ARANZADI

The list of rights is currently outlined in Article 20 TFEU, although it is widely recognised that the nature of EU citizenship extends well beyond this[10]. Besides the right to free movement and residence and diplomatic and consular protection in third countries from other Member States, several rights to political action are listed. Some of these provisions can be claimed irrespective of whether a Union citizen has exercised free movement rights. This is the case, for instance, with the right to petition the European Parliament (EP) and the right to apply to the European Ombudsman. However, the exercise of electoral rights listed in the TFEU relies upon the movement to another Member State. The TFEU sets out two of these rights: the right to vote and to stand as a candidate at municipal elections and the right to

9. As already stated in the judgment of the Court, 5 February 1963, case 26-62, Van Gend & Loos.

10. The list of rights outlined in Article 20(2) of the TFEU is preceded by the expression «inter alia». Additionally, the Council may add new rights, as stated in Article 25(2) of the TFUE. See KOCHENOV, D. «On Tiles and Pillars: EU Citizenship as the Federal Denominator», KOCHENOV, ed., *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 26 et seq.

vote and to stand as a candidate at elections to the EP. In both cases, the Union citizens are entitled to have the same right 'in the Member State where they reside, under the same conditions as nationals of that State'.

Upon reviewing the provisions, it is evident that EU citizenship is a multifaceted and evolving legal concept that spans different economic, social, civil, and, notably, political dimensions. Additionally, it is apparent that the regulatory structure of EU citizenship set in 1993 was dictated by an *elite* who sought to involve citizens in its recognition. However, it would be shortsighted to assume that introducing the concept of EU citizenship merely resulted in EU citizens receiving passive rights acknowledgement. As we will see, subsequent Treaty reforms highlight its inner value: encouraging debates among European citizens.

II. ACTIVE CITIZENSHIP FROM MAASTRICHT TO LISBON

When the Union was established, and the ECC was transformed into the European Community, it was intended to emphasise that the relevant Treaty regarded the individual no longer only as *homo oeconomicus* but also as a participating and conscious political actor in the European integration process[11].

ARANZADI

From this perspective, the participatory dimension of European citizenship in the Maastricht Treaty was nearly entirely limited to the participation in the electoral process, and the political rights granted were relatively modest[12]. Specifically, the only rights emerging as strictly relevant to the citizens' participation in the life of the EU were the right to vote and stand as a candidate in elections to the European Parliament, the right to petition the European Parliament and apply to the European Ombudsman.

11. Since ancient times, the primary element of citizenship has been the enjoyment of political rights and the possibility to influence state policy. For an in-depth analysis of citizenship in the Greek polis and the Roman civitas compared to EU citizenship, see TRIGGIANI, E., «La cittadinanza europea per la "utopía" sovranazionale», *Studi sulla integrazione europea*, (2006), pp. 435-477, spec. p. 439.

12. The EU citizenship has mainly been conceived in terms of rights and identity rather than as a participatory status: this trend is confirmed by the fact that most EU documents and initiatives on citizenship focused on how citizenship practice would create belonging and support for the European integration process through broad debate on European issues, while active citizenship as a daily governance practice was not considered. For details, see VAN ROSSEM, J. W., «Political citizenship in European Union: what is means, how it came about and what challenges lie ahead», DER HARST, J., HOOGERS, G., VOERMAN, G., (ed.) *European citizenship in European Citizenship in Perspective. History, Politics and Law*, University of Groningen, the Netherlands, 2018.

However, the political system of the EU has not yet fully prioritised engagement and participation from European citizens in European politics, and the aforementioned rights were inadequate in closing the gap between citizens and the political decision-making process at the European level.

The rising participation of citizens – and more broadly, civil society – in the EU governance began in the late 1990s when the Treaty of Amsterdam established, for the first time, an obligation for European institutions to adhere to the principles of democracy[13]. In the same year, Declaration No. 23 of the future of the Union annexed to the Treaty of Nice expressed «the need to improve and to monitor the democratic legitimacy and transparency of the Union and its institutions, to bring them closer to the citizens of the Member States»[14].

In the 2000 Commission White Paper on European Governance[15], citizen participation throughout the entire policy cycle was emphasised as essential to ensuring EU policymaking's quality, relevance, and effectiveness. The draft Treaty establishing a European Constitution acknowledged the principle of representative democracy as foundational[16] and introduced the principle of participatory democracy[17] for the first time.

Amidst mounting discontent surrounding the 'democratic deficit' of the EU[18], as evidenced by unsuccessful French and Dutch referenda regarding the Constitutional Treaty, the Heads of State and governments urged for

ARANZADI

13. Article 6(1) TEU as amended by the Amsterdam Treaty.
14. Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, Declarations Adopted by The Conference, Declaration on the future of the Union, OJ C 80, 10.3.2001, pp. 85-86.
15. Commission, European Governance. A White Paper. Brussels. COM (2001) 428 final. 25 July 2001, p. 3.
16. Article I-45.
17. Article I-46.
18. According to MAJONE, G., «The common sense of European Integration», *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, N.º 5, p. 608, the democratic deficit is «absence of underdevelopment of the institutions and processes of parliamentary democracy at the EU level»; SIEBERSON, S. C., «The Treaty of Lisbon and its impact on the European Union's Democracy Deficit», *Columbia Journal of European Law*, 2008, p. 446 refers to 'a perceived lack of democratic structures and processes within the EU's institutions, in contrast to those that prominently exist at the national level within the Union'; on the same issue see also FOLLESDAL, A., HIX, S., «Why there is a democratic deficit in the UE: a response to Majone and Moravcsik», *Journal of Common Market Studies*, 44:3, pp. 533-535.
Among other aspects, the term refers to the relatively weak position of the European Parliament compared to the European Council, the perception that European elections have a 'second-order' character and lack a real 'European' dimension, the remoteness between the voters and the EU, the mismatch between the policy preferences of the majority of the voters and EU policies, and a lack of transparency.

closer engagement of Europe's institutions with its citizens[19]. The consequent reform of European governance proved to be the most effective way to foster this connection. For this purpose, the European Constitutional Convention established within the «Democratic Life of the Union» (title VI), «The principle of participatory democracy»[20] next to «The principle of representative democracy», and the Commission ambitiously declared it would «devise a completely new form of governance»[21].

Citizens's (and Civil society's[22]) role in shaping Europe received greater recognition through the Lisbon Treaty of the European Union. Inspired by a need for more significant influence and participation by citizens (and civil society organisations) as proactive actors in the governing structures of the EU[23], the Treaty introduced a new chapter entitled «Provisions on demo-

19. Presidency conclusions of the Laeken European Council, 14 and 15 December 2001. Annex I: Laeken declaration on the future of the European Union. Bulletin of the European Union, 12, 19-23, p. 20.
20. The principle of participatory democracy simply stated the opportunity for citizens and representative associations to make known and publicly exchange their views in all areas of Union action, without any refence to European citizenship (art. I-8). Few statements took issue with the right of every citizen to participate in the democratic life of the EU and the pledge that the EU shall give citizens and representative associations the opportunity to make known and publicly exchange their opinions on all areas of Union action.
ARANZADI
21. PRODI, R., Shaping the New Europe. European Parliament, Strasbourg. 15 February 2000 SPEECH/00/41.
22. The role of citizenship, on the one hand, and the role of civil society, on the other, differ: both have been introduced by institutional actors in an attempt to find support for and increase the legitimacy of a process of supranational polity-building, however while the former aims to contribute to bringing the peoples of Europe closer together (not only benefits the process of European integration, but supports peace and understanding across the continent), the latter's will is to answer to the democratic deficit of the EU. Unlike the concept of European citizenship, the concept of (European) civil society has never been defined in the EU founding Treaties, neither does the Treaty describe what would be its the role. The concept has spontaneously, emerged in the EU's official documents precisely to stress the role of intermediary associations in European governance, but with the citizens more assumed to exist than given a central place and without conceiving such participation in terms of active citizenship. SMISMANS, S., «European Civil Society and Citizenship: Complementary or Exclusionary Concepts?», *Policy and Society*, 28(1), (2009), pp. 59-70.
23. According to article 2 TEU, 'democracy' represents one of the founding values of the Union, a value shared by its Member States. The Preamble highlights the will of the Member States to «complete the process initiated by the Treaty of Amsterdam and the Treaty of Nice in order to strengthen the efficiency and democratic legitimacy of the Union». For a detailed analysis, see, e.g., CLOSA, C., 'European Citizenship and New Forms of Democracy', in AMATO G., BRIBOSIA H.,DE WITTE B., Genèse et destinée de la Constitution européenne: commentaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives d'avenir, Brussels: Bruylant, 2007, pp. 1050-1073.

cratic principles» (Title II Articles 9-12 TEU)[24]. This section encompasses various ways citizens and civil society are represented or can voice their opinions and contribute to European policymaking[25].

As a consequence of 2009, Europeans not only benefit from the rights of market citizenship but can also take part in the decision-making process of the Union. Although the changes made to the *status* of the European citizen listed in the TFUE do not appear particularly relevant[26], the 'political' character of the relationship between the Union and its citizens is significantly emphasised.

The foremost political aspect of European citizenship expressly pertains to each citizen's entitlement 'to participate in the democratic existence of the Union'[27]. The political system of the EU is defined as a representative democracy, wherein 'political parties at the European level contribute to forming European political awareness and to expressing the will of citizens of the Union' - a formulation almost exactly stemming from the Maastricht Treaty. However, due to limited engagement by European citizens with EU politics and the lack of effectiveness of European political citizenship, participatory democracy principles have been introduced alongside «traditional» mechanisms. The aim is not to diminish the importance of representative democracy but to provide a new tool to embank citizens' general 'disaffection' towards the EU: their right to [illegible] and publicly exchange their views in all areas of Union action[28].

ARANZADI

24. The term «participatory democracy» has been replaced, but the practice has been incorporated into the new section.
25. See *amplius* DRAETTA, U., «I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona», *Studi sull'integrazione europea*, (2008), pp. 513-527; ID., «The Democratic Principles of the European Union in the Treaty of Lisbon». *The federalist, Political Review*, (2008), n. 2, p. 110, www.thefederalist.eu; BIFULCO, R., «Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa: tre diverse forme di democrazia?», U. allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 66 ss.; PESCE, C., *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli, 2016.
26. See SCHRAUWEN, A., «European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at All?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, (2008), vol. 15, pp. 55-64; BESSON, S., UTZINGER, A., «Introduction: Future Challenges of European Citizenship – Facing a Wide-Open Pandora's Box», *European Law Journal*, vol. 13, (2007), pp. 573-590.
27. Art.10.3 TEU.
28. According GREENWOOD, J., «Review article: Organized civil society and democratic legitimacy in the European Union», *British Journal of Political Studies*, Vol 37, n. 2, (2007), pp. 333-357, participatory tools are only established secondary to the other mechanisms of representative democracy. Cfr. CUESTA LOPEZ, V., «The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy», *European Pubblic Law*, (2010), pp. 123-138.

Those principles are complementary[29]. In the former, citizens participate in the political process through their elected representatives, which include Parliament and the governments gathering in the Council. In contrast, under the latter, citizens directly participate via various participation channels. Both principles agreed that new modes of governance and citizen participation would create a «virtuous circle» that enhances the input and output legitimacy of the European Union[30].

In short, within the body of the provisions relating to the participation of the citizens in the democratic life of the Union, the framework is the following: article 9 TEU establishes how a person acquires EU citizenship[31]. Subsequently, article 10 TEU sets out the foundations of the principle of representative democracy: citizens are directly represented at Union level in the EP; the representatives of the Member States in the European Council and the Council are democratically accountable to their national parliaments or their citizens; every citizen has the right to participate in the democratic life of the European Union explicitly stating that decisions shall be taken as openly and as closely as possible to the citizens; and political parties at European level contribute to forming European political awareness and to expressing the will of the citizens of the Union.

Furthermore, Art. 11 TEU fills the content of the participatory democracy. The provision covers the horizontal, citizen-to-citizen relationship as well as the vertical, institution-to-citizen relationship. The Commission has the particular duty to «carry out broad consultations with parties concerned

ARANZADI

29. See KUTAY, A., «Limits of Participatory Democracy in European Governance», *European Law Journal*, vol. 21(6), (2015), spec. p. 814.
30. VON BOGDANDY, A., «The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations Armin», *The European Journal of International Law* Vol. 23 no. 2, (2012), pp. 315-334 explains: «Thus, alongside the Union citizens, the Member States' democratically organized peoples are acting in the Union's decision-making process as organized associations. The Union's principle of democracy builds on these two elements: the current Treaties speak on the one hand of the peoples of the Member States, and on the other hand of the Union's citizens, insofar as the principle of democracy is at issue. The central elements which determine the Union's principle of democracy at this basic level are thus named. The Union rests on a dual structure of democratic legitimation: the totality of the Union's citizens and the peoples in the European Union as organized by their respective Member States' constitutions».
31. Art. 9 TEU states that citizenship of the Union «shall be additional to national citizenship and shall not replace it», a point that is reiterated by Art. 20(1) TFEU.

to ensure that the Union's actions are coherent and transparent»[32]. The provision is innovative because it provides the most concrete new instrument to directly involve citizens (individually or in organised groups), namely the European Citizens' Initiative (hereinafter ECI).

Article 12 TEU refers to the involvement of national parliaments in the effective functioning of the European Union[33].

III. THE EU PARTICIPATORY TOOLS AND THE EUROPEAN CITIZENS' INITIATIVE

Starting from 2009, in an effort to bridge the gap between European and EU institutions – which were often perceived as disconnected from the people whose lives were deeply impacted by their decisions – several tools for consultation and dialogue were implemented.

Those include the requests for access to documents of the EU institutions[34], the petitions to Parliament[35], the public consultations by the Commission[36], complaints to the European Ombudsman[37], the complaints to the Commission[38], Citizens' Dialogues, and – the latest EU participatory mechanism – ECI[39].

ARANZADI

32. For more detailed references see MORGESE, G., «Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea» in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, pp. 37-59; MENDES, J., «Participation and the Role of Law After Lisbon: A Legal View on Article 11 TEU», *Common Market Law Review*, vol. 48(6), (2011), pp. 1849-1878.
33. Integrated with further provisions set out in the TFEU, as well as with Protocol 1 (on the role of national parliaments in the European Union), which is annexed to the Treaty of Lisbon.
34. Regulation (EC) Nº 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, OJ L 145, 31.05.2001, pp. 43-48.
35. Article 24(2) TFEU.
36. Article 11(3) TEU.
37. Article 20(2)(d) TFEU and Article 24 TFEU.
38. Article 24(4) and also Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the EU.
39. Article 11(4) TEU establishes the basic framework for that right, while Article 24(1) TFEU sets out the general principles for a regulation defining concrete procedures and detailed conditions. The procedures, and conditions for exercising this right are governed by Regulation (EU) 2019/788 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the European citizens' initiative, OJ L 130, 17.5.2019, pp. 55-81 (recasting Regulation (EU) Nº 211/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on the citizens' initiative, OJ L 65, 11.3.2011, pp. 1-22).

All these participatory tools – regardless of their classification[40] and scattered origin[41] – share the capability to involve citizens to play a role 'in the Union's democratic life' beyond just the electoral moment and provide a means to gather constructive feedback[42]. While the ECIs, petitions to the European Parliament, and complaints to the European Ombudsman fall into the category of bottom-up instruments as these offer citizens the opportunity to trigger specific processes themselves, Citizens' consultations and Citizens' dialogues are categorised as top-down' approaches that are initiated by the EU's political *elite*[43].

Above all, the European Citizens' Initiative is the most prominent example of the Treaty's new vision of democracy and a new «bottoms-up» approach[44]: it represents the first transnational participatory and digital democracy instrument[45], empowering at least 7 EU citizens hailing from 7 different Member States to introduce novel policy initiatives in any field

40. The classification of those mechanisms differs among commentators; cfr. ALEMANNO, A., Towards a permanent citizens' participatory mechanism in the Eu, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 735.927 - September 2022; HIERLEMANN, D. Et al., Under Construction, Citizen Participation in the European Union, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2022.
41. Some of those were already listed in the Maastricht Treaty.
42. Examines each existing participatory mechanism, in terms of their accessibility, responsiveness and effectiveness the study, commissioned by the European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, ALEMANNO, A., «Towards a permanent citizens' participatory mechanism in the Eu», cit.
43. Bottom-up instruments facilitate citizens' influence over policy outcome because they challenge the existing policy preferences of the political elite. Top-down instruments are generally weaker as they aim for support of existing policies and the clarification of policy value to achieve more effective governance. See in details, S. Russack, *Pathways for Citizens to Engage in EU Policymaking*, CEPS Policy Insights No. 2018-14 / November 2018.
44. AMNÅ, E., «New form of citizens participation», Baden-Baden, 2010; KAUFMANN, B., The European Citizens Initiative handbook, Bruxelles, 2010; PICHLER, J. W., KAUFMANN, B., The European Citizen' Initiative: into new democratic territory, Mortsel, 2010; RASPADORI, F., «La democrazia partecipativa ed il diritto di iniziativa dei cittadini europei», *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 675-689; BORDINO, G., Un nuovo diritto per la democrazia e lo sviluppo in Europa: l'iniziativa dei cittadini europei (ICE), Bologna, 2013; CARTABIA, M., LUPO, N., SIMONCINI, A., Democracy and subsidiarity in Europe, Bologna, 2013; R. MASTROIANNI, A. MAFFEO (a cura di), L'inizativa dei cittadini europei, Napoli, 2015; M. CONRAD, A. KNAUT, K. BÖTTGER (eds.), Bridging the gap? Opportunities and constraints of the European Citizen's Initiative, Broschiert, 2016.
45. GREENWOOD, J., TUOKKO, K., «The European Citizens' Initiative: the territorial extension of a European political public sphere?», *European Politics and Society*, (2017), pp. 166-181. On electronic democracy see LONGO, E., «The European Citizens' Initiative: Too much democracy for EU polity?», *German Law Journal*, 20(2), (2019), pp. 181-200.

ARANZADI

where the EU has the power to propose legislation after collecting one million signatures.

Aside from the consultation system, which provides only informal options for citizen and civil society participation, the ECI enables citizens to engage actively in the EU's democratic processes, allowing them to express their concerns in a very concrete way and to influence the European political and legislative agenda through addressing a request to the European Commission for a proposal of a legal act. Thus, while the initiative provides citizens a limited and indirect right to start legislation, the Commission is the gatekeeper of demands since it retains discretion over the formal right to initiate policy[46].

After a decade since its launch, the ECI has failed to achieve its intended goal: despite the initial optimism[47], it has not provided a «whole new dimension of participatory democracy»[48], as expected, but rather, it has been «virtually unnoticed by the mass media and the wider public»[49].

Statistics[50] show that between 1st April 2012 and September 2023, the Commission registered 103 initiatives, 23 of which were rejected; only nine initiatives reached one million signatures[51] and received formal feedback

ARANZADI

46. The Commission is not legally obliged to follow upon any such initiatives.
47. ZICCHITTU, P., «Il diritto di iniziativa dei cittadini: un nuovo strumento di partecipazione all'interno dell'Unione europea», *Quaderni costituzionali*, ((2010), pp. 621-625; LEVRAT, N., «L'initiative citoyenne européenne: une response au deficit démocratique», *Cahiers de droit européen*, 2011, pp. 53-101; PICHLER, J. W., KAUFMANN, B., «The next big thing, making Europe ready for the Citizens' Initiative», Mortsel, 2011; LECLERC, S., «L'initiative citoyenne européenne: un premier pas vers la démocratie participative dans l'Union européenne», La Constitution, l'Europe et le droit: mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet, Paris, 2013, pp. 675-694; VILLANI, U., «Les principes démocratiques et l'initiative citoyenne européenne dans le Traité de Lisbonne», V. KRONENBERGER, M. T. D'ALESSIO, V. PLACCO (eds.), De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée del chemis – Mèlanges en l'honneur de Paolo Mengozzi, Bruxelles 2013, p. 193.
48. ORGAN, J., «Decommissioning Direct Democracy? A Critical Analysis of Commission Decision-Making on the Legal Admissibility of European Citizens Initiative Proposals», European Constitutional Law Review, 2014, pp. 422-443.
49. As ALEMANNO, A. *Unpacking the principle of openness in EU Law: transparency, participation and democracy*, in *European Law Review*, 2014, pp. 72-90, spec. p. 79.
50. Data are from the European Commission's ECIs registry (https://citizens-initiative.europa.eu).
51. The nine initiatives having reached one million signatures are: «One of us»; «Right2Water»; «Stop Vivisection»; «Minority SafePack – one million signatures for diversity in Europe»; «Ban glyphosate and protect people and the environment from toxic pesticides»; «End the Cage Age»; «Save cruelty free cosmetics - commit to a europe without animal testing»; «Stop Finning – Stop the trade», and «Save bees and farmers! Towards a bee-friendly agriculture for a healthy environment».

from the Commission; however, none of them have led to concrete EU policy action[52].

There are several reasons for the lack of effectiveness: limited visibility (leading to a low participation rate), structural obstacles in the registration and collection of signatures (which hinder a truly accessible to ordinary citizens), limited user self-awareness and, last but not least, limited capacity to lead to legislative output[53].

Not surprisingly, the lack of success so far has led to considerable criticism and general Euroscepticism among academics and stakeholders, who argue that the ECI is in danger of being used less and less by citizens and ultimately becoming obsolete[54].

However, while that is a genuine risk, it must be highlighted that the primary goal of the ECI is to encourage cross-border discourse and deliberation. The objective is not simply to gather signatures or empower EU citizens to co-determine the European agenda; rather, it aims to foster grassroots participation in tackling shared challenges. In this perspective, the ECI serves as a valuable means to be a channel for communication and exchange, to build a common European identity, and to facilitate pan-European debate.

ARANZADI

52. It has to be pointed out that only three of these nine initiatives have had (or might have) some material impact on the legislative process: «Right2Water» (existing directives were modified and a regulation was adopted)230; «Stop Glyphosate» (a regulation was adopted, extending the authorisation of the substances but for limited use and shorter period of time); and «End the Cage Age» (the Commission promised to address the issue by the end of the current year).

53. The records show that after a strong initial interest in the instrument, the number of new initiatives has drastically decreased. It is a matter of facts that due to technical shortcomings and the administrative procedures for organisers, the number of initiatives that passed the threshold of one million signatures is very low. In addition, the initiatives had high refusal rates (mostly because Commission considers them to be beyond the scope of its powers). Finally, there is no legislative impact of successful initiatives so far and the Commission's follow-up is perceived as insufficient due to its non-binding character.

54. ROMITO, A. M., «European Citizens' Initiative: New Rules, New Trend?», *Law Review*, 2019, pp. 55-66; ID.; «Civil Society, Democracy and the European Citizens' Initiative: What's the Missing Link?», *Studia Europejskie*, n 4, (2018), pp. 235-250; CONRAD, M., KNAUT, A., BÖTTGER, K. (eds.), Bridging the gap? Opportunities and constraints of the European Citizen's Initiative, Broschiert, 2016; L. BOUZA GARCÍA, J. GREENWOOD (eds.), The European citizens'inititive: a first for participatory democracy?, in Special issue of: Perspectives on European politics and society, 2012; G. SMITH, «The European Citizens' Initiative: a new institution for empowering Europe's citizens?», in M. DOUGAN, N. NIC SHUIBHNE, E. SPAVENTA (eds.), *Empowerment and disempowerment of the European citizen*, Oxford, 2012; F. FERRARO, «Il diritto di iniziativa dei cittadini europei: uno strumento efficace di democrazia partecipativa?», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, (2011), pp. 727-745; N. LEVRAT, «L'initiative citoyenne européenne: une response au deficit démocratique»,

In order not to frustrate the citizens' participation, positive feedback with tangible significance from the Commission would be important.

IV. THE CONFERENCE OF THE FUTURE OF EUROPE

More recently, drawing on the experience of existing participatory tools and new forms and locations of dialogue, active citizenship and cooperation emerge beyond established institutional structures, fostering a stronger connection to representative democracy.

The Conference on the Future of Europe (hereinafter CoFoE)[55] fits well into this context, uniquely combining bottom-up participatory features and top-down *elite* decision-making mechanisms[56].

The purpose of this «out-of-the-box initiative»[57] was to relaunch the European integration project in an unprecedented way. For the first time, citizens have been involved in rethinking the EU to meet their needs and desires better, so the EU reform proposals were not discussed at the government level but were analysed and redefined «from the bottom»[58].

The hybrid process of interinstitutional negotiations and citizen participation hinges on the involvement of EU and Member State institutions[59]

ARANZADI

Cahiers de droit européen, 2011, pp. 53-112; M. DOUGAN, «What are we to make out of the Citizens' Initiative?», *Common Market Law Review*, (2011), pp. 1807-1848; J. W. PICHLER, B. KAUFMANN The next big thing, making Europe ready for the Citizens' Initiative, Mortsel, 2011.

55. It was emphatically described by the EC President von der Leyen, as 'an unprecedented exercise in deliberative democracy', see the Opening Statement in the European Parliament Plenary Session dated 15 July 2019.

56. The letterature on the topic is broad and it is fully listed in ROMITO, A. M., «La partecipazione dei cittadini alla riforma dell'Unione europea tra nuovi modelli partecipativi e vecchi problemi», *Freedom Security and Justice*, 2023, pp. 93-120.

57. ALEMANNO, A., «Unboxing The Conference on the Future of Europe and its democratic raison d'ètre», *European Law Journal*, 2020, pp. 484-508; also CENGIZ, F., «Bringing the Citizen Back into EU Democracy: Against the Input-Output Model and Why Deliberative Democracy Might Be the Answer», *European Politics and Society*, vol. 19, n. 5, (2018), pp. 577-594.

58. The CoFoE evokes two precedents: the Messina Conference and the Convention on the Future of Europe, although it goes beyond previous models of technocratic or deliberative constitutional change. About its genesis see FABBRINI, F., «The Conference on the Future of Europe: Process and prospects», European Law Journal, vol. 26, issue 5-6, (2021), pp. 401-414.

59. Based on the principle that the legitimacy of the Conference would be all the stronger and more evident the more all levels of power were represented, in its structure, the CoFE ensured an equal presence of all levels of power (European, national, regional and local) in the Conference Plenary and preserved an equal participation of the three European institutions both in the joint presidency of the Conference and in the composition of the Executive Committee.

in informal consultative democratic processes and the participation of (a limited number of randomly selected) European citizens. The process has been developed along two different converging paths: the first is a participatory democracy approach via a multilingual digital platform where citizens upload their ideas and proposals[60]; the second approach embodies a deliberative democratic model, comprising four Citizen Panels (ECPs) with each panel consisting of 200 individuals selected from the 27 members to secure a diverse representation[61].

The ECP filtered the consultation results and translated the proposals into recommendations, which were presented to the bodies in which the political representatives sit: the Conference Plenary[62] and the Executive Committee[63].

On 9th May 2022, the Conference on the Future of Europe concluded officially, and a final report[64] containing the results of the discussions was sent to the Presidents of the European Parliament, the Council, and the Commission. It is anticipated that each of these EU institutions will «swiftly examine» the outcomes and follow up within their areas of responsibility in accordance with the Treaty[65]. However, over a year has passed, and the expected responses from the European institutions have come to a halt.

ARANZADI

Until now, the CoFoE allowed all citizens to express their views on the Union's progress and constitutes the most comprehensive undertaking for civic engagement that the EU has ever introduced. Nevertheless, the outcomes do not support the EU press' upbeat depiction of democratic participation: in actuality, just a tiny proportion of citizens were informed about the Conference's occurrences, and even fewer participated actively[66].

60. In addition, they can also promote dedicated events within one of the nine planned thematic areas, as well as submit their free-text contributions under «other ideas».
61. CoFoE's five criteria for inclusive panels are nationality, urban/rural, socio-economic background, gender and age.
62. The Plenary was composed of 449 individuals, representatives of the Economic and Social Committee, the Committee of the Regions, the social partners (representatives of trade unions), civil society, representatives of regional and local authorities, representatives of the national parliaments, of the Council (two per Member State), of the Commission and of the European Parliament.
63. The Executive Board is composed of representatives from the three institutions (European Parliament, Council and Commission), on equal footing.
64. In the final report 49 proposals and 326 detailed recommendations on very different topics to improve EU are collected.
65. Pursuant to Article 23 of the Rules of Procedure of the Conference on the Future of Europe.
66. In reality, of the approximately 447.7 million inhabitants, less than 780,000 individuals participated in the debate via the platform or events. This number is small both in absolute terms and especially insignificant when considering that it would not even

Limited visibility through the mass media[67], low level of digital participation, complex procedures and uncertainty about the CoFoE's ability to produce tangible political outcomes were obvious barriers that hindered widespread participation[68]. Additionally, overshadowed by the pandemic and war, it remained largely unnoticed in the public sphere. Unnoticed and conceived as yet another bureaucratic exercise by the EU, it failed to attract attention.

The question must be raised about its worth - whether it was a useless trial, a mere «cosmetic exercise»[69], or if it could potentially elicit changes within the European Union towards enhanced citizen participation.

While the Conference's low attendance figures could imply an absence of interest in EU reforms amongst citizens, it is vital to recognise the event as a victorious sociological experiment[70], marked by its distinctive organisational methods and characteristics.

It was a pan-European deliberative democracy initiative that provided a new public forum for open, inclusive, and transparent discussions on the Union's key priorities and challenges. The opportunity, which otherwise would not have existed, was open to people of all ages, social backgrounds, countries, civil society, and state administrations, albeit to a limited number at this stage.

ARANZADI

The idea that the CoFoE could represent an opportunity for «constitutional revision» of the EU is unrealistic. Nevertheless, it is a practical expedient for identifying a renewed identikit of the European citizen and for monitoring the orientations of European society, which are still *in fieri*. Qualified as a 'pilot project', as a 'laboratory' to empirically test the delibe-

66. meet the requirements to propose a popular legislative initiative under art. 11(4) TEU and 24 TFEU. Given the limited incorporation of results from previous citizen participation formats into the EU decision-making processes, it is doubtful that the level of citizen involvement in CoFoE will result in significant change or bring about genuine reform.
67. See MICHAILIDOU, A., TRENZ, H., «The Future of Europe debate needs the intermediary power of journalism», March 7th, 2022, https://blogs.eui.eu/transnational-democracy.
68. ALEMANNO, A., «Unboxing the Conference on the Future of Europe», cit., ROMITO, A. M., «La partecipazione dei cittadini alla riforma dell'Unione europea tra nuovi modelli partecipativi», cit.
69. FABBRINI, F., «La Conferenza sul Futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche», Research paper, Centro studi sul federalismo, giugno 2021, pp. 1-20, online.
70. RASPADORI, F., «La Conferenza sul futuro dell'Europa e le colonne d'Ercole della distanza dai cittadini», BlogDUE, 24 giugno 2022, pp. 1-11, online

rative participation on a transnational scale, the CoFoE holds significant value, as it marks a turning point in democratic consultation methods[71].

Although CoFoE failed to provide clarity on how its own input will be followed up at the political level, there are already tangible effects, with the President of the Commission announcing in her 2023 work programme[72] that she intends to establish a permanent consultation forum and allocate resources to institutionalise both the Citizens' Panels (which can submit recommendations to the Commission before it formulates legislative proposals)[73] and the online Platform (which could complement the Convention convened by the European Council for the reform of the founding Treaties under Article 48 TEU).

In the first half of this year, the contribution of citizens to the public debate by sharing their thoughts and making recommendations is already a reality[74]. This accomplishment is noteworthy and should be further improved upon.

ARANZADI

71. Rather than measuring its success by its ability to cautiously lead to treaty reform —or to transform itself into a new mode of constitution-making—, it seems more pertinent to consider its value in the light of its ability to offer European and national institutions, as well as citizens, a foretaste of a more citizen-centred deliberative system and thus of a more accessible and inclusive transnational Union. A. VON BOGDANDY, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, pp. 699-701.
72. V. Commission Work Programme 2023 A strong and united Union, of 18 October 2022, COM(2022) 548 final.
73. The implementation of an innovative participatory process within the EU institutional framework characterized by its deliberative nature and involves citizens drawn by lot, is commonly called 'mini-publics'. See in details ABELS, G., (et al.), «Next level citizen participation in the EU: Institutionalising European Citizens' Assemblies», Bertelsmann Stiftung, 2022; cfr. PATRIQUIN, L., «Permanent Citizens' Assemblies: A New Model for Public Deliberation», Rowman and Littlefield, 2020; SETÄLÄ, M., Advisory, «Collaborative and Scrutinizing Roles of Deliberative Mini-Publics», *Frontiers in Political Science*, 2021, ID., «Connecting deliberative mini-publics to representative decision-making», European Journal of Political Research, vol. 56(4), (2017), pp. 846-866; FARRELL, D. M., et al., «Deliberative Mini-Publics: Core Design Features», Centre for Deliberative Democracy and Global Governance working paper 2019/5, Canberra, 2019.
74. A panel to support the legislative initiative on «food waste» has already been convened in Brussels on 16 December 2022, another one to allow citizens «to formulate recommendations on a vision, principles, and actions to ensure that virtual worlds in the EU are fair and fit for people» has been hosted in Brussels on 24 February 2023, and yet another panel on «mobility for learning purposes» has been launched on 3 March 2023. Moreover, the Commission is currently creating a novel interactive platform that is designed similar to the Multilingual Platform. The goal is to merge multiple participation tools that are already accessible online, which includes the 'Have your say' portal and the European Citizens' Initiative website.

V. CONCLUSIONS

Thirty years after the Maastricht Treaty, it is challenging to assert that EU citizenship has fully realised its potential and that the objective of enabling effective citizen participation in the democracy of the European Union has been wholly attained. On the one hand, the development of European citizenship appears still in progress; on the other hand, the citizens of EU Member States still lack a shared consciousness of their relationship with the EU and a strong sense of European identity.

The results of the analysis demonstrate that there is a gap between legal provisions and real life: despite a multitude of legal instruments, the participation from 'ordinary' citizens in EU affairs remains limited, and the establishment of a transnational civil society - a catalyst for a meaningful and productive discussion concerning the EU - still appears distant[75].

Looking at the ECI and CoFoE experiences, it is clear that they have failed to meet the expectations they raised when introduced and have not worked efficiently in alleviating the democratic deficit of Europe: not only very few citizens are aware of them, but also there is little assurance that will impact EU legislation.

While it cannot be said that EU policymaking is automatically brought closer to citizens, it is worth considering that their primary impact may not necessarily be the adoption of substantial amounts of new legislation or the reform of the existing laws. Rather, those legal tools have a specific value: they could lead to a widening of the policymaking community in Brussels and, help to facilitate the development of a transnational European public opinion and strengthen links with like-minded individuals across the Union.

ARANZADI

Their ultimate aim is to promote a trans-European debate on issues of public concern, which can foster an EU-wide public platform.

Both of these tools have the potential to stimulate a European public discourse, but the development of European democracy and new forms of citizen participation have indeed not reached the end of the road.

75. «While there exist embryonic forms of citizen participation at virtually every stage of the policy cycle, ranging from the right to petition to the European Parliament and the right to access to documents, to the right to complain to the EU Ombudsman and European Citizens' Initiatives ("ECIs"), they remain unknown, scattered, and underused by the average European citizen». ALEMANNO, A. «Unpacking the principle of openness in EU Law», cit. p. 79. The proliferation of digital platforms and the dismantling of language barriers would seem, finally, to have fostered direct democracy; yet, it does not seem that these tools are equivalent to a complete European consciousness or to the active and knowledgeable involvement of active citizenship.

In order to promote broader civic participation based on active citizenship, it could also be important to focus on more concrete and capillary instruments such as consultations and opinions to be formulated in the 'Have your say' platform or citizen's assembly («minipublics»). Through the former, the Commission already consults variously qualified categories of citizens (entrepreneurs, students, environmentalists, trade unionists, etc.) on specific issues; through the latter, randomly selected citizens could be engaged in an open and informed deliberation on a given policy issue and make recommendations concerning the issue under discussion.

Both instruments would have the capacity to test ideas beyond entrenched political divides and provide a laboratory for a genuine cross-national political conversation in Europe. Moreover, they would achieve two significant results: the first is to encourage citizens and various components of civil society to address specific and existing European measures in a timely and informed manner and to help determine their content. The second is to arouse a sense of belonging to the EU, which can only be firmly grounded through concrete approaches. Indeed, what, more than active involvement, can convince citizens of the usefulness of the European integration process and lead them to become enthusiastic Europeans who identify with it?[76]

The legal instruments for grassroots mobilisation, designed to provide a clear right to participate in politics, could potentially change how the EU sets its agenda. It is our responsibility to strengthen the cross-border dialogue that fosters successful societal integration in the Member States of the Union while at the same time encouraging cultural growth to enhance the quality of democracy. The formation of a «European people» is a gradual process based on European citizenship[77], the role of citizenship being primarily a cultural process.

ARANZADI

In this rapidly changing global order, with the pressures of globalisation and deepening European integration, citizen-centred practices are necessary to shape and reinforce the values associated with the EU. As stated, «the train of deliberative democracy has now left the station, and there is no going back»[78].

76. F. RASPADORI, «La partecipazione dei cittadini all'Unione europea e spettro di democrazia», *Federalismi.it*, n. 12, (2022), pp. 220-240.
77. See TRIGGIANI, E., «The indispensable European integration, at maturity, between the democratic deficit and the limits of sovrenity», in this book at par.6.
78. In the words of Vice presidenete Suica in the interview dated 22 october 2022 *Citizens should be at the heart of EU policymaking* on line https://joint-research-centre.ec.europa.eu/jrc-news-and-updates/vice-president-suica-citizens-should-be-heart-eu-policymaking-2022-10-25_en

BIBLIOGRAPHY

ABELS, G., (et al.), *Next level citizen participation in the EU: Institutionalising European Citizens' Assemblies*, Bertelsmann Stiftung, 2022.

ALEMANNO, A. «Unpacking the principle of openness in EU Law: transparency, partici otential to stimulate a European public discourse, but the development of European democracy and new forms of citizen participation have indeed not reached the end of the road.

In order to promote broader civic participation based on active citizenship, it could also be important to focus on more concrete and capillary instruments such as consultations and opinions to be formulated in the 'Have your say' platform or citizen's assembly («minipublics»). Through the former, the Commission already consults variously qualified categories of citizens (entrepreneurs, students, environmentalists, trade unionists, etc.) on specific issues; through the latter, randomly selected citizens could be engaged in an open and informed deliberation on a given policy issue and make recommendations concerning the issue under discussion.

Both instruments would have the capacity to test ideas beyond entrenched political divides and provide a laboratory for a genuine cross-national political conversation in Europe. Moreover, they would achieve two significant results: the first is to encourage citizens and various components of civil society to address specific and existing European measures in a timely and informed manner and to help determine their content. The second is to arouse a sense of belonging to the EU, which can only be firmly grounded through concrete approaches. Indeed, what, more than active involvement, can convince citizens of the usefulness of the European integration process and lead them to become enthusiastic Europeans who identify with it?[76]

ARANZADI

The legal instruments for grassroots mobilisation, designed to provide a clear right to participate in policymaking, can potentially change how the EU sets its agenda. It is our responsibility to strengthen the cross-border dialogue that fosters successful societal integration in the Member States of the Union while at the same time encouraging cultural growth to enhance the quality of democracy. The formation of a «European people» is a gradual process based on European citizenship[77], the role of citizenship being primarily a cultural process.

76. F. RASPADORI, «La partecipazione dei cittadini all'Unione europea e spettro di democrazia», *Federalismi.it*, n. 12, (2022), pp. 220-240.
77. See TRIGGIANI, E., «The indispensable European integration, at maturity, between the democratic deficit and the limits of sovrenity», in this book at par.6.

In this rapidly changing global order, with the pressures of globalisation and deepening European integration, citizen-centred practices are necessary to shape and reinforce the values associated with the EU. As stated, «the train of deliberative democracy has now left the station, and there is no going back»[78].

BIBLIOGRAPHY

ABELS, G., (et al.), *Next level citizen participation in the EU: Institutionalising European Citizens' Assemblies*, Bertelsmann Stiftung, 2022.

ALEMANNO, A. «Unpacking the principle of openness in EU Law: transparency, participation and democracy», *European Law Review*, (2014), pp. 72-90.

ALEMANNO, A., *Towards a permanent citizens' participatory mechanism in the EU*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 735.927 – September 2022.

ALEMANNO, A., «Unboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic raison d'ètre», *European Law Journal*, (2020), pp. 484-508.

ALLEGRETTI, U., (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2017.

ARANZADI

AMNÅ, E., *New form of citizens participation*, Baden-Baden, 2010.

BESSON, S., UTZINGER, A., «Introduction: Future Challenges of European Citizenship – Facing a Wide-Open Pandora's Box», *European Law Journal*, vol. 13, (2007), pp. 573-590.

BIFULCO, R., «Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa: tre diverse forme di democrazia?», Allegretti, U. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze, 2010.

BORDINO, G., *Un nuovo diritto per la democrazia e lo sviluppo in Europa: l'iniziativa dei cittadini europei (ICE)*, Bologna, 2013.

BOUZA L., GARCÍA, J., GREENWOOD (eds.), *The European citizens' initiative: a first for participatory democracy?, Special issue of Perspectives on European politics and society*, 2012.

78. In the words of Vice presidenete Suica in the interview dated 22 october 2022 *Citizens should be at the heart of EU policymaking* on line https://joint-research-centre.ec.europa.eu/jrc-news-and-updates/vice-president-suica-citizens-should-be-heart-eu-policymaking-2022-10-25_en

CARTABIA, M., «La cittadinanza europea» in Enciclopedia giuridica Treccani vol VI, 1(995), p. 2 ff.

CARTABIA, M., LUPO, N., SIMONCINI, A., *Democracy and subsidiarity in Europe*, Bologna, 2013.

CENGIZ, F., «Bringing the Citizen Back into EU Democracy: Against the Input-Output Model and Why Deliberative Democracy Might Be the Answer», *European Politics and Society*, vol. 19, n. 58, (2018), pp. 577-594.

CLOSA, C., «European Citizenship and New Forms of Democracy», in AMATO G., BRIBOSIA H., DE WITTE B., *Genèse et destinée de la Constitution européenne: commentaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives d'avenir*, Brussels: Bruylant, 2007, pp. 1050-1073.

CLOSA, C., «Union citizenship and Nationality of the Member States», *Common Market Law Review*, 1995, pp. 487-518.

CONRAD, M., KNAUT, A., BÖTTGER K. (eds.), *Bridging the gap? Opportunities and constraints of the European Citizen's Initiative*, Broschiert, 2016.

CUESTA LOPEZ, V., «The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy», *European Public Law*, (2010), pp. 123-138.

ARANZADI

DOUGAN, M., «What are we to make out of the Citizens' Initiative?» *Common Market Law Review*, (2011), pp. 1807-1848.

DRAETTA, U., «I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona», *Studi sull'integrazione europea*, (2008), pp. 513-527.

DRAETTA, U., «The Democratic Principles of the European Union in the Treaty of Lisbon». *The Federalist, Political Review*, n. 2, (2008), pp. 110-118.

FABBRINI, F., «La Conferenza sul Futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche», *Research paper, Centro studi sul federalismo*, giugno (2021), pp. 1-20, online.

FABBRINI, F., «The Conference on the Future of Europe: Process and Prospects», *European Law Journal*, vol 26, issue 5-6, (2021), pp. 401-414. Doi: 10.1111/eulj.12401

FARRELL, D. M., et al., «Deliberative Mini-Publics: Core Design Features», *Centre for Deliberative Democracy and Global Governance working paper* 2019/5, Canberra, 2019.

FERRARO, F. «Il diritto di iniziativa dei cittadini europei: uno strumento efficace di democrazia partecipativa?», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, (2011), pp. 727-745.

FOLLESDAL, A., HIX, S., «Why there is a democratic deficit in the UE: a response to Majone and Moravcsik», *Journal of Common Market Studies*, pp. 533-535.

GREENWOOD, J., «Review article: Organised civil society and democratic legitimacy in the European Union», *British Journal of Political Studies*, Vol. 37, Issue n. 2, (2007), pp. 333-357.

GREENWOOD, J., TUOKKO, K., «The European Citizens' Initiative: the territorial extension of a European political public sphere?» *European Politics and Society*, (2017), pp. 166-181, DOI: 10.1080/23745118.2016.1202234

HIERLEMANN, D. et al., *Under Construction, Citizen Participation in the European Union*, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2022.

KALAITZAKI, K., «EU Citizenship as a Means of Broadening the Application of EU Fundamental Rights: Developments and Limits», CAMBIEN, N., KOCHENOV, D., MUIR E. (eds.), *European Citizenship under Stress*, Brill-Nijhoff, 2020, pp. 44-66, DOI: https://doi.org/10.1163/9789004433076_005

ARANZADI

KAUFMANN, B., *The European Citizens Initiative handbook*, Bruxelles, 2010.

KOCHENOV, D. «On Tiles and Pillars: EU Citizenship as the Federal Denominator», KOCHENOV, ed., *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, (2017), pp. 3-76.

KOCHENOV, D., PLENDER, R. «EU Citizenship: From an Incipient Form to an Incipient Substance? The Discovery of the Treaty Text», European Law Review, (2012), pp. 369-396.

KRONENBERGER, V., D'ALESSIO, M. T., PLACCO V. (eds.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée del chemis – Mèlanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles 2013, p. 193.

KUTAY, A., «Limits of Participatory Democracy in European Governance», *European Law Journal*, (2015), vol. 21(6), pp. 803-818. DOI: 0.1111/eulj.12156

LECLERC, S., «L'initiative citoyenne européenne: un premier pas vers la démocratie participative dans l'Union européenne», *La Constitution, l'Europe et le droit: mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet, Paris*, 2013, pp. 675-694.

LEVRAT, N. «L'initiative Citoyenne Europèenne: une response au deficit dèmocratique», *Cahiers de droit europèen*, (2011), pp. 53-101.

LONGO, E., «The European Citizens' Initiative: Too much democracy for EU polity?», *German Law Journal*, 20(2), (2019), pp. 181-200.

MAJONE, G., «The common sense of European Integration», *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, n. 5, pp. 607-626.

MASTROIANNI, R., MAFFEO A., (a cura di), *L'inizativa dei cittadini europei*, Napoli, 2015.

MENDES, J., «Participation and the Role of Law After Lisbon: A Legal View on Article 11 TEU», *Common Market Law Review*, vol. 48(6), (2011), pp. 1849-1878.

MICHAILIDOU, A., TRENZ, H., «The Future of Europe debate needs the intermediary power of journalism», 7th March, 2022, https://blogs.eui.eu/transnational-democracy

MORGESE, G., «Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea» in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, pp. 37-59.

ORGAN, J., «Decommissioning Direct Democracy? A Critical Analysis of Commission Decision-Making on the Legal Admissibility of European Citizens Initiative Proposals», *European Constitutional Law Review*, (2014), pp. 422-443.

ARANZADI

PATRIQUIN, L., *Permanent Citizens' Assemblies: A New Model for Public Deliberation*, Rowman and Littlefield, 2020.

PESCE, C., *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli, 2016.

PICHLER, J. W., KAUFMANN, B., *The European Citizen' Initiative: into new democratic territory*, Mortsek, 2010.

PICHLER, J. W., KAUFMANN, B., *The next big thing, making Europe ready for the Citizens' Initiative*, Mortsel, 2011.

PRODI, R., Shaping the New Europe. European Parliament, Strasbourg. 15th February 2000 SPEECH/00/41.

RASPADORI, F. «La partecipazione dei cittadini all'Unione europea e spettro di democrazia», *Federalismi.it*, n. 12, 2022, pp. 220-240.

RASPADORI, F., «La Conferenza sul futuro dell'Europa e le colonne d'Ercole della distanza dai cittadini», BlogDUE, 24 giugno 2022, pp. 1-11 reperibile *online.*

RASPADORI, F., «La democrazia partecipativa ed il diritto di iniziativa dei cittadini europei», *Studi sull'integrazione europea*, (2010), pp. 675-689.

ROMITO, A. M., «Civil Society, Democracy and the European Citizens' Initiative: What's the Missing Link?» Studia Europejskie, n. 4, (2018), pp. 235-250.

ROMITO, A. M., «European Citizens' Initiative: New Rules, New Trend?», *Law Review*, (2019), pp. 55-66.

ROMITO, A. M., «La partecipazione dei cittadini alla riforma dell'Unione europea tra nuovi modelli partecipativi e vecchi problemi», *Freedom Security and Justice*, (2023), pp. 93-120.

RUSSACK, S., «Pathways for Citizens to Engage in EU Policymaking», *CEPS Policy Insights No. 2018-14 / November 2018*.

SCHRAUWEN, A., «European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at All?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, (2008), pp. 55-64. https://doi.org/10.1177/1023263X0701500106

ARANZADI

SETÄLÄ, M., «Connecting deliberative mini-publics to representative decision-making», *European Journal of Political Research*, vol. 56(4), (2017), pp. 846-866.

SETÄLÄ, M., Advisory, «Collaborative and Scrutinizing Roles of Deliberative Mini-Publics», *Frontiers in Political Science*, 2021.

SHAW, J., «EU Citizenship and Pand Political Rights in an Evolving European Union», *Fordham Review*, (2007), pp. 2549-2578.

SIEBERSON, S. C., «The Treaty of Lisbon and its impact on the European Union's Democracy Deficit», (2007). http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1628869

SMISMANS, S., «European Civil Society and Citizenship: Complementary or Exclusionary Concepts?», *Policy and Society*, 28(1), (2009), pp. 59-70.

SMITH, G. «The European Citizens' Initiative: a new institution for empowering Europe's citizens?», M. DOUGAN, N. NIC SHUIBHNE, E. SPAVENTA (eds.), *Empowerment and disempowerment of the European citizen*, Oxford, 2012.

TRIGGIANI, E., «La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale», *Studi sulla integrazione europea*, (2006), pp. 435-477.

TRIGGIANI, E., «The indispensable European integration, at maturity, between the democratic deficit and the limits of sovereignty», in this book at par. 6.

VAN ROSSEM, J. W., «Political citizenship in European Union: what it means, how it came about and what challenges lie ahead», DER HARST, J., HOOGERS, G., VOERMAN, G., (ed.) *European citizenship in European Citizenship in Perspective. History, Politics and Law*, University of Groningen, the Netherlands, 2018, pp. 11-41.

VILLANI, U., «Les principes démocratiques et l'initiative citoyenne européenne dans le Traité de Lisbonne», KRONENBERGER, V., D'ALESSIO, M. T., PLACCO V., (coord.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013.

VILLANI, U., «La cittadinanza dell'Unione europea», AA.VV. Studi in ricordo di Antonio Panzera, Bari, 1995, II, pp. 1001-1039.

VILLANI, U., «Considerazioni sulla democratizzazione dell'Unione europea», *Studi sulla integrazione europea*, 2015, pp. 217-224.

VON BOGDANDY, A., «La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa», *Quaderni Costituzionali*, (2021), pp. 699-701.

ARANZADI

VON BOGDANDY, A., «The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations Armin», *The European Journal of International Law*, Vol. 23, no. 2, (2012), pp. 315-334.

WEILER, J., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999.

WIENER, A. «The Constructive Potential of Citizenship: building European Union», *Policy & Politics*, 27, (1999), pp. 271-293.

ZICCHITTU, P., «Il diritto di iniziativa dei cittadini: un nuovo strumento di partecipazione all'interno dell'Unione europea», *Quaderni costituzionali*, (2010), pp. 621-625.

Capítulo VI

El baluarte de los derechos humanos en la Unión Europea: desde los fundamentos de Maastricht hacia la regulación de la actividad empresarial [1]

Estrella del Valle Calzada
Investigadora posdoctoral de Derecho Internacional Público. Universitat de València

ARANZADI

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. EL AMPARO DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LOS ORÍGENES DE LA ORGANIZACIÓN. III. DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA A LOS PLANES DE ACCIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA. IV. POSICIÓN INTEGRAL DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE RESPETO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL. *1. El horizonte hacia una iniciativa legislativa europea sobre diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos. 2. La Unión Europea y su posición en la negociación del Instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.* V. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

1. Este trabajo se ha realizado en el marco de la concesión de ayudas para la recualificación del sistema universitario español del Ministerio de Universidades del Gobierno de España, financiadas por la Unión Europea, NextGenerationUE (modalidad Margarita Salas, 2022), durante una estancia de investigación adscrita a la ayuda en el Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (Universitat Rovira i Virgili).

I. PLANTEAMIENTO

La firma en el año 1992 del Tratado de Maastricht supuso un avance cualitativo en el proceso de integración supranacional de la organización, con numerosos cambios sustantivos y competenciales, encaminados hacia la ya consolidada Unión Europea (UE). No obstante, el proceso también se acompañó de incertidumbres y contradicciones que provocaron que muchos desafíos quedaran ya entonces irresolutos[2].

La negociación del Tratado, en el camino hacia una mayor integración, confrontó muchas lógicas nacionales y supranacionales, así como también las surgidas de las relaciones interestatales; todo ello, tanto en el plano económico, monetario, de acción exterior, o social, entre otros. El aniversario de esta efeméride nos compele a reflexionar sobre el proceso desarrollado, los éxitos alcanzados y los fracasos que han quedado todavía en un estadio cuasi cronificado.

Desde esta contextualización inicial, la presente contribución centrará algunas cuestiones específicas relativas a la evolución del tratamiento de los derechos humanos de la organización. Aunque partiendo de un carácter más general, dedicaremos especial atención a un sector normativo en auge en el seno de la UE: la normativa que pretende asegurar el respeto de los derechos humanos por parte de las entidades empresariales en el desarrollo de su actividad económica. Su análisis será realizado desde la óptica del tratamiento evolutivo de los derechos humanos en la UE, desde Maastricht, cuyo aniversario centra la presente obra, hasta nuestros días.

ARANZADI

II. EL AMPARO DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LOS ORÍGENES DE LA ORGANIZACIÓN

El análisis de los avances en materia de derechos humanos desde la óptica de la Unión Europea (UE) debe partir del conocimiento de que su tratamiento no encajaba en el enfoque puramente económico y comercial que la organización tuvo en su fundación, más allá del principio de igualdad o de libertad de circulación. Es manifiesto que los tratados constitutivos (Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Comunidad Económica Europea y Comunidad Europea de la Energía Atómica) no contaban con disposiciones de las que se derivara la preceptiva protección de los derechos humanos. Todo ello, además, teniendo en cuenta que el Consejo de Europa, organización regional europea fundada en 1949, ya estaba llamado a centrar

2. MORENO JUSTE, A., SANZ DÍAZ, C. y TREGLIA, E., «España y la nueva Europa. Treinta años del Tratado de Maastricht», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 82, 2023, pp. 69-79, p. 71.

su labor en materia de protección y defensa de los derechos fundamentales, aduciéndose en el contexto un potencial solapamiento de funciones.

Ya desde sus comienzos, la ausencia de un catálogo de derechos humanos propio parecía poner en cuestión el éxito de la integración europea, en tanto afectaba al mismo Estado de derecho que se propugnaba[3]. No obstante lo anterior, y pese a tales ausencias, tal y como sostiene Fernández Liesa «la Unión Europea es un resultado del sueño kantiano de la paz a través del Derecho», y ello refiriéndose al objetivo de reemplazar el enfrentamiento y la conflictividad tras dos guerras mundiales por políticas de cooperación y progreso económico[4]. Así, si bien los derechos humanos no encontraron una dedicación central en los inicios, sí lo hacían indirectamente a través de los éxitos que pudieran derivarse de la construcción europea.

En los primeros años, esta falta de positivización de los derechos fundamentales comenzó a ser subsanada por vía jurisprudencial y con referencias al posible contenido de los principios generales del derecho que también pudieran integrar las fuentes del derecho comunitario, derivándose tanto de la tradición constitucional recogida por los Estados miembros como de lo dispuesto en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aunque agradeciendo las aportaciones jurisprudenciales, con el proseguir de la organización esta laguna e indeterminación comenzó a ser colmada gracias a los avances que trajo consigo la aprobación del Tratado de Maastricht, hace ya más de tres décadas.

ARANZADI

La nueva Unión, creada sobre la base de tres pilares, a saber, las comunidades europeas ya existentes, la llamada Política Exterior y de Seguridad Común, y la cooperación policial y judicial en materia penal, quedaba asentada sobre el reconocimiento de un conjunto de derechos, así referidos en las disposiciones comunes; en concreto, en el artículo F.2 del Tratado, con el siguiente tenor literal:

> «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

3. ROLDÁN BARBERO, J., «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 16, 2003, pp. 943-991, p. 943.
4. FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «Reconquistar los derechos humanos por la Unión Europea», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales,* núm. 45, 2022, pp. 27-50, p. 32.

Esta mención, como mantiene Enterría, tiene una importancia de primer orden, en tanto de ella se desprende una vinculación efectiva a los Estados derivada del propio Tratado a ratificar. De su contenido, el autor determina la existencia de un verdadero estatus constitucional para la organización[5].

Como es bien sabido, el Tratado de Maastricht fue modificado de forma sucesiva, tanto por el Tratado de Ámsterdam (1997), como de Niza (2001) o de Lisboa (2007), en este último caso de forma ampliamente relevante, en tanto se puso fin a la Comunidad Europea y a la estructura de tres pilares definida con las aportaciones de Maastricht. Así, la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (TUE), en su esencialidad basado en el Tratado de Maastricht, recoge en su artículo 2 el reconocimiento de los principales valores en los que se basa la Unión, entre los que necesariamente, y como baluarte de la organización, debe encontrarse la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales[6].

Sobre los cuantiosos avances de Maastricht, la UE ha ido construyendo su política en materia de derechos humanos, identificándola como un nuevo eje prioritario en su actuación. En consecuencia, la UE asume como paradigma irrenunciable la promoción, defensa y protección de los derechos humanos y de la democracia, tanto a nivel interno, en relación con la ciudadanía europea, como en sus relaciones con otros países y regiones del mundo. Este consolidado discurso, sin embargo, ha desde entonces la actuación de la organización bajo exigentes parámetros, lo que ha provocado sendas críticas en los últimos años centradas en la hipocresía del discurso europeo en contraste con los efectos de algunas de sus políticas.

ARANZADI

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas,* núm. 1, 1993, pp. 473-480, pp. 476 y 478. Tal y como también menciona el autor, cabe mencionar que la contraparte de esta disposición estaba recogida en las disposiciones finales del título VII, donde se excluía esta temática de las competencias asignadas al Tribunal de Justicia, entonces de las Comunidades Europeas, aunque buscando colmar su ausencia a través de la interpretación jurisprudencial tendente a la protección de los derechos fundamentales.

6. Como dispone el artículo 2 del TUE, la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

III. DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA A LOS PLANES DE ACCIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA

Con el germen ya sembrado en Maastricht, años más tarde, y por medio del mentado Tratado de Niza, se aprobó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, un documento con gran significación para la organización y para sus Estados Miembros[7]. Aunque inicialmente aprobada con valor meramente político, con el Tratado de Lisboa se le otorgó valor jurídico gracias a su identificación como derecho primario de la Unión. La aprobación de esta Carta pretendía reorientar la agenda hacia la consecución de los valores que comenzaba a propugnar más allá del crecimiento económico y el desarrollo comercial, lo que marcó un hito en la invocación de la UE como organización que propugna el respeto y promoción de los derechos.

Especialmente desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009, la Carta de Derechos ha ido influyendo en los procesos legislativos y en las políticas aprobadas en el marco de la Unión[8]. Sin embargo, las críticas no han dejado de sucederse, a razón de que en muchos casos los resultados contrarían las aspiraciones, tanto en el ámbito interno como en cuestiones de política exterior: las respuestas políticas en materia de migración y refugio, que aproximan a la organización a la «fortaleza» que carga con cientos de muertes en el mar Mediterráneo; el aumento de las políticas discriminatorias contra las minorías y el auge de los extremismos; las políticas de ajuste económico tras la crisis, que ahogan a las personas y a las familias y que están lejos de garantizar el disfrute de derechos sociales básicos; la connivencia con gobiernos corruptos y que vulneran los derechos humanos, haciendo eco de un claro doble rasero internacional movido por el interés económico y geopolítico de la organización; o, como centra esta contribución, la inacción frente a vulneraciones de derechos humanos perpetradas por corporaciones empresariales europeas.

ARANZADI

7. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* DO C 202/389, de 07.06.2016 (versión consolidada). Sobre esta cuestión, analizada en tiempos de su aprobación, véase: LIROLA DELGADO, I., «La protección de los Derechos Humanos en la Unión Europea. Reflexiones a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Agenda Internacional,* núm. 20, 2004, pp. 93-111.
8. Sobre las propuestas de mejora de su implementación resulta de alto interés un informe publicado en 2016 a solicitud de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo. Véase: DE SCHUTTER, O., «The Implementation of the Charter of Fundamental Rights in the EU institutional framework. Study for the AFCO Committee», 2016, disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571397/IPOL_STU(2016)571397_EN.pdf (última consulta: 20.03.23).

En el hilo evolutivo de la organización en esta temática, destacamos que en el año 2012 se adoptó el Marco Estratégico sobre Derechos Humanos y Democracia, con el objetivo de fomentar la integración de perspectivas de derechos humanos en las políticas de la UE[9]. A tal fin, se reiteró el compromiso de la organización en la promoción y protección de los derechos humanos desde un enfoque universal e indivisible, refiriendo tanto a derechos civiles y políticos, como a derechos económicos, sociales y culturales[10]. Esta responsabilidad fue adoptada de forma conjunta y global, dígase, tanto por parte de cada uno de los Estados miembros como por la misma organización, y tanto en las políticas internas como en las exteriores, en pro de un rol ejemplar fuera de las fronteras europeas. Siguiendo esta línea, el Marco Estratégico dispuso que «la UE trata de evitar la violación de los derechos humanos en todo el mundo y, en caso de que ocurra, garantizar que las víctimas accedan a la justicia y la reparación de daños, y que los autores rindan cuenta por ello. Para tal fin, la UE aumentará sus esfuerzos por fomentar los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en todos los aspectos de la acción exterior». Desgraciadamente, y pese a los avances alcanzados, el éxito de su puesta en práctica ha sido y sigue siendo altamente cuestionado.

Este documento de carácter contextual venía acompañado de un Plan de Acción cuatrienal para los derechos humanos y la democracia, de aplicación al período 2012-2014[11], al que le siguieron los publicados en 2015 y en 2020. En estos planes se definen las prioridades y las acciones estratégicas de la UE en la promoción y defensa de los derechos humanos y la democracia, tanto a nivel nacional, como regional o multilateral.

ARANZADI

El último Plan de Acción publicado[12] propugna el fortalecimiento del vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente —en la línea dispuesta por el Plan Verde Europeo—, la minimización de los riesgos derivados de las nuevas tecnologías, la necesidad de intensificar la acción en

9. Consejo de la Unión Europea, «EU Strategic Framework on Human Rights and Democracy», 11737/12, de 25.06.2012. La aprobación de este documento se basó a su vez en lo dispuesto en la Comunicación Conjunta «Los derechos humanos y la democracia en el centro de la acción exterior de la UE. Hacia un enfoque más eficaz», adoptada por la Comisión Europea en diciembre de 2011.
10. *Ibid.,* p. 4.
11. Cristina Churruca y María Nagore cuestionan la conexión entre el Marco Estratégico y el contenido de los Planes de Acción, detectando claras inconsistencias. Véase: CHURRUCA, C. y NAGORE, M., «The EU's Framework for the Promotion of Human Rights and Democracy Support», *Cuadernos Europeos de Deusto,* núm. 53, 2015, pp. 19-51, p. 30.
12. Consejo de la Unión Europea, «Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024», de 18.11.2020, disponible en https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12848-2020-INIT/es/pdf (última consulta: 20.03.23).

materia de protección y efectividad de derechos económicos, sociales y culturales, la especial protección de las personas defensoras de derechos humanos o la focalización en el binomio empresas-derechos humanos, temática en la que centraremos el último epígrafe de este trabajo por erigirse como uno de los ejes nucleares de las iniciativas más recientes desarrolladas desde la UE en materia de derechos humanos.

IV. POSICIÓN INTEGRAL DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE RESPETO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

La UE, pese a hacer eco de su rol como potencia normativa en materia de protección de los derechos humanos, sigue siendo objeto de numerosas críticas por su doble rasero. Al halo de criticismo general se adiciona también que no haya logrado a la fecha poner fin a la lacra jurídica que ampara la impunidad corporativa. Si bien son numerosas las propuestas políticas y normativas en las que se ha ido avanzando, su carácter timorato no llega a satisfacer los estándares requeridos de control y vinculatoriedad.

Desde la UE se han impulsado numerosas iniciativas surgidas del ámbito internacional mediante su integración en documentos programáticos de la organización, al tiempo que también se han desarrollado propuestas propias emanadas de la misma entidad. En esta línea de trabajo, en el año 2011 la Comisión Europea aprobó la «Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas», documento en el que se enraizaba la política de responsabilidad social empresarial europea sobre la base del marco global evolutivo y, en consonancia, sobre los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU. Tras asumir su contenido, se invitaba a los Estados miembros a que elaboraran sus propios Planes de Acción Nacional para finales de 2012[13], misión que más de diez años después no puede considerarse plenamente satisfecha.

ARANZADI

En línea con esta primera estrategia, la UE ha puesto en marcha diversos proyectos, ya sea a través de políticas organizacionales o mediante la aprobación de normativa sectorial u horizontal[14]. A los efectos que nos ocupan, nos centraremos únicamente en la reciente iniciativa legislativa en materia de diligencia debida empresarial que está siendo objeto de

13. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, COM (2011) 681 final.

14. Entre otros instrumentos aprobados recientemente en la UE, en el marco del control de la actividad empresarial en el respeto a los derechos humanos y la sostenibilidad,

debate y negociación a la fecha, coincidiendo con el aniversario de la aprobación del Tratado de Maastricht.

Antes de profundizar en el contenido de esta iniciativa, conviene aclarar que su llegada se acompaña de un momento de gran incertidumbre y manifiestas carencias normativas. En dicho contexto, comenzaron a surgir múltiples iniciativas legislativas de Estados miembros sobre la materia, tanto en la línea del carácter sectorial —como la ley holandesa de diligencia debida sobre el trabajo infantil (2019)—, como de carácter general, —entre otras, la ley francesa del deber de vigilancia (2017), la ley alemana sobre diligencia corporativa en las cadenas de suministro (2021), o en caso de que concluya el proceso de negociación ya iniciado, el anteproyecto de ley española de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales[15]—. Esta vorágine normativa provocó que desde la institución europea se decidiera iniciar un proceso legislativo propio, en un intento de ofrecer respuestas regionales que frenasen posibles alteraciones del mercado interior.

1. EL HORIZONTE HACIA UNA INICIATIVA LEGISLATIVA EUROPEA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

ARANZADI

El enfoque del que parte esta propuesta legislativa radica en la importancia nuclear de la debida diligencia empresarial en materia de derechos

pueden ser citados los siguientes: Reglamento (UE) n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera; Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo; Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010; o, entre otros, la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. También exige una especial mención el desarrollo del régimen de sanciones de alcance global de la UE en materia de derechos humanos, que toma como precedente la Global Magnitsky Human Rights Accountability Act de Estados Unidos, y que resulta aplicable tanto a personas físicas como jurídicas.

15. Puede consultarse la información sobre la consulta pública abierta en el siguiente enlace: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/220208_consulta_publica_definitiva.pdf (última consulta: 20.03.23).

humanos, concepto que renace con fuerza a partir de la aprobación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. En abril de 2020, Didier Reynders, Comisario Europeo de Justicia, anunció el compromiso de comenzar a trabajar en una iniciativa legislativa sobre obligaciones para las empresas de la UE; una norma que asumiría un carácter general y no estaría centrada en propuestas de regulación sectorial como las que existían hasta la fecha[16].

A esta comunicación, que auguraba un compromiso de máximos, le siguió la apertura de una consulta pública en octubre de 2020 sobre gobierno corporativo responsable o sostenible y el sucesivo anuncio de un informe por parte del Parlamento Europeo, publicado finalmente el 10 de marzo de 2021. Este informe incluía recomendaciones a la Comisión sobre diligencia debida y responsabilidad empresarial, con propuestas concretas para la iniciativa legislativa planteada[17]. Junto con recordar la necesidad de un marco jurídico armonizado en la UE[18], se recomendaba una iniciativa legislativa de carácter transversal, que incluyera a las instituciones financieras, y que quedara ampliada a «los impactos adversos y violaciones potenciales o reales que una empresa haya causado o con los que pueda estar vinculada a lo largo de su cadena de suministro»[19]. Todo ello, en línea con una propuesta garantista y progresista que también acogiera un régimen de responsabilidad civil y penal frente a las potenciales vulneraciones de derechos[20].

ARANZADI

Meses más tarde, y con cierto retraso ante los plazos previstos, el 23 de febrero de 2022, la Comisión Europea adoptó una Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad[21]. A esta publicación, centro de gran debate y análisis, y continuando con el proceso legislativo, le siguieron diversos informes, entre ellos, el Dictamen

16. Este anuncio traía causa en las conclusiones de un interesante estudio para la Comisión Europea realizado por varios institutos de investigación —BIICL, CIVIC Consulting y London School of Economics— sobre los requisitos de la diligencia debida en la cadena de suministro. Véase: BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW Y OTROS, «Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report», 2020, disponible en https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en (última consulta: 20.03.23).
17. Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa [2020/2129(INL)].
18. *Ibid.*, párr. 19.
19. *Ibid.*, párr. 20.
20. *Ibid.*, párr. 56.
21. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM(2022) 71 final, de 23.2.2022.

del Comité Económico y Social Europeo, el 14 de julio de 2022[22], y la Orientación General del Consejo, el 1 de diciembre del mismo año, sobre la base del informe presentado por el Comité de Representantes Permanentes[23]. Finalmente, en junio de 2023, el Parlamento Europeo, tras el paso del documento por sus diferentes comisiones, aprobó las enmiendas sobre la propuesta en primera lectura del procedimiento legislativo ordinario[24].

A grandes rasgos, esta propuesta persigue el establecimiento de un marco jurídico obligatorio que incorpore obligaciones empresariales de debida diligencia en materia de derechos humanos y medio ambiente con carácter transversal a todos los sectores de actividad[25]. En otros términos, que las empresas que operen en el mercado interior de la UE tengan que adoptar medidas tendentes a identificar, prevenir, mitigar, eliminar y reparar los efectos adversos derivados de las actividades empresariales en los derechos humanos y el medio ambiente.

La Propuesta de Directiva de la Comisión pretende abarcar seis acciones específicas, a saber, la integración de la diligencia debida en las políticas; la identificación de impactos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente; la prevención o mitigación de los impactos potenciales y la minimización de los reales; el establecimiento de procedimientos de reclamaciones; la supervisión de la eficacia de las decisiones adoptadas; y su comunicación[26]. Debido a su amplitud, su publicación fue objeto de críticas tempranas en tanto había ignorado propuestas muy

ARANZADI

22. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo. Gobernanza empresarial sostenible, INT/973-EESC-2022, de 13.07.2022.
23. Orientación General. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, 15024/1/22, de 30.11.2022. Uno de los ejes centrales de la falta de consenso, y que motivó la necesidad de sucesivas reuniones, se encontraba en el concepto de «cadena de actividades» y en la inclusión de la cobertura de la prestación de servicios financieros prestados por las empresas financieras.
24. Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 1 de junio de 2023 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 [COM(2022)0071-C9-0050/2022-2022/0051(COD)].
25. Márquez Carrasco identifica un avance de la Propuesta de Directiva con respecto a los Principios Rectores de la ONU, en tanto esta abarca también cuestiones relativas al medio ambiente y al cambio climático, prueba de la conexión existente entre la comisión de daños medioambientales y la afectación directa a los derechos humanos. A tal efecto, véase: MÁRQUEZ CARRASCO, C., «Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos. Orígenes, evolución y perspectivas de futuro», vol. 14, núm. 2, 2022, párr. 80.
26. *Ibid.*, párr. 89.

ambiciosas que el Parlamento Europeo había compartido en su primer informe[27].

Una de las cuestiones más controvertidas de su contenido y que sigue siendo objeto de debate en sus diferentes fases legislativas refiere a la definición de su ámbito de aplicación: empresas domiciliadas en la UE o extracomunitarias con actividad en la Unión que superen unos determinados umbrales en términos de volumen de negocio o de número de trabajadores y trabajadoras[28]. La Propuesta de Directiva refiere de forma expresa a la actividad empresarial propia, de sus filiales y de esas empresas con las que exista una «relación comercial establecida». En este sentido debe tenerse en cuenta que en infinidad de casos las más graves vulneraciones de derechos se producen precisamente en las primeras etapas de la producción, en los eslabones más alejados de la matriz empresarial europea que, además, suelen ser aquellos que determinan los bajos costes[29]. En consonancia, el rango de extensión de la cadena de valor resulta nuclear para la potencial eficacia de la norma.

Mientras que desde el Consejo se abogaba por una mayor restricción, en las recientes enmiendas publicadas por el Parlamento Europeo se propone ampliar la definición, refiriendo de forma expresa a «las actividades de las entidades de su cadena de valor con las que dichas empresas mantengan una relación comercial». Esta misma coherencia se mantiene en la enmienda que se propone a la definición de relación comercial, mejorada a nuestro entender con respecto a la Propuesta de la Comisión. En concreto,

ARANZADI

27. Para un análisis en profundidad del contenido de la propuesta de la Comisión Europea, desde un enfoque comparativo con otras propuestas como la del Parlamento Europeo de 2021 o iniciativas nacionales, véase: METHVEN O'BRIEN, C. y MARTIN ORTEGA, O., «Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analisis from a human rights perspective. In-depth analisis requested by the DROI Subcommittee», EP/EXPO/DROI/FWC/2019-01/Lot6/1/C/16, 2022, disponible en https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/EXPO_IDA(2022)702560 (última consulta: 20.03.23).

28. La determinación de estos umbrales siempre es problemática; prueba de ello, el actual debate en sede de Parlamento y Consejo. El informe de enmiendas del Parlamento aborda los criterios que determinan los umbrales de aplicación de la Directiva, reduciendo de 500 a 250 empleados y un volumen de negocios mundial neto que supere los 40 millones de euros, en lugar de los 150 millones que determinaba la propuesta inicial de la Comisión. En consonancia, con esta enmienda el ámbito de aplicación quedaría ampliado mediante la reducción de los umbrales.

29. La propuesta de la Comisión Europa parece poder cubrir un amplio umbral de eslabones; sin embargo, en sede del Consejo ya se han propuesto modificaciones, tales como la supresión de las referencias a «relación comercial» y su reemplazo por «socio comercial», o la sustitución de las menciones a «cadena de valor» por «cadena de actividades». Así se recoge en: Orientación General. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, 15024/1/22, de 30.11.2022, párr. 17 y párr. 18.

se define como «una relación directa o indirecta de una empresa con un contratista, un subcontratista u otra entidad de su cadena de valor»[30]. En consonancia con su contenido, se propone eliminar la definición relativa al concepto de «relación comercial establecida» presente en la propuesta inicial de la Comisión.

Otro relevante avance derivado de las enmiendas propuestas por el Parlamento se encuentra en la amplitud de la definición de las partes interesadas afectadas, relevante en tanto se les otorga la capacidad de consulta e información. Respondiendo a las reivindicaciones de los colectivos sociales y activistas, se incluye de forma expresa a «los representantes legítimos de dichas personas o grupos, incluidos los trabajadores y sus representantes y los sindicatos de la empresa, de sus filiales y de toda su cadena de valor»[31]. A estos efectos, se incorpora en un nuevo artículo 8 quinquies el desarrollo de una colaboración significativa con estas partes interesadas afectadas. Esta colaboración tiene por objeto entablar interacciones y diálogo en los procesos de diligencia debida, debiendo consultar con estos colectivos, previamente identificados siguiendo los criterios de la propuesta, su posición sobre el desarrollo de la política empresarial específica de diligencia debida.

Las enmiendas del Parlamento Europeo inciden en otros dos aspectos de nuclear importancia: por un lado, la inclusión de las empresas financieras en el ámbito de aplicación de la norma con el nuevo artículo 8 apartado 2 ter[32], sector que había sido excluido por el Consejo. Por otro, se incide en la diligencia debida climática, detallando las obligaciones climáticas de las empresas. Esta cuestión, pese a la centralidad de la sostenibilidad en la propia nomenclatura del documento —que de entre otros sectores, sin duda incluye el medioambiental—, fue radicalmente recortada en la Orientación General del Consejo.

ARANZADI

30. Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo..., [COM(2022)0071-C9-0050/2022-2022/0051(COD)], *op. cit.*, artículo 3, apartado 1, letra e. Por su parte, en la propuesta de la Comisión se sintetizaba como sigue: «e) "relación comercial": una relación con un contratista, un subcontratista o cualquier otra persona jurídica ("socio")».
31. Prosigue: «en los casos en que no haya personas, grupos o comunidades afectados por un efecto adverso en el medio ambiente, las organizaciones creíbles y experimentadas cuyo objetivo incluya la protección del medio ambiente». *Ibid.*
32. Se recoge con el siguiente tenor literal: «a efectos del presente artículo, se presumirá que las empresas financieras están directamente vinculadas a un efecto adverso en su cadena de valor sin causarlo ni contribuir a ello». Véase: Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo... [COM(2022)0071-C9-0050/2022-2022/0051(COD)], *op. cit.*, artículo 7, apartado 1 ter (nuevo), enmienda 158.

Con base en estos ejes sustantivos generales, se vislumbra una norma de gran relevancia, aunque sometida a críticas y motivos de reticencia. Su contenido presenta todavía numerosas cuestiones que se augura que seguirán siendo objeto de un arduo debate y negociación en las sucesivas fases del proceso legislativo. Su éxito dependerá de la verdadera voluntad política de crear soluciones reales para combatir las vulneraciones asociadas a la actividad empresarial, desde la prevención, pero también desde la exigencia de responsabilidad.

Ello enlaza este análisis con otra cuestión de calado en el contenido de esta norma, a los efectos de valorar si efectivamente podrá ser el acicate para poner fin a la impunidad corporativa, y es que los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos se acaben convirtiendo en un mero requisito para la exención de responsabilidad. Lo cierto es que del contenido de las negociaciones llevadas hasta la fecha no parece poder concluirse que se esté ofreciendo una respuesta satisfactoria a los complejos obstáculos a los que se enfrentan las víctimas para iniciar procesos de rendición de cuentas. Como sostiene Márquez Carrasco, la propuesta no refleja una contribución a eliminar trabas tales como el elevado coste de las reclamaciones transnacionales, la capacidad legal restringida, el problemático acceso a material probatorio o la desproporción en la carga de la prueba[33]. Entre otras razones, porque pese a la recomendación realizada por el Parlamento en un estadio inicial, se rechazó la modificación de los Reglamentos Bruselas I y Roma II que podrían haber coadyuvado a simplificar los procesos de litigación transnacional[34].

ARANZADI

Autoras como Guamán apuntan que la Propuesta de la Comisión tiene un enfoque contenido[35]; sus avances son timoratos, apocados en la satisfacción de las expectativas iniciales que surgieron con su anuncio. La regulación de esta materia, partiendo de su necesidad y de su pertinencia al tiempo presente, debería tomar como dirección los postulados de Maastricht, alejándose así de un discurso de mera contención para pasar a la verdadera invocación del respeto y garantía de los derechos humanos. Este enfoque «contenido» de la UE sigue la estela de la férrea oposición que ha

33. MÁRQUEZ CARRASCO, C., «Instrumentos sobre la...», *op. cit.,* párr. 107.
34. Entre otros, y a nivel sustantivo, también es objeto de crítica la ausencia en la Propuesta de Directiva de una perspectiva basada en el género y en la migración, y su especial incidencia en las cadenas de suministro globales. Sobre esta reflexión, véase: CAMAS RODA, F., «El trabajo digno y la propuesta de diligencia debida de las empresas impulsada por la Unión Europea bajo la óptica de la igualdad de género y las migraciones», *Revista Crítica de Relaciones del Trabajo. Laborum,* núm. 3, 2022, pp. 45-61.
35. GUAMÁN, A., «El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo», *Trabajo y Derecho,* núm. 88, 2022, p. 16.

mantenido en una de las iniciativas internacionales más garantistas y avanzadas en la materia, como es la negociación del Instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos, desarrollada en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y que será objeto de ulterior análisis.

2. LA UNIÓN EUROPEA Y SU POSICIÓN EN LA NEGOCIACIÓN DEL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE PARA REGULAR LAS ACTIVIDADES DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS COMERCIALES

En la lucha contra la impunidad empresarial, una de las principales carencias y a la vez, una de las más pronunciadas reivindicaciones, es la existencia de normas vinculantes para la regulación de la actividad conforme a los estándares de respeto y protección de los derechos humanos. Los movimientos que pretenden colmarla reivindican la eliminación de la asimetría normativa que consolida las situaciones de impunidad[36]: la existencia de marcos jurídicos de protección de las inversiones de carácter vinculante junto con meras normas voluntarias o códigos de conducta para la protección de los derechos humanos por parte de las entidades privadas[37].

Con este objetivo, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU decidió en el año 2014, por medio de la Resolución 26/9, establecer la creación de un Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta (OEIGWG, por sus siglas en inglés) al que se le encomendaría el mandato de «elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos»[38]. Desde la creación en 2014 del OEIGWG se han celebrado ya nueve sesiones de trabajo, la última en octubre de 2023, presentando tres borradores revisados[39]. De un modo generalista, en un análisis de la evolución de su negociación puede apreciarse un progresivo vaciamiento de contenido en contraste con los objetivos iniciales

ARANZADI

36. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales,* Bilbao, Hegoa, 2009, pp. 25-26.
37. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y MORENO GONZÁLEZ, G., *Empresas transnacionales y Derechos Humanos: la necesidad de un instrumento vinculante,* Albacete, Bomarzo, 2008.
38. A/HRC/RES/2679, «Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos», 2014.
39. En la tercera sesión del OEIGWG se presentó un documento que conformaba los elementos que habría de contener el proyecto (2017). Tras ello, en la cuarta sesión del OEIGWG, el borrador cero del instrumento jurídicamente vinculante y del protocolo facultativo (2018); en la quinta sesión, un borrador revisado (2019); en la sexta, un

que marcaba tanto la Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos como el detalle aportado en las primeras deliberaciones.

Como en toda organización de carácter supranacional, la UE solo tiene competencias dentro de los límites atribuidos por los Estados miembros y, en este caso, según lo dispuesto por el derecho primario de la organización, en todo lo no atribuido, la competencia se mantendrá en el ámbito competencial de los propios Estados. A la luz del artículo 4 del TUE, la UE tiene competencia legislativa para negociar y celebrar acuerdos internacionales. Cuando se aborda una competencia atribuida en exclusiva a la UE, ésta también la asumirá para negociar acuerdos internacionales. En el caso de que sea compartida, ambos, Estados integrantes y organización internacional, podrán adoptar actos jurídicos vinculantes. En esos supuestos, a los fines de evitar problemas competenciales, es habitual que tanto los Estados como la UE participen de forma conjunta en la negociación del acuerdo, tratando, en la medida de lo posible, de presentar una voz de conjunto.

No es cuestión baladí plantear si la UE tiene o no competencia para negociar acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, en tanto se trata de una cuestión no recogida de forma expresa en el derecho primario[40]. En consonancia, y más tratándose de una norma que vincula la actividad empresarial con los derechos humanos, tendría que analizarse el detalle del contenido del potencial acuerdo a adoptar, en este caso el mentado Instrumento jurídicamente vinculante, sobre la óptica del reparto de competencias. Un ejemplo de competencia exclusiva de la UE podría encontrarse en el ámbito de la política comercial, tal y como dispone el artículo 3.1. del TFUE. En tanto en los borradores del Instrumento se refiere al contenido e impacto de los acuerdos comerciales y de inversión, su negociación correspondería a la UE. Por su parte, la temática relativa al acceso a la justicia abordaría cuestiones de derecho procesal de los propios Estados miembros. También podría plantear conflictos competenciales la esperada aprobación de la Directiva sobre diligencia debida empresarial, en tanto muchas cuestiones abordadas podrían entrar en contacto o en colisión con su contenido[41].

ARANZADI

---

segundo borrador (2020); en la séptima, el tercer borrador (2021), a su vez comentado en la octava (2022) y enmendadado en la novena (2023). Su evolución puede ser consultada en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session7/Pages/Session7.aspx (última consulta: 20.03.23).

40. BERNAZ, N., KRAJEWSKI, M., MOHAMADIEH, K. y ROUAS, V., «The UN Legally Binding Instrument and the EU proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Competences, comparison and complementarity», 2022, p. 11, disponible en https://www.fidh.org/IMG/pdf/complementarity_study_on_eu_csddd_and_un_lbi_october_2022.pdf (última consulta: 20.10.23).

41. *Ibid., Anexo I.* El informe realiza un análisis detallado de temáticas abordados por el Borrador de Tratado Vinculante y su adscripción a competencias propias de la UE o de los Estados miembros.

Si bien la UE ha venido interviniendo en la negociación desde la primera de las reuniones, lo ha hecho en ausencia de un mandato formal. Su rol quedó reforzado en el año 2018, coincidiendo con la cuarta reunión del Grupo de Trabajo, y tras una resolución aprobada por el Parlamento Europeo. En ella se reiteraba una vez más su petición a la Unión y a sus Estados miembros de que participasen de buena fe y constructivamente en las negociaciones y en el proceso intergubernamental orientado a la realización del mandato del OEIGWG[42]. En el año 2021, de nuevo mediante una resolución del Parlamento, se reiteró esta petición de diseño de un mandato formal, coincidiendo con el ya mencionado documento de recomendaciones sobre la iniciativa legislativa de diligencia debida empresarial a nivel de la UE. En concreto, se recogía[43]:

> «30. Pide a la Comisión que proponga un mandato de negociación para que la Unión participe constructivamente en la negociación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas que regule, en el ámbito del Derecho internacional sobre derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y de otras empresas».

Parece que cada vez más Estados miembros se muestran simpatizantes al avance de las negociaciones y surgen nuevas voces que claman por el establecimiento de un mandato específico de la UE. Máxime, ante la necesidad de determinar el reparto de competencias para dicha negociación —como se ha mencionado, el proyecto de Instrumento Jurídicamente Vinculante abarca tanto cuestiones vinculadas al comercio internacional como al derecho procesal nacional—. La coordinación entre la organización y los Estados miembros, especialmente ante la esperada aprobación de la Directiva sobre diligencia debida empresarial, se vuelve más necesaria que nunca.

ARANZADI

Debe también señalarse que, pese a la ausencia de este mandato formal, la UE ha mantenido una posición obstruccionista desde el inicio de las negociaciones, alegando, entre otros, los procesos normativos tanto nacionales como regionales que ya se estaban adoptando en materia de diligencia debida empresarial en derechos humanos. Todo ello, a sabiendas de la disparidad existente entre los objetivos que tienen ambas herramientas jurídicas y de que no son vías sustitutivas sino complementarias.

42. Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763(RSP).

43. Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa [2020/2129(INL)], *op. cit.*

En términos generales, y más allá de la participación de la UE y de sus Estados miembros, podría considerarse que se está produciendo una separación entre el espíritu de la Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos y el resultado que se desgrana de los borradores, en tanto desaparece uno de sus elementos esenciales: la atribución de responsabilidad directa a las empresas transnacionales[44]. Se extrae una clara tendencia *a priori*zar la debida diligencia empresarial, con la obligación del Estado de asegurar su exigencia, frente a la imposición de obligaciones vinculantes a las empresas. Es más, si el eje central del borrador de instrumento o de tratado se acaba conformando únicamente por un grupo de referencias a la debida diligencia empresarial, podría argumentarse, y con coherencia, que su inclusión en el marco jurídico internacional devendría innecesaria, en tanto como ha sido objeto de análisis, son numerosas las iniciativas nacionales y regionales que ya están implementando esos mismos principios normativos.

Los elementos objeto de modificación en los sucesivos borradores son cada vez menores[45], lo que parece indicar una tendencia hacia la estabilización del proyecto. Con todo, las negociaciones proseguirán y para su continuación se muestra necesario que desde la UE se establezca una posición de conjunto y se indague en la aprobación de un mandato formal para presentar una voz de consenso en las negociaciones de un instrumento, que, con avances y retrocesos, sigue tratando de proseguir hacia su consolidación jurídica.

ARANZADI

V. CONSIDERACIONES FINALES

El interés por la protección de los derechos fundamentales es un tema radical en el análisis del proceso de integración europea. Si bien los tratados constitutivos carecían de disposiciones al respecto, su centralidad actual es prueba de la construcción progresiva de la organización y de la consolidación de sus valores y ejes prioritarios. A la fecha, tal y como así dispone el TUE, la UE se basa en principios de respeto a los derechos humanos, invocados como insignia de la organización en su conjunto, tanto en sus rela-

44. Ante el devenir que están tomando las negociaciones, la Campaña Global, principal coalición de la sociedad civil en la materia, ha comenzado a calificar la adopción del tratado de «trampa normativa». Véase: CAMPAÑA GLOBAL PARA REIVINDICAR LA SOBERANÍA DE LOS PUEBLOS, DESMANTELAR EL PODER CORPORATIVO Y PONER FIN A LA IMPUNIDAD, «Comunicado de la Campaña Global sobre el 3er Borrador Revisado del Tratado Vinculante», 07.09.21, disponible en https://www.stopcorporateimpunity.org/comunicadotratadovinculante/?lang=es (última consulta: 20.03.23).

45. KRAJEWSKI, M., «Analysis of the Third Draft of the UN Treaty on Business and Human Rights», *CIDSE*, 2021, p. 9, disponible en https://www.cidse.org/wp-content/uploads/2021/10/EN-Binding-Treaty-legal-analysis.pdf (última consulta: 20.03.23).

ciones internas como en su política exterior. A tal fin contribuyó en gran medida el Tratado de Maastricht, del que recordamos ya su trigésimo aniversario; también el hito que supuso la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales, así como más especialmente, su juridificación como derecho primario de la UE.

Sin embargo, a la fecha son numerosos los desafíos para los derechos humanos que cuestionan el sistema de protección europeo y las fórmulas de gobernanza. La promoción de los derechos se pone en riesgo cuando cuestiones de carácter comercial o económico se anteponen, propiciando a su vez discursos discriminatorios, o incluso de corte xenófobo y racista contra las minorías. Estos desafíos adquieren numerosos carices: provienen tanto de políticas de migración y refugio que no garantizan los derechos fundamentales de las personas, de posicionamientos ante conflictos internacionales temerosos y ajenos a la defensa de los derechos y la democracia, de políticas de ajuste económico que no permiten la garantía de derechos económicos y sociales o, centrando esta contribución, de la inacción frente a vulneraciones de derechos humanos perpetradas por corporaciones empresariales europeas.

Tal y como hemos analizado, tras años de parálisis normativa, a la fecha la UE se encuentra inmersa en sendos procesos encaminados a regular la actividad empresarial desde el ámbito de su respeto a los derechos humanos y a la sostenibilidad. Tratando de evitar distorsiones en el mercado común surgidas de la aprobación de iniciativas legislativas nacionales, la organización inició el proceso de negociación y aprobación de una Directiva por medio de la que se establecen obligaciones de diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad para las empresas con actividad en territorio de la Unión. Transcurridos casi dos años desde la publicación de la Propuesta de Directiva, la UE continua inmersa en su negociación. Son muchos los interrogantes que todavía siguen siendo objeto de debate y que determinarán la potencial eficacia que consideramos que pudiera llegar a tener la norma en su aplicación.

ARANZADI

Con todo, recordemos que la Propuesta de Directiva persigue objetivos más preventivos que resarcitorios: aboga por la obligación de diseñar planes de vigilancia empresarial para identificar, prevenir y mitigar riesgos adversos derivados de la actividad empresarial, y no tanto por imponer obligaciones directas a las empresas de respeto de los derechos humanos ampliando y asegurando las opciones de acceso a la justicia para las víctimas. La única propuesta normativa que pretendía en sus propósitos iniciales satisfacer este perfil más progresista es el Instrumento Jurídicamente Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos que se negocia en el seno de la ONU.

Esta negociación está siendo participada por la UE y por sus Estados Miembros, aunque, tal y como se ha criticado, en ausencia de un mandato formal. Este hecho cuestiona el verdadero compromiso de la organización con la negociación del tratado internacional, lo que, además, se acompaña de una actitud obstruccionista desde el inicio de las sesiones. No sabemos cuál será el devenir de las negociaciones, especialmente tras la progresiva limitación del contenido de su articulado, desde la propuesta inicial hasta el actual tercer borrador revisado. Con todo, sea cual sea su desenlace, la UE no puede más que asumir el compromiso de participar de forma constructiva en las negociaciones mostrando un mandato unísono, en consonancia con los valores que propugna la organización.

Volviendo a la negociación del texto definitivo de la Directiva que sigue en marcha a la fecha de esta contribución, concluimos destacando el hecho de que su fase final se hace coincidir con la Presidencia Española del Consejo de la UE. Esta situación compele a las instituciones europeas, y dada la coyuntura con especial incidencia a las españolas, a impulsar un documento definitivo que sea eficaz en su propósito de combatir la impunidad empresarial, y que anteponga el respeto y protección de los derechos humanos a cualesquiera otros intereses. Por todo ello, convenimos la necesidad de que la UE refuerce el liderazgo que promulga en materia de derechos humanos, recuperando el espíritu de Maastricht, máxime tras las fundamentadas críticas que siguen recibiendo sus políticas y que en ocasiones llegan a poner en duda el baluarte del que hace eco.

ARANZADI

BIBLIOGRAFÍA

CAMAS RODA, F., «El trabajo digno y la propuesta de diligencia debida de las empresas impulsada por la Unión Europea bajo la óptica de la igualdad de género y las migraciones», *Revista Crítica de Relaciones del Trabajo. Laborum,* núm. 3, 2022, pp. 45-61.

CHURRUCA, C. y NAGORE, M., «The EU's Framework for the Promotion of Human Rights and Democracy Support», *Cuadernos Europeos de Deusto,* núm. 53, 2015, pp. 19-51.

DE SCHUTTER, O., «The Implementation of the Charter of Fundamental Rights in the EU institutional framework. Study for the AFCO Committee», 2016, disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571397/IPOL_STU(2016)571397_EN.pdf

FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «Reconquistar los derechos humanos por la Unión Europea», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales,* núm. 45, 2022, pp. 27-50.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas,* núm. 1, 1993, pp. 473-480.

GUAMÁN, A., «El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo», *Trabajo y Derecho,* núm. 88, 2022.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y MORENO GONZÁLEZ, G., *Empresas transnacionales y Derechos Humanos: la necesidad de un instrumento vinculante,* Albacete, Bomarzo, 2008.

LIROLA DELGADO, I., «La protección de los Derechos Humanos en la Unión Europea. Reflexiones a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Agenda Internacional,* núm. 20, 2004, pp. 93-111.

MÁRQUEZ CARRASCO, C., «Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos. Orígenes, evolución y perspectivas de futuro», vol. 14, núm. 2, 2022.

MORENO JUSTE, A., SANZ DÍAZ, C. y TREGLIA, E., «España y la nueva Europa. Treinta años del Tratado de Maastricht», *Revista de Estudios Europeos,* núm. 82, 2023, pp. 69-79.

ARANZADI

ROLDÁN BARBERO, J., «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 16, 2003, pp. 943-991.

Capítulo VII

Maastricht 30 Years later: The «Great (Democratic) Transformation» of Europe

Muriel Rouyer
Professor of Political Science, Nantes University (France). Muriel.rouyer@univ-nantes.fr

ARANZADI

SUMARIO: I. TOWARDS A POLITICAL UNION OF SORT: THE DILEMMAS OF SCALE IN HISTORICAL LIGHT. *1. Changing world, changing scale: the magnitude of external constraints and the paradox of tied hands. 2. Maastricht (High) politics: Internal Grand bargains and Bounded Rationalities. 3. To Complicated Democracy, We Sail with Simple Ideas: Europe's 'Permanent Institutional Revolution' and Democratic innovation in the EU.* II. THE INTERNATIONAL PREDICAMENTS OF EU-DEMOCRACY: THE LIBERAL CONSENSUS, EAST AND WEST. *1. The external resources of Democracy in Europe: Democratizating Oneself, Democratizing Others. 2. What makes a people a people? The liberal consensus, East and West, and the fleeting question of the «eurodemos».* BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES.

I. TOWARDS A POLITICAL UNION OF SORT: THE DILEMMAS OF SCALE IN HISTORICAL LIGHT

1. CHANGING WORLD, CHANGING SCALE: THE MAGNITUDE OF EXTERNAL CONSTRAINTS AND THE PARADOX OF TIED HANDS

When European leaders met in Maastricht (December 1991-February 1992), their initial goal had been, since the Madrid Summit (1989), to devise the passage to the Economic and Monetary Union (EMU) as the ultimate step of their «ever closer union», an expression used in the Treaty of Rome

Preamble to avoid any clear reference to a federal union. Inspired by Jean Monnet and comforted by the success of the Single European Act adopted (1987), Jacques Delors, President of the European Commission (and a rare example of dynamic leadership there[1]), had carefully prepared the ground, and deployed an intense diplomatic activity (sometimes stepping out of the supranational jurisdiction of the Commission, and into the intergovernmental realm of diplomacy, to convince central bankers and heads of states and governments of the necessity of his plan to complete the single market[2]. Of course, like Jean Monnet, he had a political, federal intention and wanted to reinforce the European institutions —but, like Jean Monnet, he would carefully hide it behind the economic project: politics by stealth was still the neo— functionalist motto.

His success reflected and flattered a new policy consensus among national leaders over a neo-liberal, deregulatory pattern of economic policy-making which marked the «end of planning and big government instincts», and «a certain ideational uniformity (...) among European political elites, regarding the primacy of price stability, the limits of government intervention and the superiority of markets over planning as the pillars of societal organization[3]».

Whether this «policy consensus» was entirely a matter of intellectual conviction is debatable. It was certainly also, a matter of constraints in a two-level game of negotiations (national and European) between interdependent nation-states. After the isolated experience of socialism in one country (France), and several electoral setbacks in Britain, European social democrats had had to make peace with financial markets, and come around the *neo-liberal* principles of restrictive macro-economic policies ruled by «sound money» and independent central bankers, in order to be able to weigh-in the policy debate, which was dominated, at the time, by center-right political forces, particularly in Germany.

ARANZADI

Moreover, the «German model» of capitalism, rather ordo-liberal than neo-liberal[4], which proved successful in an interdependent global economy, had already been uploaded in the EC, thanks to the European Monetary System in the 1980s: European leaders were hoping to gain monetary stability and power, by anchoring their national currencies to the strong

1. AWAN-SCULLY, R. «Explaining the Impact of Jacques Delors: Conceptualising and Assessing the Commission Presidency', Working Paper, Political Studies Association (UK) Graduate Network 1996».
2. DINAND, D., *Europe Recast, A History of European Union*, Lynne Rienner Publishers, Boulder/London, 2004, chapter 7.
3. HOFFMAN, S. and KEOHANE, R. O., *The New European Community, Decision-making and Institutional Change*, Westview Press, Boulder/San Francisco, Oxford, 1991, p. 23.
4. DUVAL, G. *Made in Germany. Le modèle allemand au-delà des mythes*, Paris, Seuil, 2013.

Deutschmark, thus countering the new international monetary instability left by the ending of the Bretton-woods system of fixed parity in 1971.

To avoid insignificance and regain control over their own destiny, Europeans had thus decided to tighten their economic union, and accepted some considerable degree of «external constraint». To put the situation in theoretical perspective, Europeans found themselves in the «classic» situation of small, Ancient republics, torn between their desire to remain small and autonomous and the necessity to unite to gain systemic efficiency and large-scale control of their destiny. This trade-off between authenticity and systemic efficiency has been decribed by Montesquieu as a problem solved by the «federative republic[5]» and it was later given democratic credentials by the American federalists, who grounded their federal pact in popular sovereignty to give it a durable foundation[6]. Henceforth, this dilemma between autonomy and efficiency, has pervaded the history of democracy[7].

What kind of power was gained, then, at Maastricht?

Before gain, there severe power loss, endured by the National, welfare-States of Europe, as the economic type of union chosen to regain power involved the delegation (and with the Maastricht Treaty on EMU, the constitutionnalization) of market-making policies («negative integration», according to Fritz Scharpf), while «market-correcting policies» remained national, and severely constrained by the supply-side economics strategies necessary to complete the economic and monetary union[8].

ARANZADI

This meant the end of the post-war, Keynesian consensus, underpinning social-democracy and relying on the strength and legitimacy of the (National, welfare) —state. In other terms, while the European construction had once rescued the European, welfare, nation-state[9]—, European leaders were now «binding *Leviathan*[10]» and restricting its macro-economic powers, in an act of political and social self-restraint demanded by the new, neo-liberal policy *zeitgeist*.

---

5. MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois,* IIème Partie, Livre IX, chapitres I-III.
6. Jay, Hamilton, Madison, *Federalist Papers* 1-10, 1787, available online at: https://guides.loc.gov/federalist-papers/introduction
7. DAHL Robert A. and TUFTE, Edward R., *Size and Democracy- The politics of the Smaller European Democracies*, Stanford, Stanford University Press, 1973.
8. SCHARPF, F. «The European Social Model: Coping with the Challenge of Diversity», Journal of Common Market Studies, 2002, Vol. 40, N.º 4, pp. 645-70.
9. MILWARD, Alan (1999), *The European Rescue of the Nation-State*, London, Routledge, 1992.
10. DYSON, K. (1999), Benign or Malevolent Leviathan? Social Democratic Governments in a Neo-Liberal Euro Area. *The Political Quarterly*, 70: 195-209. https://doi.org/10.1111/1467-923X.00221

Paradoxically, European policy-makers were «tying their hands» in a form of economic constitutionalism at a time when political acumen, perspective and good leadership would be particularly helpful to navigate the upheaval of the world around them... This paradox would cast a long shadow of illegitimacy over the complex community-building and unclear form of union that was born in Maastricht...

2. MAASTRICHT (HIGH) POLITICS: INTERNAL GRAND BARGAINS AND BOUNDED RATIONALITIES

Maastricht was a highly political moment, greatly determined by the two most important countries in the European Community (EC) around which European peace had been built[11]. France and Germany had the highest stakes in the fast-unraveling of the European peace order, which brought back to the forefront the «German question» of Europe, although the latter was perceived very differently from Germany or France: for Germans, yearning to normality and nationhood, the painful division inflicted by cold war was to their people had lasted enough, and reunification finally in sight, was the primary goal, swiftly achieved by Helmut Kohl in December of 1990; for France, whose President, François Mitterrand, quickly realized that German reunification was inevitable, the question was rather to bind and «anchor Germany in Europe» for fear that this once and potential hegemonic country might return to its old demons, 'turn East' and diminish French influence in Europe[12].

ARANZADI

In this urgent context, a «political» conference was hurriedly added to the economic agenda in April 1990, at the Dublin Summit, at the request of François Mitterrand and Helmut Kohl. This Franco-German initiative reflected intense, prior negotiations between Bonn and Paris as France, since the fall of the Berlin wall in 1989, wanted to speed-up the EMU but German economists and central bankers, unconvinced of the economic convergence of the union[13], wanted to deepen first the political aspects of the Union, and increase its federalism, for price of the loss of monetary sovereignty involved by the EMU, which —understandably— made the strong *Bundesbank* balk, causing a diplomatic crisis in Paris. The Franco-German

11. BAUN, Michael J. «The Maastricht Treaty as High Politics: Germany, France, and European Integration». *Political Science Quarterly*, vol. 110, no. 4, 1995, pp. 605-24. *JSTOR*, https://doi.org/10.2307/2151886
12. *Ibid.* For a US foreign affair perspective on the «German question»: Burley, Anne-Marie. «The Once and Future German Question». *Foreign Affairs*, vol. 68, no. 5, 1989, pp. 65-83.
13. As the euro-crisis later demonstrated, they were right. For the initial debates between over the feasibility of the EMU, cf. MAJONE, G., *Europe as the Would-Be World Power, The EU at Fifty*, Cambridge University Press, 2009, p. 94 et sq.

compromise for a more political (federalist) Europe finally came-in, expressing a will to reinforce the democratic legitimacy of the EC by streamlining and improving European institutions (by increasing majority-voting in the Council) and devise a European, Common Foreign and Security Policy[14].

But the political conference, in contrast to the economic one, was ill-prepared (no preparatory draft or document had been circulated), and its subject pretty 'amorphous'[15]. Unsurprisingly, its outcomes, in retrospect, appear meager and obscure. According to Ian Kershaw, «the ambitions of the Maastricht conference fell far short of any attempt to create a political union in Europe» and (it) was «neither at this point nor in the future clearly defined. It was actually little more than a rhetorical device, an implied direction of travel that might be acceptable to most (though not all) members of the European Community as long as there was no attempt to turn it into reality[16]».

Why such a deception?

Maastricht was a «grand-bargain[17]», where actors, engaged in a process of intergovernmental negotiation, gained and lost: as the British, namely, would not have one bit of the federation implied by France and Germany (it was referred to as the «*F-word*» in the British political debate), the bargaining space got smaller, and the Franco-German ambitions, curtailed. Once again, economic interest would be the handmaid of political intentions and the midwife of compromise. The «European Union» remaining on offer clearly lacked the clearcut perfection of a foundational myth[18]. But, in a «crypto-federalist[19]» sequel to this «non-founding moment», such imperfect *début* would soon give way to an intense institutional development.

ARANZADI

14. GERBET, P. *La construction de l'Europe*, Paris, Imprimerie Nationale, 1999, p. 450 et sq.
15. DINAND, D. *Europe Recast, op. cit.*, p. 245.
16. KERSHAW, I. *The Global Age, Europe 1950-2017*, U.K., Viking, 2018, p. 425.
17. We refer here to the terms used by Andrew Moravcsik, whose analysis of the European integration as an intergovernmental process of negotiations highlights each important of its steps as a «grand-bargain» between its most important actors, even though in the case of Maastricht, the economic interests, which, in his theory, prime on any other motives, were not that clearly defined, and strongly interfered with high politics. Cf MORAVCSIK, A. *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca, Cornell U.P., 1998.
18. The messy beginnings of the EU, escaping the classical imaginary of political foundations, is a trait described and endorsed by political philosophers who strive to capture the originality of EU's original development. Cf. Jean-Marc Ferry, *La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 1999 (p. 9) and Luuk Van Middelaar, *The Passage to Europe*, New Haven & London, Yale U.P., 2013.
19. The expression is from Giandomenico Majone, in *Europe as the would-be World Power, loc. cit.*

The place of democracy in this largely constrained game was unexpected and came along a non-linear ideational path[20]. Although the federal option was evicted from the Maastricht Treaty, it did not disappear. Rather, it continued to inspire the European construction as a normative promise, the «federal dream» of a large-scale democracy[21], sometimes used in strategic framing to extract concessions, such as when François Mitterrand, in an inspired public discourse «speaking to the imagination» of European students after the demise of communism. He drew the perspective of a «European Confederal union», vaguely defined, in his words, as a «pact between countries who would accept it and who would be given (...) representative institutions, I mean democratic institutions[22]». This figure of speech was an indirect indication of his willingness to see Germany anchored in a Europe, any European order, a highly strategic and consistent, goal of French Foreign Policy since the 19th century. Mitterrand certainly had no clue as to what exactly a large-scale European democracy would or should look like. But he knew the Western, liberal, order that had kept Germany in check.

And, because the brutal change of scenery in Europe and in Germany did not leave much time for leaders to thoroughly debate what kind of post-cold war order they wanted or really innovate, 1989 was not so much the re-invention of a new European order (which could have included Russia, and Gorbachev's proposals for a «Common European Home», but did not). It was, rather, «more of the same», old, Western, liberal order, extended to post-communist Europe[23]. The resounding absence of Russia from this concert, already a discernable cause for trouble, would later have fateful consequences on European, liberal democracy. But leaders are not fortune-tellers, and their horizon is limited and impacted by chance, urgency and expedients. Little did they know that «democracy», the new, 1989 *love-word*, would *indeed* trigger an unexpected and uneven journey within the New European Union and that, maybe, a chance was missed to involve Russia in this journey. For the time being, the matters of the world pointed all towards Europe.

ARANZADI

20. SIKKINK, K. «The power of principled ideas: Human rights policies in the US and Western Europe», p. 139-70 in: GOLDSTEIN and KEOHANE, R., *Ideas and Foreign Policy*, Ithaca and London, Cornell university Press, 1993.
21. CORBETT, R. «Spinelli and the Federal dream», p. 179-91 in: BOND, M. SMITH, J. WALLACE, W., Eminent Europeans, London, Grey Coat, 1996.
22. MITTERRAND, F. *De l'Allemagne, de la France*, Paris, Odile Jacob, 1996, pp. 224-227.
23. SAROTTE, M. E., 1989, *The Struggle to Create Post-Cold War Europe*, Princeton U.P., 2009.

3. TO COMPLICATED DEMOCRACY, WE SAIL WITH SIMPLE IDEAS: EUROPE'S 'PERMANENT INSTITUTIONAL REVOLUTION' AND DEMOCRATIC INNOVATION IN THE EU

Democracy is a political ideal that nobody seriously expects to see realized: «*So perfect a government is not for men, wrote Rousseau*»[24]. Ideas and ideals, though, create expectations and impact reality, albeit in indirect ways.

Democracy is the foundational motive of European federalism, a «dream» that has pervaded the European construction since its early beginnings, and, which, while never clearly acknowledged, has always worked as a 'regulatory ideal', providing a roadmap, and, at times, institutional templates. It is, for instance, no secret that the «European union» that came out of Maastricht was —fittingly— inspired by Spinelli's project of Political Union, adopted in 1984 by the European Parliament (E.P.), where Spinelli, himself one of the co-authors of the *Manifesto di Ventotene*[25] *(1941)* had been propagating his federalist ideal, via the Crocodile club[26], and was later instrumental in the articulation of a parliamentary discourse on the «European Democratic deficit[27]».

This topic was raised for the first time by the Court of Justice of the European Communities early on[28], and later floated in the public in a British publicist, pointing at the insufficient powers of the E.P for Europe to qualify for democracy, measured against the «Westminster model»[29]. The increasing delegations of power consented to European institutions (where the EP had a very minor say), posed a democratic problem as national parliaments were increasingly dispossessed of public matters falling into the EC's jurisdiction, without equivalent transfer of parliamentary power at the supranational level, a phenomenon sometimes referred to as «double democratic deficit». The Single European Act (SEA, 1987) aggravated the problem (even as the EP was now directly elected, its powers were still limited) as a large number of policy-decisions suddenly fell into the topics

ARANZADI

24. ROUSSEAU, J.-J. *Du contrat Social*, (1762), Paris, GF, 1966, Livre III, chapitre IV De la démocratie (p. 106).
25. SPINELLI, A. & COLORNI, E. *Il Manifesto di Ventotene* (1941), Edizione analitica a cura di Sergio Pistone con un saggio di Norberto Bobbio, Torino, CELID/Consiglio Regionale del Piemonte, 2004.
26. CORBETT, R., «Spinelli and the Federal dream», *loc. cit.* and MASSART, F., *L'Europe dans tous ses Etats*, Bruxelles, Academia/Bruylant, 1993, p. 108.
27. Rapport Toussaint sur le déficit démocratique, Doc A2-276-87, J.O.C.E. 18 Juillet 1988, C 187/229.
28. PESCATORE, P. «les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne», in: *Cahiers de Droit Européen*, N.º 5, 1974, pp. 499-514.
29. MARQUAND, D., *Parliament for Europe*, London, Jonathan Cape, 1979.

decided by majority voting at the Council of Ministers, leaving national constituencies (and parliaments, in particular) without a direct say.

The problem persisted throughout Europe's massive transformation induced by the new, post-communist geopolitical circumstances. Not only did the shape and spirit of its institutions change with the Maastricht and Amsterdam Treaties (1992 and 1997) but also did its territorial extent and population, with the «Big Bang enlargement» of 2004-2007 and its decision-making process, to make a Grand Europe work at 27 member-states (Nice, 2000).

At each step of this «permanent institutional revolution[30]», questions of democratic legitimacy were posed: many were asked from different national perspectives, highlighting as many variants of the democratic deficit as there were national models of democracy: for the British, the sin lied in the infringement on parliamentary sovereignty and weak powers of the EP, but it was never really absolved, and British critics never ceased. After the E.P had become co-legislator on a par with the Council, they incriminated European courts for the continued erosion of British sovereignty, and later reclaimed their full autonomy through Brexit, finalized in 2020.

For the French, the EU lacked the political legitimacy of the Nation, the glorious, and unsurpassed historical «vehicle of democracy[31]»: civic-Republican intellectuals and sovereignist politicians alike resisted «post-national» and contested market-oriented visions of Europe[32], and for that latter reason, rejected the Constitution project in 2005. As for the Germans, despite their federal ethos and notorious loyalty towards the European construction, they kept assessing the democratic legitimacy of the EU (and every new treaty) in reference, to their own, national norms of democratic legitimacy before their Constitutional Court[33], considerably delaying, for instance, the adoption of the Maastricht with a Constitutional debate on

ARANZADI

30. ROUYER, M. «L'Europe: une vocation politique retrouvée?» in: JALLON, H. & DEMORAND, N.: *L'Année des débats: la suite dans les idées*, Paris, La Découverte/France Culture, 2000, pp. 61-68.
31. MANENT, P., *La raison des nations*, Paris, Gallimard, 2006.
32. THIBAUD, P. and FERRY, J. M. *Discussion sur l'Europe*, Paris, Calmann-Levy, 1992.
33. The German Constitutional Court has continued, ever since, and up to the Lisbon Treaty, to assess the legitimacy of the EU against its own, national, democratic order, cf. GERKRATH, J. «La critique de la légitimité démocratique de l'Union européenne selon la Cour Constitutionnelle Fédérale de Karlsruhe», in: DUPRAT, G., l'Union politique européenne: Droit, politique, démocratie, Paris, PUF, 1996; STARK, H., «Européenne, l'Allemagne ? Retour sur un long procès», *Politique étrangère*, 2010/3 (Automne), pp. 523-535.

the «euro-demos», reviving, on this occasion, a *völkische* notion of the *people* of sinister memory...[34].

All these critics seemed very much wrapped-up in themselves. Was their concert, then, a «confederacy of the Dunces»?

It would appear not. Clinging to national, known, «models» of democracy, expressed the resistance of political (national) common sense(s) to change. Not unlike «normal science» resists novel hypotheses in the face of an emerging scientific paradigm[35], the core hypotheses of national democracy were being re-asserted as they were being challenged: the people, the nation, parliamentary sovereignty... But it would require much theoretical debate to elaborate and stabilize innovative assumptions reconciling the reality of international interdependence and the working hypotheses of democracy. Post-Maastricht Europe became, at the turn of the century, an incredibly active political theory laboratory, where the normative hopes of various models of cosmopolitan, constitutional, transnational, post- or supranational democracy converged, were challenged and publicly discussed. This intense and continuous debate, may be considered, in itself, the «birth of democratic Europe[36]», or, in a transformative approach, inspired by Robert Dahl, the «Third Democratic revolution in the history of democracy[37]».

All the while, the «defdem critics» had also helped reform the European institutions to address the supranational aspects of the democratic deficit: the E.P. came out considerably strengthened from this transformation[38], which voided the institutional criticism of the democratic deficit, and the principle of democracy, although expressed in many different national versions, became one of the organizing principles of European institutions, enshrined and clarified in the Lisbon Treaty. The EU, on paper, *is* a supranational democracy[39].

ARANZADI

However, the *legitimacy* of the European project has remained problematic. This subtle notion which Pierre Pescatore called «*le genie invisible de la cité* (...) whose presence removes fear between people, guarantees political

34. WEILER, J. J. and GRIMM, D. criticizing the reasoning of Judge Kirchhof in the 1993 *Maastricht Urteil*.
35. KUHN, T. La structure des révolutions scientifiques, Paris, Flammarion (Champ).
36. WOLTON, D. Naissance de l'Europe démocratique, Paris, Flammarion, 1993.
37. ROUYER, M. «Démocratie Européenne», *Raisons Politiques* N.º 10, Février 2003, Paris, presses de Sciences-Po.
38. COSTA O., «Que peut le Parlement européen?», *Pouvoirs*, 2014/2 (n.º 149), pp. 77-89.
39. VON BOGDANDY, A., «The International Lesson for International Democracy: The significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations», *The European Journal of International Law*, Vol. 23, N.º 2, 2012, 315-334.

peace and thus bans oppression from public life»[40] was hard to find in the new European union. It which was strange enough, to begin with, and in constant change, which caused among its citizens and observers an «uncanny» (*unheimlich*) feeling of strangeness.

For democracy to work, and be legitimate, theoretical innovation must remain at brain's length of public opinion. The elaborate models of transnational democracy were, in a way, too *exotic* to take hold and kindle the clear understanding and acceptance from public opinion that sustains democracy[41]. Fritz Scharpf and Giandomenico Majone helped clarify the type of democratic legitimacy applying to the EU, this «regulatory state[42]», which, they argued, could not claim participatory features («input legitimacy»), but could rely, on the other hand, on a pretty high level of efficacy and policy outcomes produced by the political system, albeit a very elitist system («output legitimacy»)[43].

But for all the academic efforts engaged to clarify it, the EU, though, remained complicated and hard-to-read[44].

German former Foreign Affairs minister Joshka Fischer thus had a good case when he famously asked, in margin of the Nice Intergovernmental conference (the most technocratic and complex of all): «*Quo vadis, Europa*?», insisting on the political finalities of the EU to bring back social legitimacy upon it. European leaders readily addressed the problem at the 2001 Laeken summit, by way of Constitutional process, officially launched in Thessaloniki in 2003. The explicit hope, conveyed by a prestigious and civil-society infused «Constitutional Convention», was that an inclusive and high-quality public debate on the values and finalities of the EU, inspired by the American Federalists, would 'constitute' a European people, based on shared values, and that this form of «constitutional patriotism» would bestow democratic legitimacy upon the European project[45].

ARANZADI

40. PESCATORE, P., «Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne».
41. Democracy is a regime founded on ideals (elaborated by intellectuals) but these ideals must be socially understood and accepted otherwise democracy is no longer the government of public opinion, of the people, but of an elite. Cf. SARTORI, G. *The Theory of democracy revisited,* Chatham House, 1987.
42. MAJONE, G. *Regulating Europe*, London/New York; Routledge, 1996.
43. SCHARPF, F. «Essai sur la démocratie dans les systèmes de négociation», in: TELO, M. Démocratie et construction européenne, Bruxelles, Bruylant, 1995 p. 150 et sq. and GOUVERNER L'EUROPE, Paris, Presses de Sciences-Po, 2000, p. 17 *et sq*.
44. CURTIN, D. «The Constitutional Structure of the EU: A Europe of Bits and Pieces», *Common Market Law Review*, 30: pp. 17-69, 1993.
45. DEHOUSSE, R (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?* Paris, Presses de Sciences Po, 2002; Habermas J. *La Constitution de l'Europe*, Paris, trad. Gallimard, 2011.

Sadly, the «European Hamiltons» were not up-to-the task and, after the rejection of the Constitution project in 2005 by the French and the Dutch peoples, demonstration was made that there was no «European people», leaving the EU in a state of apparent political crisis.

The *euro-demos* question was promptly put aside when the Franco-German tandem pragmatically resumed negotiations in 2007 to relaunch the process of European integration. Both Angela Merkel, as new chancellor of Germany, and Nicolas Sarkozy, as newly elected President of the French Republic (respectively rotating Presidents of the EU in 2007 and 2008[46]), had a strong incentive in quickly putting Europe back on track. Their pragmatic accord (going by the nickname of «*Merkozy*» in the European press), proved successful[47], although Merkel's Eastern-German personal background was instrumental in convincing the leaders of the 'new Europe' to endorse the Franco-German plan[48]). The Lisbon Treaty kept the substance of the Constitutional draft —minus its symbolic aspects— clearly focusing on «material legitimacy»: in this case, international power. The new treaty created and streamlined various procedures and institutions (such as the High Representative, or the European External Action Service, the new diplomatic service of the EU) enabling the EU to finally «speak with one voice» on the international stage, thus addressing the lack of international «actorness» of the EC[49]. It did also improve «input» democratic features, by extending further the powers of the E.P with the ordinary legislative procedure, specifying the principles of representative democracy, and creating a transnational mechanism of citizen participation to European power (the ECI), but these were not the most trumpeted aspects of the treaty.

ARANZADI

The focus was rather on evidencing institutional capacity for international leadership: European leaders were sending a signal of effectivity and clarity to the world, more specifically to the USA, which had kept asking for Europe's «telephone number», in reference to Kissinger's famous realist

46. Liste des présidences de l'Union européenne, Conseil Européen/Conseil de l'Union Européenne, website consulted on November 2023: https://www.consilium.europa.eu/fr/council-eu / presidency-council-eu / timeline-presidencies-of-the-council-of-the-eu/
47. As evidenced by the quick-paced intergovernmental conference leading to the Lisbon treaty (June-October 2007), cf. European Parliament, *Factsheet on the Lisbon Treaty*, https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/5/the-treaty-of-lisbon Consulted November 2023.
48. Podcast «ma question à Angela Merkel», Episode 5: «Traité de Lisbonne, Traité d'Angie?», Toute l'Europe, 06.10.2021, https://www.touteleurope.eu/vie-politique--des-etats-membres/podcast-ma-question-a-angela-merkel-episode-5-traite-de-lisbonne-traite-d-angie/ (consulted November 2023). Cf.
49. HILL, C., 'The Capability-Expectations Gap, or Conceptualizing Europe's International Role', *Journal of Common Market Studies*, 1993, 31: 305-328.

dictum, and was mocking European «weakness», particularly after 9/11 and the transatlantic tensions that followed[50].

European leaders clearly chose systemic efficiency over autonomy, providing social goods to European citizens that only a supranational system could deliver, while leaving input, participatory gratifications to the national level of democracy. Nobody opposed that, except Ireland (only country to ratify the Treaty by referendum —a distinctly «input»— oriented democratic procedure), which was promptly made to change her mind with specific guarantees and a second referendum in 2009.

The Lisbon treaty thus closed-in an intense period of institutional transformation, which had brought the EU, a puzzling political union of sort, born in Maastricht in 1992, to the supra-national shores of democracy in 2008, relying, mostly on «output» or «performance legitimacy». This unexpected democratic journey was much to the satisfaction of *European clerics*, leaders and academic alike, who claimed that European power was not grounded on force, or war or coercion, but in public opinion, and in the Kantian dream of peace come true —and awarded the Nobel Peace Prize in 2012— thanks to the pacific virtues of democracy and the market (American hard power was rarely acknowledged for its supporting role)[51].

These were good reasons to cheer. But what would happen if, one day the capacity of the EU to perform or provide these goods got jammed?

ARANZADI

II. THE INTERNATIONAL PREDICAMENTS OF EU-DEMOCRACY: THE LIBERAL CONSENSUS, EAST AND WEST

1. THE EXTERNAL RESOURCES OF DEMOCRACY IN EUROPE: DEMOCRATIZATING ONESELF, DEMOCRATIZING OTHERS

Democracy depends on external factors, studied by comparative politics on democratic transitions. In a famous article, Samuel Huntington has listed the «external forces» that have contributed to «Democracy's third wave»[52]. This wave owed much to the new liberal, global consensus,

50. KAGAN, *Of paradise and Power, America and Europe in the new world order*, New York, Alfred A. Knopf, 2003.
51. On the relationship between peace and democracy, or theory of democratic peace', see KANT, I. Perpetual Peace (1795), and, for a neo-Kantian argument, RUSSETT, B., LAYNE, C., SPIRO, D. E. and DOYLE, M. W. «The Democratic Peace», *International Security*, Vol. 19, No. 4 (Spring, 1995), pp. 164-184.
52. These factors include the foreign policies big powers (US, the Soviet Union, the EC), «snowballing», the international role of the Church and of international organizations, cf. HUNTINGTON, S., «Democracy's Third wave», *Journal of democracy*, Spring 1991, pp. 12-34.

famously depicted, in Hegelian terms, by Francis Fukuyama, as the «end of history», or the victory of liberalism over communism[53].

The end of the cold war released normative resources for democracy: the withdrawal of the Soviet Union from Eastern Europe paved the way to political freedom in Eastern Europe; the revival of international law, giving new teeth to the U.N. and international law, enabled peace missions and conflict-resolution throughout the world, releasing a virtuous dynamic between peace and democracy known as «democratic peace». All this was happening under the auspices of the USA, uncontested leader and effective *policeman of the world*, proactively intervening abroad to install or restore democracy.

The *end of history* did thus have some very concrete effects in Europe, opening a double window of opportunity for democracy, such that the EU both *benefitted from*, and *contributed to* «democracy's third wave».

On one hand, the nascent European journey towards democracy was considerably helped by the rule of law and democracy promotion, which directly fed «normative power Europe». This academic conceptualization redefined the puzzling notion of European Power as a «force for the good», promoting democracy and human rights through different forms of *soft power*[54]. Contructivist theories of international relations teased out several variants of it («market power», «transformative power», «regulatory power»), all of which had in common to exclude violence, war, and coercion from the definition of power in the international realm – to focus on the originality of the liberal peace project and extoll its democratic virtues, both inside and outside of the EU. It was the time when policy analysts would boast «Europe's promise[55]» as an example for the world or predict «Why Europe will run the 21st century[56]».

ARANZADI

On the other hand, Western Europe (then called EC)[57] played a «key role in consolidating democracy in Eastern Europe»[58]. This happened by way of its «accession policy», a democratization policy of sort, at the crossroads

53. FUKUYAMA, F., «The End of History?», *The National Interest*, No. 16 (Summer 1989), pp. 3-18.
54. Ian Manners, «Normative Power Europe, a contradiction in terms?» *JCMS*, 2002, Vol. 40, N.º 2, pp. 235-58. for a summary of these approaches, cf. LAÏDI, Z. *La norme sans la force, l'énigme de la puissance européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005.
55. HILL, S., *Europe's Promise*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 2010.
56. LEONARD, M., «*Why Europe will run the 21st Century*», Public Affairs, New York, 2011.
57. For Economic Community.
58. HUNTINGTON, S. *Loc. cit.*

between external and domestic policy[59]. This policy suite, which has varied over time (and was considerable boosted for the «Big Bang enlargement»), consists, in substance, of turning «others» into «Europeans». The Accession, and its adjacent -although lesser -Neighborhood policy were a way for the EU to stabilize the region and protect itself from wars and conflicts, which broke-out at its doors, in the Balkans.

Accession was a generous offer presented to this «other Europe»[60], which had kept looking West after being «kidnapped» by communism, the «Tragedy of Central Europe» (in Kundera's beautiful words[61]), vividly contested by dissidents, trade-union leaders, members of civil society, who later became the peaceful «pioneers of democracy[62]» in Eastern and Central Europe. They had never ceased to long or act for democracy, even in the darkest circumstances of totalitarianism, and were fully ready for it, some of them, even profoundly renewing the theory of democracy, by pointing to the role played by civil society[63]. They had been, fifty years during, emotionally and secretely involved with Western Europe, and expected to be «re-united» in the fullest and warmest sense of the term.

Such expectations were, to say the least, sobered down by the effective process of the Enlargement. Led pragmatically in a top-down technocratic manner by the European Commission, in charge of all negotiations once the member-states had approved the «candidate status», accession policy ruthlessly «democratized» Eastern Europeans in ways that did not leave much room for discussion.

ARANZADI

Empirically, accession exemplifies the «transformative power[64]» of the EU, relying both on the combination of its soft, force of attraction (the «magnet»: political freedom and prosperity) and the «screwdriver» of administrative reform and conditionality. In substance, it consists of the export of European governance, with, at its core, the powerful, Weberian bureaucratic structures that compose state capacity, through various policy

59. LAVENEX, S. EU External Governance in wider Europe, *Journal of European Public Policy*, 11:4, August 2004, 680-700.
60. RUPNIK, J. *The Other Europe, The Rise and Fall of Communism in East-Central Europe*, Shocken books, 1990.
61. KUNDERA, M. *A Kidnapped West, The tragedy of Central Europe* (1980), reed. Faber and faber, 2023.
62. PERRON, C. *Les pionniers de la démocratie*, Paris, PUF/Le Monde, 2004.
63. Western political thinkers such as Claude Lefort, in France, or Jean Cohen and Andrew Arrato in the US, were particularly receptive to this perspective. Cf. LEFORT, C. «La Première Révolution Anti-Totalitaire». *Esprit (1940-)*, no. 1 (1), 1977, pp. 13-19; COHEN, J. L. and ARRATO, A. *Civil Society and Political Theory*, MIT Press, 1994.
64. GRABBE, H., The EU's Transformative Power, Europeanization Through Conditionality in Central and Eastern Europe, Palgrave, 2006.

tools such as financial and technological transfers, administrative twinnings and constitutional engineering. In the 1990s, an intense arsenal of democratization was thus deployed from West to East to turn the «other Europeans» into «true» European, good democrats.

2. WHAT MAKES A PEOPLE A PEOPLE? THE LIBERAL CONSENSUS, EAST AND WEST, AND THE FLEETING QUESTION OF THE «EURODEMOS»

This double, but hierarchical process of democratization, it was to expect, created problems in the definition of «the people» who was the collective subject of this democratic transformation. EU leaders had not given this complex theoretical problem much thought, although the debate between «enlarging» and «deepening» was, in retrospect, a version of it. But enlargement was promptly decided under the pressure of the historical moment, British and Germans visions winning the case over France, and Western Europe promptly welcomed and- «democratized» the other Europe.

This problematic proposition reflects, first, a conundrum of democratic theory: there is no foundational, moral argument to define the *demos.* Who is 'the people' of any given democracy? Rich, white, men? The answer to that question has always been decreed by facts, history, or force, never by morally justified norms since there is no demos pre-existing to the adoption of a democratic regime[65]. This absence of moral grounding also explains that there is no moral universal agreement, worldwide, on the legitimacy of democracy as the best regime. The *demos* is not morally self-appointing. Hence it is either arbitrarily decreed or «pacted» by elites or contested by social actors and mobilizations reclaiming their inclusion in the polity and constructing the people or widening its boundaries: democracy has a contentious history[66].

ARANZADI

This problem quickly manifested itself in re-united Europe as the 'liberal consensus' on (Western) democracy was being imposed onto Eastern Europe in a patronizing way, which was soon experienced as a colonization

65. The problem, first identified by Schumpeter is explained by Robert DAHL in: «Procedural Democracy», chapter 8, in GOODIN, R. E., and PETTIT, P. *Contemporary Political Philosophy, An Anthology*, Blackwell Publishers, 1997 (p. 116). The *no demos* problem is also analyzed by James BOHMAN in: *Democracy Across Border: From Demos to Demoi*, MIT Press, 2007.

66. TILLY, C. *Contention and Democracy in Europe*, 1650-2000, Cambridge University Press, 2004. For an Eastern European perspective, cf. OST, D. *The Defeat of Solidarity, anger in politics in Postcommunist Europe*, Cornell University Press, 2005.

process where a new empire[67] replaced the old one, with the expectation that a group of «second-class» citizens became, without further due, part of «Their People»[68].

What's more, the transition to market economy was abrupt and socially costly (as the still controversial «Shock therapy», imposed in Poland illustrated)[69]. It increased inequalities and left aside entire classes of the population who started to resent the transition and the western-oriented national elites leading the process of accession[70]. The former, drawing their political legitimacy from their ability to effectively secure accession to the EU, would shush any criticism (including that of the growing inequalities created by the fast transition to a free-market economy) suspected of compromising the whole accession project. Thus, in the East, the «liberal consensus», suffered from the conflation between democracy and the market, in a political space leaving no space for contestation. Understandably, resentment and distrust towards elites built up. There is, thus, a very specific version of Eastern- European illiberalism, which expressed itself in new, anti-establishment political parties and in-famous populist leaders, representing «losers» of the Europeanization process at the national level. Once those countries joined the EU, their citizens distinguished themselves by disinterest and distrust towards European affairs, high levels of abstention on European elections, and their leaders, by their inflammatory rhetoric and (rare, but striking) opposition, within EU institutions to certain policies, such as the migration policy during the refugee crisis of 2015[71].

ARANZADI

From this point of view, the «illiberal model of democracy» proposed by Viktor Orban in 2014, was, at face-value – and despite its unpalatable dimensions- a way to claim self-determination and embody a people that defines its own values in relation to its own experience[72].

67. ZIELONKA, J. *Europe as Empire, the nature of the Enlarged Union*, Oxford University Press, 2006.
68. This expression is borrowed from Ivan Krastev, to whom I am much in debt for the analysis presented here. Cf. KRASTEV, I. *After Europe*, University of Philadelphia Press, Philadelphia, 2017, chap. 2.
69. Poland's economic shock therapy still controversial after 30 years, TVP World 5Polish TV channel) https://tvpworld.com/46020764/polands-economic-shock-therapy-still-controversial-after-30-years
70. BIRO-NAGY, A., «Illiberal Democracy in Hungary: The Social Background and Practical Steps of Building an Illiberal State», CIDOB, https://www.cidob.org/en/articulos/monografias/illiberals/illiberal_democracy_in_hungary_the_social_background_and_practical_steps_of_building_an_illiberal_state/(language)/eng-US
71. Ivan Krastev masterfully explains these dynamics in *After Europe*, *op. cit.*
72. Full text of Viktor Orban's speech at Baile Tusnad(Tusnadfurdo) of 26 July 2014, *The Budapest Beacon*, July 29, 2014 (accessed November 2023), https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/

The Western deafness to the causes – and possible remedies to eastern European populism, other than lecturing and denouncing populism in its various guises[73], has been, to some extent, disheartening: why so little, and so late[74], in terms of political analysis, and understanding of the Eastern experience?

Other than the «liberal hypocrisy» of Western elites, (rightly) pointed-out by some Eastern European intellectuals such as Ivan Krastev, an explanation lies in the Western European «democracy of experience[75]» which has developed in *post-war Europe* and conditioned the understanding the famous Rousseauist question of *what makes a people a people*, which in Western, post-war Europe, has rather meant the question of *How NOT TO be «a people»*[76].

Postwar Europe was built against the democratic passions that brought political freedom down[77] and confided it to various platonic «Guardians», judges or independent agencies, guarding democracy against itself.

Building on this constitutionalist ethos, the post-1989 «liberal consensus» has also been the discovery, by European intellectuals, of a new intellectual landscape justifying «political liberalism», the «fact of pluralism[78]», and a multicultural citizenship in ways that proved fitting to a larger, and more diverse, polity. Not only did this aspect of cultural globalization and free circulation of ideas confirmed American dominance on political theory at the time, but it did, also, and perhaps, more importantly, vindicate the constitutional models of democracy built in Europe

ARANZADI

73. Populism, the new love word, is well covered by an important research on European politics. We simply refer here to a short book describing the phenomenon: MUDDE, C. and KALTASSER, C. R., *Populism, a Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017.
74. MULLER, J. W., *La peur ou la liberté, Quelle politique face au populisme*?, transl. Premier Parallèle, 2020.
75. I borrow this term to Giovani Sartori, whose brilliant clarification of the indissociably empirical and normative aspects of democracy converge in a «democracy of experience» proper to each epoch and each people, in: SARTORI, G., *The Theory of Democracy Revisited*, New Jersey, Chatham Publishers, 1987. cf. ROUYER, M., «La démocratie n'est plus ce qu'elle n'était pas», *Parlements*, N.º 1, 2004, pp. 91-107.
76. An illustration of this problem was illustrated by a famous quarrel, on the occasion of the Maastricht decision of the German Constitutional court, over the question of the «Euro-demos», between Judge Kirchhof and several critics of the decision Cf. WEILER, J. «The State *uber Alles.* Demos, Telos, and the German Maastricht Decision», RSC Working Papers N.º 95/19, Florence, 1995.
77. Cf. JUDT, T., *Postwar: A History of Europe since 1945,* Penguin Press, 2005.
78. Referring here to famous notions developed by John Rawls in two fundamental books, passionately debated by political theorists in America and Europe, cf. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press/Belknap Press; 1971 and what is generally considered its «complement» in response to many critics, *Political Liberalism,* Columbia University Press, 2005.

after 1945, in a «constitutional moment», redeeming political freedom in Europe, thanks to substantial rule of law protecting fundamental rights.

The European Community itself was found to be, in essence, a «supranational constitution[79]», a «rule of law of national rules of law[80]» securing political freedom, conceived of as *individual rights* —not as a collective *capacity to act*— at the very core of national democracies[81], thanks to the penetrating mechanisms of legal integration[82].

This legal reality has resonated with the «proceduralization» of democracy prompted by the Rawlsian rereading of justice, and both forces compounding the liberal consensus, conspired to push democratic theory from away from «the people», *das Volk*, of sinister memory, thus tilting the definition of democracy, (which rests on two pillars, populism and constitutionalism), towards its «constitutionalist component»[83], exported Eastward with much enthusiasm and constitutional engineering during the 1990s[84].

The constitutional move runs deep in the political thought of major political philosophers of Europe (often German, but not only). Habermas, for instance, offers a striking itinerary, from his early reflections on capitalism and legitimacy to his conversion to the «Bourgeois» constitutionalism inspired by his reading of the American debate between democracy and constitutionnalism[85]. Many other procedural models of democracy beyond the nation-state, cosmopolitan, rights-oriented or citizenship-based have emerged[86]. This brilliant intellectual arsenal culminated during the Constitutional process, and tired-out, in the West, with its failure, although the

ARANZADI

79. STONE, A. «What is a Supranational Constitution? An essay in International Relations Theory», *The Review of Politics*, 56 (3), pp. 441-74, 1994.
80. WEILER, J. «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal*, 100: 111, pp. 2043-83, 1991.
81. Which is the main attribute of «the people» in republican models of democracy, cf. BARBER, B. *Strong Democracy*, University of California Press, 1984.
82. STONE, A. and CAPORASO, J. «La cour de justice et l'intégration européenne», *Revue Française de Science Politique*, 48(2):195-244, 1998.
83. LECA, J. «La démocratie à l'épreuve des pluralismes», *Revue Française de Science Politique*, 46:2, pp. 225-79, 1996.
84. Elster, J. «Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction», in: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 58, No. 2, *Approaching Democracy: A New Legal Order for Eastern Europe*, (Spring, 1991), pp. 447-482.
85. HABERMAS, *Ecrits Politiques*, Les Editions du cerf, Paris, 1990 and: *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, nrf essais, 1997.
86. The production is too important to be done justice here. Jean-Marc FERRY, inspired by Habermas offers a comprehensive, Kantian cosmopolitan analysis of the EU, in: *l'Etat Européen*, Paris, Gallimard, 2000; David Held has explored, among various

«militant approach to democracy» revisited by Jan-Werner Muller[87] was frequently mobilized against the illiberal tendencies of Poland and Hungary when their Constitutional Courts, took an adversarial turn against the European rule of law[88].

Epilogue: towards a post-constitutional model of European democracy, between legitimacy crisis and biopolitics?

Limited by the bareers that political liberalism has erected against the possible tyranny of the majority, West European 'democracy of experience' has shied away from «demo-power» (Sartori), which is the capacity to act collectively of democratic citizens. Western Europeans then offered this model to share', with many strings attached to Eastern Europeans joining the *political union of sort* designed in Maastricht.

This *constitutional trust*, expressed in the constraining and constrained bargain of the EMU —the economic plot to contain Germany— mirrors the historical transformation of the ideal and institutional reality of European democracy, deployed at the national and supranational levels, in the figure of democratic constitutionalism.

But the circumstances, being different, East and West, the liberal consensus underpinning European democracy was questioned, on the background of a continued legitimacy deficit, differently perceived, but equally present, in both parts of Europe, and soon considerably aggravated by the euro-crisis of 2008-2012[89]. This external shock inflicted by the contradictions of global, financial capitalism, and revealing the economic weaknesses of the EMU (its profoundly divisive effect on Europe, among others, working at the systemic level, to the benefit of Germany without her admitting it[90])

ARANZADI

models of democracy, the possibilities of Democracy in the Global Order and with Daniele Archibugi, that of Cosmopolitan democracy. For a more detailed account cf. ROUYER, M. *Droit et Démocratie dans l'Union européenne, le constitutionalisme comme voie d'accès à une démocratie d grande échelle* (PHd dissertation, Institut d'Etudes Politiques de Paris, 2002.

87. MÜLLER, J. W., «Citizens as Militant Democrats, Or: Just How Intolerant Should the People Be?», *Critical Review*: *A Journal of Politics and Society* 34 (1):85-98, 2022. For a synthesis on these liberal reflections and the European construction, cf. LACROIX, J., «Pertinence du paradigme libéral pour penser l'intégration politique de l'Europe», *Politique européenne*, 2006/2 (n.º 19), pp. 21-43.
88. Kovács, Kriszta, and Kim Lane Scheppele. «The Fragility of an Independent Judiciary: Lessons from Hungary and Poland-and the European Union». *Communist and Post-Communist Studies*, vol. 51, no. 3, 2018, pp. 189-200.
89. CRUM, B. «Saving the euro at the cost of democracy?», *JCMS*, 2013, Vol 51, pp. 614-630.
90. HALL, P. «Anatomy of the Eurocrisis», *Harvard Magazine*, July-August, 2013, pp. 25-27. For a critique of the «moral approach» to economic austerity which prevailed in Germany and in Europe until 2012, cf. BLYTHE, M. *Austerity, The History of a Dangerous Idea*, Oxford University Press, 2013.

scandalized many, appalled by the sacrifice of Greek sovereignty, on the altar of austerity, a policy contested by major economists, philosophers and brexiters alike[91], as sovereignty remains an enduring norm of international equality, preserved in the intergovernmental features of the EU.

People started to oppose markets[92], demand public action, European solidarity to counter the harsh forces of experience[93]. They demanded from their leaders more than tied hands and negative freedoms: solidarity and social justice, a restored collective capacity to act, European public goods in the face of adversity[94]. They demanded, in sum, the return of Leviathan (transnational leviathan), and leaders at the helm, untying their hands, to restore democratic equality. Leviathan was slow to come-back. For a moment, one might have thought that a certain, shrewd, central banker, quelling market speculations against the «Un-credible» union devoid of fiscal solidarity (per Maastricht criteria) by the power of his word, was its harbinger, a fiscal sovereign of sort. But this was still economic constitutionalism, government by non-majoritarian institutions. A slow «banking union» would emerge from this limbo, and some fiscal transfers, the usual «crypto-federalism»[95].

A darker threat than the low politics of interest, though, brought Leviathan back. With the Covid crisis, nation-states, mired in their common incapacity to secure lives and ensure human security, the bedrock of state legitimacy and the first Human right in the history of liberalism, demanded help, and obtained. More efficient than fiscal solidarity, which hurt the ordo-liberal principles of a European Germany, the fear of *Death* has rescued the European welfare-state, a second time: Ursula Von der Leyen, first female President of the European Commission, concerned itself with «biopolitics», a «form of power that exerts itself positively over life» (contrary to the «sovereign power

ARANZADI

91. BALIBAR, E. *Europe, crise et Fin ?* Lormont, Editions Le bord de l'Eau, 2016.Among economists contending austerity, Thomas Piketty and several Nobel prizes of economics, such as neo-keynesian Joseph Stiglitz or Paul Krugman distinguished themselves.
92. Referring here to the opposition between people (democracy) and markets (capitalism) drawn by Wolfgang STREECK in «Markets Vs. People», *New Left Review*, 73, Jan-Feb, 2012, pp. 63-71.
93. Exemples of such public demands include the growing contestation of European integration, the «constraining dissensus» replacing the «permissive consensus» but also certain manifestos for a political Europe, implying fiscal federalism, presented by progressive economists. Cf. HOOGHE, L. and MARKS, G.
94. For a stimulating advocacy of this restored capacity to act at the European level, cf. LERON, N., *Souveraineté, l'obsession des nations*, Paris, Bouquins, 2022.
95. For details and references on the economic aspects of the euro-crisis and their impact on political legitimacy, cf. SCHMIDT, V. *Europe's Crisis of Legitimacy*, Oxford University Press, 2020.

of giving death»)[96]: ecology, economy, and health for instance, which also happened to be important priorities of the 2019-2024 commission policy agenda. Mobilizing the EU's market -power to pressure pharmaceutical companies to get vaccines, and, changing the course of her *European Green Deal* to direct it, in the post-covid context, towards economic recovery and stimulus, Ursula Von der Leyen has demonstrated a creative leadership earning back legitimacy to the EU. Care, growth, hope, capacity for action: these words, and concepts, seemed to have disappeared from Europe in the eventful wake of Maastricht and the euro-crisis, full of restraint.

They are back, and with them, the «Great Transformation[97]» of Europe, embedding the acquis communautaire of economic and political constitutionalism, in a restored capacity to act collectively in the face a new generation of bio-risks seems on its way.

The Maastricht, constitutionalist paradigm has lived, it seems...Although its federal spirit has not died, and the history rings a familiar bell: as of November 2023, as Europe, again, is nearing the eve of a new enlargement to Ukraine and Moldova[98], the promise of democracy and peace is still valid, but it is fragilized by the war waged against Ukraine by Russia, who could be an adverse force reversing Democracy's Third wave. In this dangerous context, it is more important than ever, for Eastern and Western Europeans to ask earnestly, together: «*What makes a People a People*?»

ARANZADI

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

ARCHIBUGI, Daniele, HELD, David, «La démocratie cosmopolitique. Acteurs et méthodes», *Cahiers philosophiques*, 2012/1 (n.º 128), pp. 9-29. DOI: 10.3917/caph.128.0009. URL: https://www-cairn-info.budistant.univ-nantes.fr/revue-cahiers-philosophiques1-2012-1-page-9.htm

BALIBAR, E. *Europe, crise et Fin?* Lormont, Editions Le bord de l'Eau, 2016.

BARBER, B. *Strong Democracy*, University of California Press, 1984.

96. Foucault, *Histoire de la sexualité, Tome I, La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, chapter V, «Droit de mort et pouvoir sur la vie».
97. POLANYI, K. *The Great Transformation*, (1944) reed. Beacon Press, 2001.
98. Enlargement to Ukraine was suggested by the EP in April 2022, shortly after the Russian aggression of Ukraine. As of November 8, 2022, The European Commission has suggested that the member-states grant it officila candidate status, cf. European Neighborhood Policy and Enlargement negotiations, consulted 8 november 2023, https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu /news / commission-adopts-2023-enlargement-package-recommends-open-negotiations-ukraine-and-moldova- grant-2023-11-08_en

BAUN, Michael J. «The Maastricht Treaty as High Politics: Germany, France, and European Integration». *Political Science Quarterly*, vol. 110, no. 4, 1995, pp. 605-24. *JSTOR*, https://doi.org/10.2307/2151886

BLYTHE, M. *Austerity, The History of a Dangerous Idea*, Oxford University Press, 2013.

BOHMAN, J., *Democracy Across Border: From Demos to Demoi*, MIT Press, 2007.

BURLEY, A-M., «The Once and Future German Question». *Foreign Affairs*, vol. 68, no. 5 1989, pp. 65-83. *JSTOR*, https://doi.org/10.2307/20044200

COHEN, J. L. and ARRATO, A., *Civil Society and Political Theory*, MIT Press, 1994.

CORBETT, Richard, «Spinelli and the Federal dream», p. 179-91 in: BOND, M. SMITH, J., WALLACE, W., *Eminent Europeans*, London, Grey Coat, 1996.

COSTA, Olivier, «Que peut le Parlement européen?», *Pouvoirs*, 2014/2 (n.º 149), pp. 77-89. DOI: 10.3917/pouv.149.0077. URL: https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2014-2-page-77.htm

ARANZADI

CURTIN, D. «The Constitutional Structure of the EU: A Europe of Bits and Pieces», *Common Market Law Review,* 30: pp. 17-69, 1993.

CRUM, B. «Saving the euro at the cost of democracy?», *JCMS*, 2013, Vol. 51, pp. 614-630.

DAHL, R. A. and TUFTE, Edward R., *Size and Democracy-The politics of the Smaller European Democracies*, Stanford, Stanford University Press, 1973.

DAHL, R., «Procedural Democracy», chapter 8, in GOODIN, R. E., and PETTIT, P. *Contemporary Political Philosophy, An Anthology*, Blackwell Publishers, 1997.

DEHOUSSE, R. (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe?* Paris, Presses de Sciences Po, 2002.

DINAND, D., *Europe Recast, A History of European Union*, Lynne Rienner Publishers, Boulder/London, 2004.

DUVAL, G., *Made in Germany. Le modèle allemand au-delà des mythes*, Paris, Seuil, 2013.

DYSON, K. (1999), Benign or Malevolent Leviathan? Social Democratic Governments in a Neo-Liberal Euro Area. *The Political Quarterly*, 70: 195-209. https://doi.org/10.1111/1467-923X.00221

ELSTER, J., «Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction», in: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 58, No. 2, *Approaching Democracy: A New Legal Order for Eastern Europe*, (Spring, 1991), pp. 447-482.

FERRY, J. M., *La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 1999.

FUKUYAMA, F., «The End of History?», *The National Interest*, No. 16 (Summer 1989), pp. 3-18.

FOUCAULT, M., *Histoire de la sexualité, Tome I, La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976.

GERBET, P. *La construction de l'Europe*, Paris, Imprimerie Nationale, 1999.

GRABBE, H., The EU's Transformative Power, Europeanization Through Conditionality in Central and Eastern Europe, Palgrave, 2006.

HABERMAS, J., *Ecrits Politiques*, Les Editions du cerf, Paris, 1990.

HABERMAS, J., *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, nrf essais, 1997.

ARANZADI

HABERMAS, J., *La Constitution de l'Europe*, Paris, trad. Gallimard, 2011.

HALL, P., «Anatomy of the Eurocrisis», *Harvard Magazine*, July-August, 2013, pp. 25-27.

HILL, C. (1993), «The Capability-Expectations Gap, or Conceptualizing Europe's International Role», *Journal of Common Market Studies*, 31: 305-328. https://doi.org/10.1111/j.1468-5965.1993.tb00466.x

HILL, S., *Europe's Promise*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 2010.

HOFFMAN, S. and KEOHANE, R. O., *The New European Community, Decision-making and Institutional Change*, Westview Press, Boulder/San Francisco, Oxford, 1991.

JAY, HAMILTON, MADISON, *Federalist Papers* 1-10, 1787, available online at: https://guides.loc.gov/federalist-papers/introduction

JUDT, T., *Postwar: A History of Europe since 1945,* Penguin Press, 2005.

KAGAN, R., *Of paradise and Power, America and Europe in the New World Order*, New York, Alfred A. Knopf, 2003.

KERSHAW, I., *The Global Age, Europe 1950-2017*, U.K., Viking, 2018.

KUHN, T., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion (Champ), 1983.

KUNDERA, M., *A Kidnapped West, The tragedy of Central Europe* (1980), reed. Faber and Faber, 2023.

KOVACS, K. and SCHEPPELE, K. L., «The Fragility of an Independent Judiciary: Lessons from Hungary and Poland-and the European Union». *Communist and Post-Communist Studies*, vol. 51, no. 3, 2018, pp. 189-200. *JSTOR* https://www.jstor.org/stable/48610507

KRASTEV, I., *After Europe*, University of Philadelphia Press, Philadelphia, 2017.

LACROIX J., «Pertinence du paradigme libéral pour penser l'intégration politique de l'Europe», *Politique européenne*, 2006/2 (n.º 19), pp. 21-43. DOI: 10.3917/poeu.019.0021. URL: https://www.cairn.info/revue-politique-europeenne-2006-2-page-21.htm

LAVENEX, S., EU External Governance in wider Europe, *Journal of European Public Policy*, 11:4, August 2004, 680-700.

ARANZADI

LEFORT, C., «La Première Révolution Anti-Totalitaire». *Esprit (1940-)*, no. 1 (1), 1977, pp. 13-19.

LEONARD, M., *Why Europe will run the 21st Century*', Public Affairs, New York, 2011.

LERON, N., *Souveraineté, l'obsession des nations*, Paris, Bouquins, 2022.

MAJONE, G., *Europe as the Would-Be World Power, The EU at Fifty*, Cambridge University Press, 2009.

MAJONE, G. *Regulating Europe*, London/New York, Routledge, 1996.

MANENT (Pierre), *La raison des nations: réflexions sur la démocratie en Europe*, Paris, Gallimard, 2006.

MANNERS, I., «Normative Power Europe, a contradiction in terms» JCMS, 2002, Vol. 40, N.º 2, pp. 235-58.

MILWARD, Alan, *The European Rescue of the Nation-State*, London, Routledge, 1992.

MITTERRAND, F., *De l'Allemagne, de la France*, Paris, Odile Jacob, 1996.

MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois,* IIème Partie, Livre IX, chapitres I-III.

MORAVCSIK, A., *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca, Cornell U.P., 1998.

MUDDE, C. and KALTASSER, C. R., *Populism, a Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017.

MÜLLER, J.-W., «Militant democracy». In M. Rosenfeld & A. Sajó (Eds.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law* (pp. 1253-1269). Oxford University Press, 2012.

MULLER, J. W., *La peur ou la liberté, Quelle p.o.litique face au populisme*?, transl. Premier Parallèle, 2020.

MÜLLER, J. W., «Citizens as Militant Democrats, Or: Just How Intolerant Should the People Be?», *Critical Review*: *A Journal of Politics and Society* 34 (1):85-98, 2022.

OST, D. *The Defeat of Solidarity, anger in politics in Postcommunist Europe*, Cornell University Press, 2005.

PESCATORE, P., «Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne», in: *Cahiers de Droit Européen*, N.º 5, 1974, pp. 499-514.

ARANZADI

PERRON, C., *Les pionniers de la démocratie*, Paris, PUF/Le Monde, 2004.

POLANYI, K., *The Great Transformation*, (1944) reed. Beacon Press, 2001.

RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press/Belknap Press, 1971.

RAWLS, J., *Political Liberalism,* Columbia University Press, 2005.

ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat Social*, (1762), Paris, GF, 1966, Livre III, chapitre IV: De la démocratie.

ROUYER, M., «L'Europe: une vocation politique retrouvée?» in: JALLON, H. & DEMORAND, N.: *L'Année des débats: la suite dans les idées*, Paris, La Découverte/France Culture, 2000, pp. 61-68.

ROUYER, M., «Démocratie Européenne», *Raisons Politiques* N.º 10, Février 2003, Paris, presses de Sciences-Po.

ROUYER, M., «La démocratie n'est plus ce qu'elle n'était pas», *Parlements*, N.º 1, 2004, pp. 91-107.

RUPNIK, J., *The Other Europe, The Rise and Fall of Communism in East-Central Europe*, Shocken books, 1990.

RUSSETT, B., LAYNE, C., SPIRO, D. E. and DOYLE, M. W., «The Democratic Peace», *International Security*, Vol. 19, No. 4 (Spring, 1995), pp. 164-184.

SAROTTE, M. E., 1989, *The Struggle to Create Post-Cold War Europe*, Princeton U.P., 2009.

SARTORI, G., *The Theory of democracy revisited,* Chatham House, 1987.

SCHARPF, F. W. (2002), *The European Social Model*. JCMS: *Journal of Common Market Studies*, 40: 645-670. https://doi.org/10.1111/1468-5965.00392

SCHARPF, F., «Essai sur la démocratie dans les systèmes de négociation», in: TELO, M. Démocratie et construction européenne, Bruxelles, Bruylant, 1995.

SCHARPF, F., *Gouverner l'Europe*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2000, p. 17 *et sq*.

SCHMIDT, V., *Europe's Crisis of Legitimacy*, Oxford University Press, 2020.

SPINELLI, A. & COLORNI, E., *Il Manifesto di Ventotene* (1941), Edizione analitica a cura di Sergio Pistone con un saggio di Norberto Bobbio, Torino, CELID/Consiglio Regionale del Piemonte, 2004.

SIKKINK, K., «The power of principled ideas: Human rights policies in the US and Western Europe», pp. 139-70 in: GOLDSTEIN and KEOHANE, R., *Ideas and Foreign Policy*, Ithaca and London, Cornell university Press, 1993.

STARK, Hans, «Européenne, l'Allemagne? Retour sur un long procès», *Politique étrangère*, 2010/3 (Automne), pp. 523-535. DOI: 10.3917/pe.103.0523. URL: https://www-cairn-info.budistant.univ-nantes.fr/revue-politique-etrangere-2010-3-page-523.htm

STARK, Hans, «De la question allemande à la question européenne», *Politique étrangère*, 2016/1 (Printemps), pp. 67-78. DOI: 10.3917/pe.155.0067. URL: https://www-cairn-info.budistant.univ-nantes.fr/revue-politique-etrangere-2016-1-page-67.htm

STONE, A. «What is a Supranational Constitution? An essay in International Relations Theory», *The Review of Politics*, 56 (3), pp. 441-74, 1994.

ARANZADI

STONE, A. and CAPORASO, J., «La cour de justice et l'intégration européenne», *Revue Française de Science Politique*, 48(2): 195-244, 1998.

STREECK, W., «Markets Vs. People», *New Left Review*, 73, Jan-Feb, 2012, pp. 63-71.

TOUSSAINT, Rapport sur le déficit démocratique, Doc A2-276-87, J.O.C.E. 18 Juillet 1988, C 187/229.

THIBAUD, P. and FERRY, J. M., *Discussion sur l'Europe*, Paris, Calmann-Levy, 1992.

TILLY, C., *Contention and Democracy in Europe*, 1650-2000, Cambridge University Press, 2004.

VAN MIDDELAAR, L., *The Passage to Europe*, New Haven & London, Yale U.P., 2013.

VON BOGDANDY, A., «The International Lesson for International Democracy: The significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations», *The European Journal of International Law*, Vol. 23, N.º 2, 2012, 315-334.

WEILER, J., «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal*, 100: 111, pp. 2043-83, 1991.

ARANZADI

WEILER, J., «The State *uber Alles.* Demos, Telos, and the German Maastricht Decision», RSC Working Papers N.º 95/19, Florence, 1995.

WOLTON, D., *Naissance de l'Europe démocratique*, Paris, Flammarion, 1993.

ZIELONKA, J., *Europe as Empire, the nature of the Enlarged Union*, Oxford University Press, 2006.

ARANZADI

Parte II

Maastricht y la consecución del mercado único desde la perspectiva ambiental y social

ARANZADI

ARANZADI

Capítulo VIII

Thirty Years after Maastricht: Is the Euro the Single Currency of the EU?

Assoc. Prof. Kaloyan Simeonov[1.]
European Studies Department, Faculty of Philosophy, Sofia University «St. Kliment Ohridksi»

SUMARIO: I. INTRODUCTION. II. THE IMPORTANCE OF THE EMU IN THE INTEGRATION PROCESS. III. THE ROLE OF THE TREATY OF MAASTRICHT FOR THE ESTABLISHMENT OF THE EMU. IV. IS THE EURO TODAY THE SINGLE CURRENCY OF THE EU? V. THE INTERNATIONAL ROLE OF THE EURO. VI. MAIN CHALLENGES FOR THE SINGLE CURRENCY AND THE EMU. VII. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY.

ARANZADI

Summary (Abstract): Thirty years after the entry into force of the Maastricht Treaty the euro is still not the real single currency of the whole European Union (EU). Out of the twenty-seven EU Member States, there are still seven countries from the EU that are outside the Euro Area. They represent more than one fifth of the EU population and around 15% of the EU GDP. After Brexit and with the accession of Croatia to the euro, there are greater prospects for consolidation of the Euro Area. Some of the current EU economic and financial reforms are also directed mainly to the Euro Area. However, there is still a way to go before the euro becomes the real single currency of the whole EU-27 Single Market.

1. The views and positions in this chapter are personal and they do not represent the position of the institutions in which the author currently works.

I. INTRODUCTION

Thirty years after the Maastricht Treaty and more than twenty years after the establishment of the Euro Area in 1999, the euro is still not the single currency of the whole European Union. Currently twenty EU Member States out of EU-27 are members of the Euro Area. This means that there are seven EU Member States that are still not part of the single currency area, namely Denmark, Sweden, Poland, Czech Republic, Hungary, Bulgaria and Romania.

However, from the beginning of the establishment of the single currency, the idea was that it shall be the single currency of the whole EU[2]. The provisions of the Treaty of Maastricht do not contradict to this concept. Although the treaty provides the opportunity for two options – Member States without a derogation (i.e. Euro Area Member State) and Member States with a derogation (Member State that are not part of the Euro Area), the purpose behind this opportunity is that only the EU Member States that are ready for the Euro Area shall become its members. The other Member States shall accede to the Euro Area once they are ready for that and when they fulfill the so-called Maastricht convergence criteria.

Notwithstanding the fact that the euro is still not the single currency of the whole EU and that there are still seven EU Member States that are not ready to become part of the Euro Area, in the last years there are *significant changes*. First, the United Kingdom has left the European Union in January 2020. The withdrawal of the United Kingdom, that was the second largest economy in the EU-28, has important implications for the development of the Euro Area. That country had the so-called opt-out clause and it was not obliged to adopt the single currency[3]. It was clear that the non-Euro Area Member States will always have a significant share in the EU-28 as the United Kingdom has clearly demonstrated that the adoption of the euro is not a priority for the country. After Brexit and in the framework of EU-27 this situation has changed significantly as currently the non-Euro Area Member States represents around 15% of the EU economy, based on Member States Gross Domestic Products (GDP) calculations.

ARANZADI

Second, Croatia has become the 20th member of the Euro Area on 1 January 2023. This was the first Euro Area enlargement back from 2015

2. See: JUNCKER, J-C., «State of the Union Address 2017», President Jean-Claude Juncker's State of the Union Address, 13 September 2017, Brussels, Belgium. The President Juncker emphases that the single currency has the goal to unite but not to divide the Member States within the European Union.

3. Currently, in the EU-27 only Denmark has the so-called opt-out clause. The other six Member States has the obligation to adopt the euro but there is no a deadline for that commitment.

when Lithuania joined the single currency. The accession of Croatia represents a new momentum for the Euro Area which demonstrates that the interest for enlarging that area is still vivid[4].

Third, Bulgaria has the perspectives to join the Euro Area very soon. The earliest possible date is 1 January 2025 and the assessment for that will be made in mid-2024. The accession of Bulgaria in 2020 in the ERM II and the Banking Union of the EU provides a good progress and perspectives for that aim. Currently, the main challenge for Bulgaria's accession to the Euro Area is the fulfillment of the Maastricht convergence criterion on inflation. The other criteria are likely to be fulfilled, including the one on government budget deficit, if the political will in the country to join the single currency area continue to be a high priority.

Romania has also aspirations to join the Euro Area in the near future. Although they are reluctant at this stage, Sweden, Czech Republic, Poland and Hungary may follow. The opt-out clause of Denmark does not prevent it to become one-day Euro Area Member State, especially if there is a change in the country's perception towards acceding to the single currency. It shall not be forgotten that the economy and financial sector of Denmark and the other non-Euro Area Member States are highly integrated to the economy and financial sector of that area.

ARANZADI

The main thesis of the current chapter is that thirty years after the entry into force of the Maastricht Treaty the euro is still not the single currency of the whole European Union. However, there are prospects that the euro will become a real single EU currency sooner rather than later. The fact that the euro is the second strongest and mostly used currency in the world, also provides perspectives for such developments.

The next sections of the chapter are structured as follows. The second section provides an overview of the importance of the Economic and Monetary Union (EMU) and of the single currency in the process of regional economic integration. The section afterwards describes the role of the Treaty of Maastricht for the establishment of the EMU and of the single currency. The fourth section aims to respond to the main question of the current chapter, namely: is the euro already the single currency of the EU-27? The two sections afterwards provide information in relation to the international role of the euro and the most important challenges for the single currency and the EMU. These two sections also contain data and characteristics that

4. For more information on the Croatian accession to the Euro area, see: FALAGIARDA, M. and C. GARTNER, «Croatia adopts the euro», European Central Bank, ECB Economic Bulletin, Issue 8/2022.

facilitate the main research question of the current chapter. The last section provides some conclusions.

II. THE IMPORTANCE OF THE EMU IN THE INTEGRATION PROCESS

The single currency in the EU is part of a larger economic integration project – the establishment of the Economic and Monetary Union. It is necessary to understand the importance of this project as well as its place within the different degrees of economic and monetary integration within a regional integration project such as the European Communities and later the EU.

It is perceived that the establishment of a single currency and an Economic and Monetary Union is the most developed and advanced level of economic integration within any regional organisation such as the European Union. Usually, this higher level of economic and monetary integration shall be achieved gradually, after the fulfillment of the previous stages of economic integration such as the customs union and the common (single) market.

In accordance with Béla Balassa research, there are five main levels of economic and policy integration but other researches point out different lists or degrees[5]. The one that is usually referred to in the European economic integration literature is:

ARANZADI

1. Free Trade Area (FTA) – an area where two or more countries apply free trade between themselves, abandoning or reducing trade barriers, tariffs and quantitative restrictions.

2. Customs Union (CU) – in addition to a complete FTA between the member countries, the customs union applies unified customs and trade tariff towards third countries. Usually the customs union goes hand in hand with some basic common policies.

3. Common (Single) Market – in addition to the CU, the common or the single (internal) market applies the so-called four freedoms – free movement of goods, people, services and capital. The common market is accompanied usually with common sectoral policies (see the figure below).

5. For further information in relation to the degrees of economic integration, see BALASSA, B., «The Theory of Economic Integration», Allew and Unwin, London, 1961 and NYE, J. M., «Comparative Regional Integration: Concept and Measurement, International Organisation», 1968.

4. Economic and Monetary Union (EMU) – in addition to the common market and the common economic policies, the EMU applies a common monetary policy, a single currency and well-coordinated economic policies among the member countries. The EMU concept was legally introduced in the EU through the Maastricht Treaty.

5. Political Union (PU) – a stable political union may be achieved only after complete economic and monetary integration between the member countries together with strong political cooperation or unification of those countries.

The stages of economic and political integration and the associated common policies in the EU are presented also in the figure below. In that figure the Free Trade Area is absent as from the beginning of the economic integration within the European Communities the idea was to establish the higher level of integration in the form of a Customs Union. The *Customs Union* was established gradually within the European Economic Community and its completion was achieved on 1 July 1968. The Customs Union is associated with several common policies of the EU, namely the common trade, competition and agricultural policies.

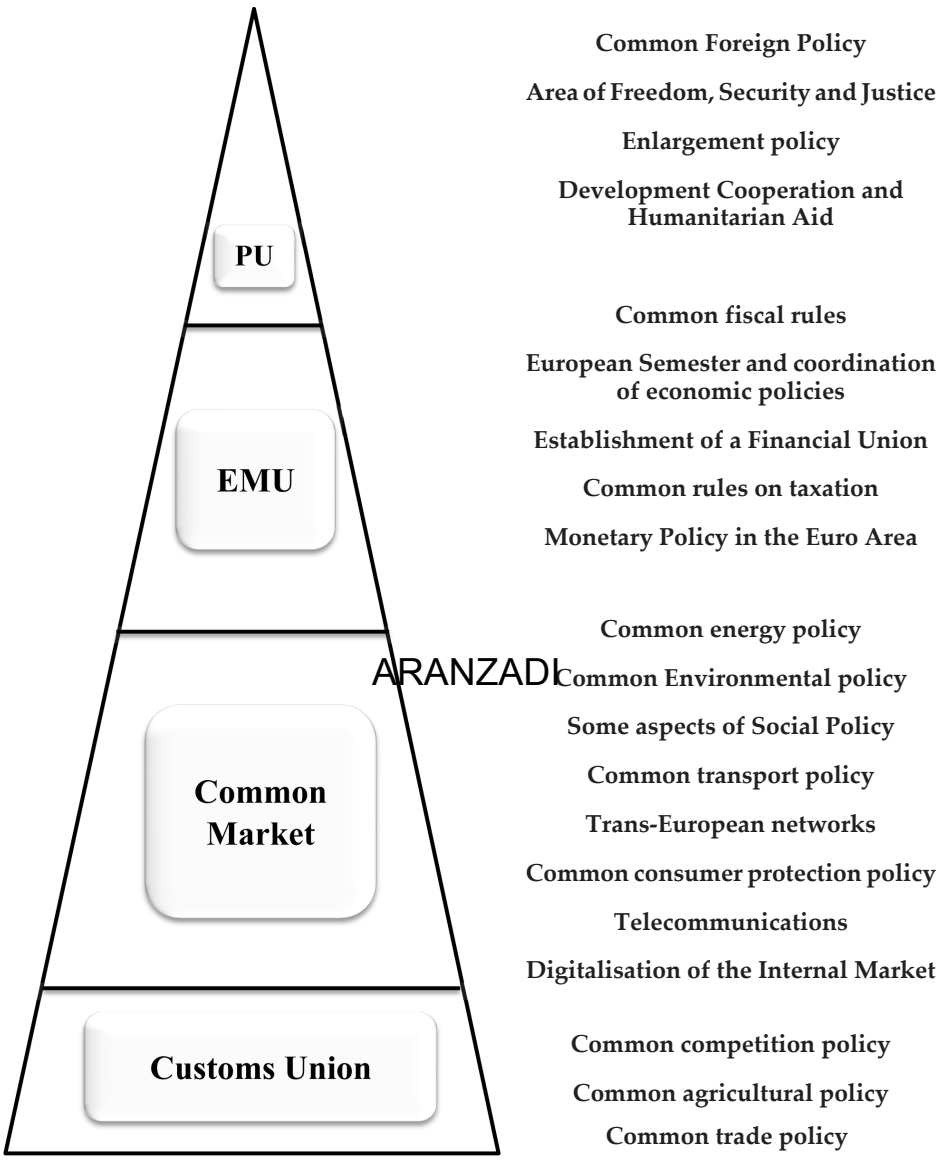
The next level of economic integration in the European Communities and later on in the EU is the development of the *Common (Internal or Single) Market*. As already mentioned, the single market is associated with the four freedoms – free movement of goods, people, services and capital. That common market is associated also with several additional common economic policies of the EU. Some of these common policies are common energy, transport, telecommunications, environmental and social policies, common consumer protection policy, the rules for establishing trans-European networks and digital internal market.

ARANZADI

The *Economic and Monetary Union* is the next level of economic and political integration between the member countries within the EU. The single currency that represents the main focus of the current chapter is part of that level of integration. The common monetary policy of the European Central Bank is also part of that concept. Although the Economic Union is still not complete within the EMU, the European Semester already introduced rules for better cooperation of the economic policies of the Member States. The EU has established also some common fiscal rules and principles as well as some harmonisation in the taxation area, mainly in the field of indirect taxation. Currently, the completion of the Financial Union has also become part of the concept for the completion of the Economic and Monetary Union – these are rules in relation to the establishment of the Banking Union and the Capital Markets Union.

The *Political Union* is considered to be the most developed level of integration between member countries. In addition to the policies that are applied within the Customs Union, the Internal Market and the Economic and Monetary Union, the Political Union is associated with policies such as the Common Foreign Policy; the Area of Freedom, Security and Justice, Policies towards Development Cooperation and Humanitarian Aid as well as Enlargement Policy.

ARANZADI



ARANZADI

PU – Political Union. EMU – Economic and Monetary Union

Figure: Stages of economic and political integration and associated policies in the EU

All these levels of integration were not developed in the EU overnight. They are subject to gradual integration and they were realised in different stages. The establishment of the Economic and Monetary Union itself is also executed in different stages. This approach was followed by the Maastricht Treaty which provided for three consecutive stages for the final EMU establishment and the introduction of the euro.

III. THE ROLE OF THE TREATY OF MAASTRICHT FOR THE ESTABLISHMENT OF THE EMU

The Treaty of Maastricht is the legal basis for the establishment of the Economic and Monetary Union in the EU as well as for the introduction of the single currency. Thirty years after the entry into force of the treaty, its goals in relation to the EMU are almost achieved. The EMU has successfully entered in the third phase with the establishment of the European Central Bank and the euro. The single currency was established in electronic form in 1999 and it entered in circulation three years later in 2002. Currently, twenty out of twenty-seven EU Member States apply the euro as their own currency. There are countries outside the EU that also use the single currency as their legal tender or that fix their national currencies to the euro. Last but not least, the euro has become the second most used and popular currency in the world.

ARANZADI

When discussing the role of the Maastricht Treaty for the monetary integration in the EU, we shall also not forget the previous steps and plans for such integration. Some of these plans and steps were less successful than others before the Maastricht Treaty. However, they are also important as they demonstrated the challenges before such complete monetary integration and single currency may be realised. Some of the plans and steps for monetary integration in the European Communities before the Maastricht Treaty are presented in Box 1.

Box 1

Steps and plans for monetary integration before the Treaty of Maastricht

The texts of the Paris and the Rome Treaties that established the European Communities in the 1950's do not contain provisions for the establishment of a single currency or a developed stage of monetary integration. Some of the reasons for that are described in the text below the box.

The first detailed and precise plan for monetary integration is the so-called Werner Plan from 1970[6]. In accordance with the Werner Plan the European Communities were supposed to establish for a ten years period, until 1980, an Economic and Monetary Union with irrevocable fixing of the national currencies or even a single currency. This plan was not successful for many reasons. However, it is an important milestone in the monetary integration process as its concepts and ideas were preserved to a great extent in the next plans for the creation of the Economic and Monetary Union[7].

There were other ideas and concepts that were realised in the monetary area in the period before the Maastricht Treaty. The first one was the so-called «snake in the tunnel» that aimed to stabilise the exchange rates between the member countries of the European Communities in the early 1970's. This project proved not to be very successful. However, its lessons were learned to a great extent and they were reflected in the establishment of the European Monetary System in early 1979.

ARANZADI

The European Monetary System (EMS) functioned for 20 years, until the very end of 1998. The EMS is the predecessor of the Economic and Monetary Union and it is based on the European currency unit (ECU). The ECU was the monetary unit of the EMS. It was not a separate currency or a legal tender in circulation. It was rather a «basket» of the member country currencies that were weighted in accordance with factors such as the size of their economy or their share of their intra-Community trade. The main aim of the EMS, the ECU and the Exchange Rate Mechanism (ERM) were to reduce the exchange rate variability and to stabilise the trade within the Common Market. The European Monetary System is

6. See WERNER REPORT, «*Report to the Council and the Commission on the realisation by stages of Economic and Monetary Union in the Community*», Luxembourg, 8 October 1970.
7. The 1989 Delors Report that is considered to be the basis for the establishment of the Economic and Monetary Union in accordance with the Maastricht Treaty, has to a great extent similar ideas and concepts for EMU establishment as in the Werner Report. See: DELORS REPORT, «*Report on Economic and Monetary Union in the European Community*», Committee for the Study of Economic and Monetary Union, 1989.

considered to be successful. Its success allowed the gradual establishment of the EMU.

There are several reasons why the monetary integration in the European Communities was not developed in the beginning of the European integration process. On the other hand, and opposite to that first group of reasons, there are other reasons that allowed at a later stage the member countries to achieve a high degree of monetary integration, based on the provisions of the Maastricht Treaty. These two group of reasons are summarised in Table 1 below.

At the beginning of the integration process in the European Communities in the 1950's there was not enough political will neither readiness in the member countries to give up their sovereignty in the monetary field. At that time there was also not full convertibility of the national currencies of the member countries. The common market was at its initial stage of development and the Member States of the European Communities were not ready to achieve the higher level of economic integration, i.e. the establishment of the Economic and Monetary Union. Last, but not least, at that time at global level the Bretton Woods monetary system applied relatively fix exchange rates. The national currencies of the Member States of the European Communities were relatively fixed towards the US dollar which allowed also exchange rate stability between these currencies within the common market.

ARANZADI

At the time when the Maastricht Treaty was initially designed, negotiated and signed, all these reasons and factors have changes substantially in the European Communities and later on in the European Union. The Bretton Woods monetary system of relatively fixed exchange rates was already dissolved, the global and European exchange rate markets were characterised with a high degree of exchange rate volatility. This volatility was detrimental for the functioning of the internal market that was already finalised to a great extent at the beginning of the 1990's. The member country currencies have achieved a full convertibility and the majority of these countries were ready to take a political decision for greater economic and monetary integration[8]. Thus, it became possible for the Maastricht Treaty to regulate the establishment of the Economic and Monetary Union and the introduction of the euro as a single currency in the European Union.

8. The main exception to this conclusion are the United Kingdom and Denmark that negotiated opt-out clauses in relation to the Economic and Monetary Union project.

Table 1: Reasons for lack or need of monetary integration in the EU

№	Reasons for lack of monetary integration at the beginning of the European integration process	Reasons why the Maastricht Treaty was successful in establishing the Economic and Monetary Union
1.	The Economic and Monetary Union is the most developed *level of economic and monetary integration*. It may not be achieved overnight and may not precede the other stages of integration.	At the time of the negotiation and adoption of the Maastricht Treaty, there was already *a need to implement* a project for gradual implementation of Economic and Monetary Union.
2.	Immediately after the Second World War there was *no full convertibility* of the national currencies.	During the time of the Maastricht Treaty a *full convertibility* was already achieved between the currencies of all the member countries.
3.	The rules and standards of the Bretton Woods global monetary system of relatively fix exchange rates towards the US dollar apply for all the member countries from the European Communities.	The Bretton Woods monetary system collapsed in the 1970's and the global monetary relations are already characterised with floating regimes. Floating and fluctuating exchange rate regimes in the European Communities are not suitable for the development of the EU internal market.
4.	The *Common Market* was still in its initial phase of establishment. The customs union was also gradually implemented. The freedom to provide services, capital and people were also not finalised.	The *Internal Market* was finalised to a great extent at the beginning of the 1990's. The exchange rate fluctuations of the national currencies and the lack of a single currency started to be a real impediment to the functioning of the Single Market.
5.	There is no readiness and political will among member countries in the European Communities in the 1950's and 1960's to give up *sovereignty* in the monetary area.	At the time of the Maastricht Treaty the member countries realised that further progress in the integration process will hardly be achieved without *monetary unification*.

ARANZADI

Source: the author.

The Maastricht Treaty that entered into force in 1993 is the cornerstone for the development of the Economic and Monetary Union in the EU[9]. It is the main legal basis that was ratified in accordance with the constitutional arrangements in the EU Member States and that permitted to achieve gradually for a period of around ten years the establishment of the Economic and Monetary Union and the single currency.

In fact, the Economic and Monetary Union was established in three consecutive stages. The idea behind this evolutionary approach is the need for gradual implementation of the new rules, principles and procedures that are required by a fully-fledged Economic and Monetary Union. As the EMU is the highest level of economic and monetary integration, there was a need for step by step introduction and implementation of these new regulations. It was necessary to develop also the institutional framework that shall apply the EMU rules in the EU.

It is considered that the *first stage* of the Economic and Monetary Union has started on 1 July 1990. This is the date when the Council Directive 88/361/EEC begun to be applied in the European Communities[10]. This is the directive that achieved full capital movement liberalisation among the Member States. The capital movement liberalisation was achieved gradually in the European Communities. At the beginning of the integration process only the long-term capital movements were liberalised and there were still some restrictions on the short-term and more volatile capital movements. However, it is not possible to introduce a single currency with substantial restrictions on the capital movement between the Member States. Therefore, the start of the application of the capital movement liberalisation Council Directive 88/361/EEC in July 1990, far from the date of entry into force of the Maastricht Treaty, is considered as the start of the first stage for the introduction of the Economic and Monetary Union in the EU.

ARANZADI

This first stage continued between 1 July 1990 and 31 December 1993. During this stage a more coordinated approach of the economic and monetary policies of the European Communities Member States started to apply. In terms of institutional framework, the European Monetary Cooperation Fund (EMCF) continued to implement its functions. This is the fund established in 1973 within the European Monetary System with the main goal to

9. For the consolidated version of the treaty provisions in relation to the Economic and Monetary Union, adopted at the time of the Maastricht Treaty, see Title VIII «Economic and Monetary Policy» of the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, pp. 47-390. After the Maastricht Treaty in 1993 few provisions in that area were amended or added.

10. See: Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty, OJ L 178, 8.7.1988, pp. 5-18.

facilitate the narrowing of the fluctuations of the exchange rates of the currencies participating in that system. Together with the ECU and the Exchange Rate Mechanism of the European Monetary System it allowed for the decrease of the exchange rate volatility in the European Communities, thus facilitating the establishment of the Economic and Monetary Union. The European Monetary Cooperation Fund ended its operations on 1 January 1994 when its functions were taken by the new European Monetary Institute (EMI) and when the second stage of EMU establishment was initiated[11].

The *second stage* for the establishment of the Economic and Monetary Union took place between 1 January 1994 and 31 December 1998. Apart from the functioning of the European Monetary Institute that was a temporary institution that aimed for the institutional preparation of the EMU and for the establishment of the future European Central Bank, other changes and policies were executed during this second phase. During this phase the secondary legal basis for the introduction of the euro was adopted by the European institutions, the majority of these secondary legal acts being in the form of directly applicable regulations. During the second phase the Member States continued to apply mid-term programmes that allowed better planning of their economic and monetary policies. This phase was marked also with the first assessments of the fulfillment by the Member States of the Maastricht convergence criteria.

ARANZADI

The Maastricht convergence criteria represent the official test of the readiness of the EU Member State to join the Euro Area. These are five nominal convergence criteria related to inflation (price stability), long-term interest rate, government deficit, government debt and exchange rate stability, namely:

1. *Price stability criterion*: the Member State shall have a price performance that is sustainable and its average rate of inflation, observed over a period of one year before the examination, shall not exceed by more than 1.5 percentage points that of, at most, the three best performing Member States in terms of price stability[12]. Inflation shall be measured by means of the consumer price index on a comparable basis taking into account differences in national definitions.

2. *Long-term interest rate developments*: The Member State shall have for a period of one year before the examination an average nominal

11. For more information on the European Monetary Cooperation Fund, see: ECB, «The European Monetary Cooperation Fund (1973-93)», European Central Bank, available at the following address: https://www.ecb.europa.eu/ecb/access_to_documents/archives/emcf/html/index.en.html, last visited on 10.08.2023.

12. The inflation is measured by the Harmonised Index of Consumer Prices (HICP) on a comparable basis.

long-term interest rate that does not exceed by more than 2 percentage points that of, at most, the three best performing Member States in terms of price stability[13].

3. *Government deficit criterion*: The Member State under examination shall not be subject to Council decision for an excessive deficit. For that reason, the ratio of the planned or actual government deficit to GDP of the Member State concerned shall not exceed the reference value, defined as no more than 3% of GDP[14].

4. *Government debt criterion*: The Member State under examination shall have a ratio of government debt to GDP that does not exceed a reference value, defined as 60% of GDP, unless the ratio is sufficiently diminishing and approaching that reference value at a satisfactory pace. The examination of this criterion is also part of the excessive deficit procedure mentioned under the government debt criterion.

5. Exchange rate stability criterion: The Member State shall be part of the exchange-rate mechanism (today this is the so-called ERM II mechanism that replaced the ERM of the European Monetary System) for at least the last two years before the examination and it shall respect without severe tensions the normal fluctuation margins defined as +/-15% against the central rate of the national currency to the euro[15].

ARANZADI

The *third stage* of the Economic and Monetary Union started on 1 January 1999. It is considered that this is the birth date of the euro as a single currency. During the transitional period – 1 January 1999 – 31 December 2001, the euro existed only in electronic form. The introduction of euro banknotes and coins has been executed from 1 January 2002. At the time of the start of the third stage of the EMU eleven out of the fifteen EU Member

13. The interest rates shall be measured on the basis of long-term government bonds (usually 10-years) or comparable securities, taking into account differences in national definitions.

14. There are possible exceptions to that rule but under strict conditions. The government debt criterion may be still fulfilled in cases a) either the ratio of government debt to GDP has declined substantially and continuously and reached a level that comes close to the 3% reference value; or, b) alternatively, the excess over the 3% reference value is only exceptional and temporary and the ratio remains close to that reference value.

15. In particular, the Member State concerned shall not have devalued its national currency's bilateral central rate against the euro on its own initiative for a period of at least two years. For more information in relation to the Maastricht convergence criteria, see: ECB, «Convergence Criteria», European Central Bank, available at the following address: https://www.ecb.europa.eu/ecb/orga/escb/html/convergence-criteria.en.html, last visited on 10.08.2023.

States joined the single currency[16]. As Greece joined the Euro Area on 1 January 2001, within the transition period, there are twelve EU Member States that participated in the physical introduction of the euro banknotes and coins one year later. The national currencies of those twelve Member States were withdrawn from circulation for a period of few weeks at the beginning of 2002. Several months before the start of the third stage of the EMU, the European Central Bank was also established. It replaced the temporary European Monetary Institute. The ECB began to perform a supranational monetary policy in the Euro Area. The coordination of the economic policies of the participating Member States was also strengthened.

The entry into force and the implementation of the provisions of the Maastricht Treaty allowed the successful introduction of the euro and the Economic and Monetary Union. However, not all the countries were ready to join the Euro Area from its outset. Later on, the new EU Member States also need several years before to be able to join the area of the single currency. These Member States are referred in the Maastricht Treaty as «Member States with a derogation». Several of the EMU provisions does not apply for these countries, including those for the single currency and the powers of the European Central Bank.

The fact that in the EU there are still some Member States with a derogation, not applying the euro, raises the question if the euro is already the single currency of the whole EU.

ARANZADI

IV. IS THE EURO TODAY THE SINGLE CURRENCY OF THE EU?

As it was mentioned at the beginning of this chapter, the common currency within the Economic and Monetary Union is perceived to be the single currency of the whole European Union. In reality, the euro has never been the single currency of the EU. The reasons for that are not only the opt-clauses of the United Kingdom and Denmark but the reluctance of Sweden and some new EU Member States as Poland, Hungary and Czech Republic to adopt the euro. Another problem for the euro to become the single currency of the whole EU is the fact that a new EU Member State does not automatically become a member of the Euro Area.

Just the opposite, there are at least several years between the EU and the Euro Area accession dates. This is due to the need for the countries to fulfill different criteria for each separate accession. For the EU membership there is a need to fulfill the Copenhagen criteria and for the Euro Area accession

16. The eleven founding EU Member States of the Euro Area on 1 January 1999 are: Austria, Belgium, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Luxembourg, Netherlands, Portugal and Spain.

the countries that already became EU Member States shall fulfill the Maastricht convergence criteria. Last but not least, the Member States of the European Communities needed around four decades to develop the internal market and to introduce the single currency. Therefore, it is logic that the new EU Member States will need some years of EU membership with an effective participation in the EU internal market and common economic policies in order to be ready for the single currency and the higher level of full integration to the Economic and Monetary Union.

As we see from Table 2, most of the time the euro is far from being the single currency of the whole EU. The main exceptions are a) the period 2001-beginning of 2004, before the big-bang enlargement, where 12 out of the then 15 EU Member States applied the euro as well as b) the period after 2023 when Croatia has become the 20th Euro Area member country and the United Kingdom has already left the European Union in 2020. Just the opposite, there are periods such as the 2004-2007, where the non-Euro Area Member States of the EU are more numerous than the ones that already joined the single currency.

Table 2: Number of Euro Area member countries vis-à-vis the number of EU Member States

ARANZADI

Year	Euro Area – vis-à-vis all EU Member States	Comment
1999	11/15	The euro was born on 1 January 1999, although at the beginning it existed only in electronic form [17].
2001	12/15	The first enlargement of the Euro Area – the accession of Greece.
2004	12/25	On 1 May 2004 there is an accession to the EU of 10 new Member States [18].
2007	13/27	Accession of Slovenia to the Euro Area and accession to EU of Bulgaria and Romania.
2008	15/27	Malta and Cyprus joined the Euro Area.
2009	16/27	Slovakia joined the Euro Area.
2011	17/27	Estonia joined the Euro Area.
2014	18/28	In 2013 Croatia joined the EU and in 2014 Latvia joined the Euro Area.
2015	19/28	Lithuania joined the Euro Area.

Year	Euro Area – vis-à-vis all EU Member States	Comment
2020	19/27	The United Kingdom withdraw from the European Union.
2023	20/27	Croatia joined the Euro Area.

Source: the author.

The withdrawal of the United Kingdom from the European Union in late January 2020 has negative consequences for the economic development of both the United Kingdom and the EU-27 (i.e., the 27 Member States that form the EU after Brexit). One of the main reasons for Brexit, out of many others, was the fact the country abstained from several key policies and developments within the EU. One of them is the establishment of the Economic and Monetary Union and the acceptance of the single currency.

The United Kingdom was not ready to give up its British pound. Therefore, the country signed a protocol to the Treaty of Maastricht in early 1990's, allowing it to apply an opt-out clause in order to refrain from the adoption of the single currency. In order to prove that the United Kingdom is not ready for the euro, the country prepared a methodology different from the official EU one, known as the five tests. More information for that methodology, developed by the UK institutions, is presented in Box 2.

ARANZADI

Box 2

The 5 tests in the UK vis-à-vis the Maastricht criteria

The United Kingdom elaborated in the 1990's a more sophisticated methodology to prove that the country is not ready for the single currency area. This methodology is known as the 5 tests and it is much larger than the official Maastricht convergence criteria. The methodology was elaborated by the HM Treasury and it focuses on the following five tests (criteria):

1. The business cycles as well as the economic structures of the United Kingdom shall be compatible in order to live on a permanent basis comfortably with euro interest rates.

17. The four Member States from the EU-15 that did not join the euro at the beginning of 1999 were the United Kingdom, Denmark, Sweden and Greece.
18. The 10 new Member States that joined the EU on 1 May 2004 are Poland, Hungary, Czech Republic, Slovakia, Estonia, Lithuania, Latvia, Slovenia, Malta and Cyprus.

2. In case some problems emerge, there shall be enough flexibility to deal with them.

3. The accession to the Economic and Monetary Union shall establish better conditions for companies for making long-term decisions to invest in the United Kingdom.

4. The EMU accession shall have a positive impact on the competitive position of the financial services sector in the UK, particularly for the London City.

5. The accession to the EMU shall promote higher growth, stability and a lasting increase in jobs[19].

The Maastricht convergence criteria are a small part within one of these five tests. The other requirements and assessment criteria in the UK five tests are additional to the legal requirements, established in the Maastricht Treaty. It was obvious that this five tests methodology was elaborated in order to provide additional arguments for the UK authorities not to join the single currency. There are two assessments of the five tests in the UK. The first one was in 1997, during the period when there was official assessment of the readiness of the EU Member States to establish the Euro Area. The second one was performed in 2003. Out of the five tests the UK authorities proved that only the one related to the competitive position of the financial services sector in the UK was met.

ARANZADI

Although Brexit has significant negative economic effects for the United Kingdom and the EU-27, one of the few potential positive effects is the consolidation of the Euro Area. As the United Kingdom was the second largest economy in EU-28 and the largest economy among the non-Euro Area Member States, its withdrawal from the EU diminished significantly the share and the importance of the non-Euro Area Member States compared to those EU Member States that form the Euro Area.

Clear signs that Brexit might be indirectly one of the driving forces for the consolidation of the Euro Area are the following facts:

- Croatia joined the Euro Area on 1 January 2023. This is the first enlargement of the Euro Area after 2015 when Lithuania has joined

19. HM TREASURY, «UK membership of the single currency. An assessment of the five economic tests», October 1997 and HM TREASURY, «UK membership of the single currency. An assessment of the five economic tests», Presented to Parliament by the Chancellor of the Exchequer by Command of Her Majesty, Cm 5776, June 2003.

the euro. This period of eight years is the longest period without enlargement of the Euro Area since its establishment in 1999.

- Bulgaria has clear perspectives to adopt the euro at the beginning of 2025 if all the conditions are met in mid-2024. The current challenges for the country are the fulfillment of the price stability criterion and to a less degree the budget deficit criterion. Bulgaria has already joined the ERM II and the Banking Union in 2020. Therefore, procedurally it is at least a step ahead of the other current non-Euro Area Member States.
- Romania also declared its readiness to streamline its Euro Area accession plans. However, it shall first become a member of the ERM II and the Banking Union.
- There are some initial discussions especially in the Czech Republic and to a less extent in Poland and Hungary, that considerations for the adoption of the single currency shall be gradually triggered.

Some recent figures on key indicators comparing the Euro Area (part of the EU) to the whole European Union (EU-27) clearly demonstrate the level of consolidation of the single currency. These figures are presented in Table 3.

ARANZADI

Table 3: Euro Area vis-à-vis European Union key figures[20]

Indicator	**Euro Area (20 Member States)**	**European Union (27 Member States)**	**Euro Area vis-à-vis EU-27**
Population *early 2023*	349 million	448 million	77.9%
GDP nominal *euro in 2022*	13.4 trillion	15.8 trillion	84.8%
GDP per capita *per year in 2022*	38.520 euro	35.280 euro	n.a.

The main indicator in order to measure the level of consolidation of the Euro Area and to respond to the question «*is the euro today the single currency of the whole EU?*», this is the comparison of the nominal GDP. The figure for late 2022 for the Euro Area (calculated for the 20 Member States today) is 13.4 trillion euro and for the whole EU-27 is 15.8 trillion euro. These figures demonstrate that the Euro Area Member States represent around 85% (84.8%) of the EU economy. The latter means that the non-Euro Area Member States economies (those of Poland, Hungary, Czech Republic, Denmark, Sweden, Bulgaria and Romania) represent only 15% of the EU economy.

The same calculations for the population of the Euro Area, non-Euro Area and the EU-27 demonstrate that around 78% (77.9%) of the EU population live in the Euro Area and roughly 22% of the EU population live in the non-Euro Area Member States. This figure is higher in comparison to the nominal GDP as there are two relatively populated non-Euro Area countries such as Poland (38 million people) and Romania (20 million people). The average GDP per capita is relatively higher for the Euro Area (38.520 euro) than for the whole EU-27 (35.280 euro). This means that the standard of living is a little bit higher in the 20 Member States of the Euro Area, compared to the countries that did not yet adopted the single currency. However, this difference is relatively small.

ARANZADI

Notwithstanding the fact that there is some consolidation of the Euro Area in the recent years, mainly because of Brexit and Croatia's accession in that area, there is still a long way to go before the euro to have the opportunity to become the single currency of the whole European Union. Although the current prospects for Bulgaria to join the Euro Area are quite good and even if the country succeed to adopt the euro in 2025, it will be only the 21st member country out of the 27 EU Member States.

From the remaining six countries, only Romania has expressed a strong political will to adopt soon the euro. However, the whole process of ERM II accession (together with the entry in the Banking Union) and later on the accession to the euro will last not less than four years. The other non-Euro Area countries from Central and Eastern Europe, namely Poland, Hungary and Czech Republic, although economically more developed from Bulgaria and Romania, are far from lunching a real Euro Area accession path.

20. Sources: EUROSTAT, «Gross domestic product at market prices», last visited on 10.08.2023 and EUROSTAT, «Population and social conditions; Demography, population stock and balance; Main population indicators», data as of 1 January 2023, last visited on 10.08.2023.

Sweden is also not willing to join soon the single currency and to give up its sovereignty over its national monetary policy. Furthermore, Denmark still has its opt-out clause to join the euro. The fact that Denmark is a member of the ERM II since its establishment in 1999, applying narrow fluctuation bands of +/-2.25% of the Danish krone against the euro as well as that the Danish economy and financial sector are highly integrated to the one of the Euro Area, does not change the distant and unclear prospects for euro accession of that country.

Another potential challenge in the next one or two decades for full Euro Area consolidation within the EU is the possible enlargement of the European Union. The countries from the Western Balkans are some of the potential new EU Member States. After the start of the war and aggression of Russia against Ukraine, three other applications for EU membership have been put on the table – the ones of Ukraine, Moldova and Georgia. Turkey is also an EU candidate country, although its candidacy poses some important questions. If all or some of these prospects for EU enlargement take place in the next one or two decades, there will be a need for more time before the new EU Member States may become members also of the Euro Area.

Therefore, it may be stated that the euro today is still not really the single currency of the European Union. However, taking into account that the great part of the EU economy and population of the EU are already participating in the Euro Area, it may be also stated that *the euro has never been so close in order to become the single and united currency of the EU*.

ARANZADI

It shall be highlighted also another process that is present in the EU in the last 10-15 years. This process also puts a significant emphasis on the euro in the EU construct. After the global economic and financial crisis in 2008-2009, many of the EU economic and financial reforms were specifically targeted to the Euro Area Member States, thus making a substantial distinction from the non-Euro Area member countries in the EU. Some of these reforms that are targeted to one or another extent to the Euro Area members are the establishment of the European Stability Mechanism, the strengthening of the fiscal rules to a greater extent for the Euro Area countries, the stricter application for those countries of the rules in relation to the European Semester that after 2011 perform the cooperation of national policies of the Member States.

Last but not least, the Banking Union where the ECB has the ultimate responsibility for the banking sector, is obligatory for the Euro Area Member States and for the other EU countries it is only an option. Later on, in

the framework of the Croatia and Bulgaria euro accession process, the participation in the Banking Union became a political commitment for the ERM II entry.

Although some of the planned reforms such as: the development of a European Monetary Fund (with similar but increasing role as the global International Monetary Fund), based on the current European Stability Mechanism; or the establishment of the position of European Minister of Finance for the Euro Area; or the introduction of a budget specifically for the Euro Area or establishment of a Euro Area Parliament, were not realised so far, it is quite clear that the euro will continue to be the center of many new economic and financial reforms in the EU in the next years.

All these reforms and developments that are specifically targeted for the Euro Area will further increase the role of the euro. They will also enhance the prospects of the euro to be considered the single currency of the EU.

In order to understand the role of the euro, one shall consider not only its importance within the European Union. The international role of the euro, i.e. outside the EU borders, shall be also analysed.

V. THE INTERNATIONAL ROLE OF THE EURO

ARANZADI

Since its establishment, the euro became the second most used currency in the world after the US dollar. Usually the share of the euro in the global trade, payment, financial, government debt and exchange rate markets is more than 20% of those markets, sometime close or even above 30%. These figures are quite higher that the share of the Euro Area GDP compared to the share of the global GDP which is around 15%[21]. The latter means that uniting the national currencies in one single currency increases further the influence of the new common currency.

The international role of the euro may be seen also in Tables 4 and 5, taking into account the large use of the euro in third countries. In addition to the 20 Member States that form the Euro Area within the EU, there are around 60 countries and territories outside the EU that have pegged (fixed) their currency directly or indirectly to the euro. The latter means that in addition to the 349 million inhabitants in the euro area that use the single currency in their everyday life, there are 175 million inhabitants in the world which countries or territories have fixed directly or indirectly their currencies to the euro.

21. See EUROPEAN COMMISSION, «The international role of the euro», https://economy-finance.ec.europa.eu/euro/international-role-euro_en, last visited on 10.08.2023. The share of the EU-27 GDP compared to the share of the global GDP is around 18%.

Table 4: The role of the euro

Group of countries	Number of these countries	Population of these countries
Euro Area Member States in the EU.	20	349 million
Countries and territories outside of the EU that have pegged their currency directly or indirectly to the euro	60	175 million

Source: European Commission.

These 60 countries and territories are presented in Table 5 below. That table shows also some non-Euro Area Member States that have also pegged (fixed) their national currency to the euro.

The third countries fix to a different degree their national currencies and they use also various types of monetary policy frameworks.

ARANZADI

Table 5: Countries and territories with exchange rate regimes linked to the euro[22]

Region	Exchange rate regime	Countries	Monetary policy framework
Non-euro area EU Member States	ERM II	Denmark, Bulgaria	Exchange rate anchor
	Managed floating regimes	Romania	Inflation targeting framework
EU candidate and potential candidate countries	Unilateral euroisation (no separate legal tender)	Kosovo[23], Montenegro	Other (no separate legal tender/no nominal anchor)

22. Source: ECB, «The international role of the euro», June 2023. The classification of the exchange rate regimes is specified in accordance with the IMF's 2021 Annual Report on Exchange Arrangements and Exchange Restrictions.

Region	Exchange rate regime	Countries	Monetary policy framework
	Euro-based currency boards	Bosnia and Herzegovina	Exchange rate anchor
	Stabilised arrangements with the euro as a reference currency	Republic of North Macedonia	Exchange rate anchor
		Serbia	Inflation targeting framework
Other countries	Euroisation	European microstates (Monaco, San Marino, Andora and Vatican) Some French overseas collectivities	Other (no separate legal tender/no nominal anchor)
	Pegs based on the euro	CFA franc zone, CFP franc zone[24], Comoros, Cabo Verde, São Tomé and Príncipe	Exchange rate anchor
	Pegged exchange rate within horizontal bands based on currency basket involving the euro	Morocco	Exchange rate anchor
	Stabilised arrangements with baskets involving the euro	Singapore	Exchange rate anchor
	Crawling pegs or crawl-like arrangements involving the euro	Botswana	Exchange rate anchor
		Tunisia	Other
	Pegs based on the Special Drawing Rights or other currency basket involving the euro	Samoa	Monetary aggregate target
		Fiji, Libia	Exchange rate anchor
	Other managed arrangements involving the euro	Kuwait, Syria	Exchange rate anchor
		China, Vanuatu	Other

ARANZADI

The role of the euro in the global scale becomes stronger in the last two decades. The euro keeps and strengthens its second position in global markets. For example, the single currency is the second most used currency in *global payments*, holding the share of around 36.7% in December 2020. The US dollar holds the first position with slight dominance of around 38.7% of all global payments in the same period[25].

The euro holds also the second place in the *foreign exchange reserves*. While the US dollar comprises around 58% of those reserves, the share of the euro is slightly above 20%. The shares of the third and fourth currencies, namely the Japanese yen and the Chinese renminbi are quite smaller – around 5% and less than 3% respectively.

The same situation is applied in relation to the share of *international debt*. Around 65% of the international debt is hold in US dollar and around 22% in euro. The shares of the third and fourth currencies, again the Japanese yen and the Chinese renminbi are even much smaller – around 2% and 1% respectively.

A similar observation may be done in the area of *international loans* on the global scene. The US dollar is strongly holding the first place with around 63% of the global share and the euro has the share of close to 20%. The share of the Japanese yen in global loan markets is between 2-3% of the global share.

ARANZADI

A quite similar situation is observed when one compares the share of the global currencies in the *foreign exchange turnover*. The share of the US dollar is around 88% and the one of the euro around 31%. The share of the Japanese yen in foreign exchange turnover is close to 17% and the one of the Chinese renminbi around 7%. Differently from other markets, the total share of all global currencies in foreign exchange turnover is not 100% but

23. This designation is without prejudice to positions on status and is in line with UN Security Council Resolution 1244/1999 and the International Court of Justice Opinion on the Kosovo declaration of independence.
24. CFA franc zone: Cameroon, Central African Republic, Chad, Republic of Congo, Equatorial Guinea and Gabon as well as Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinea Bissau, Mali, Niger, Senegal and Togo. CFP franc zone: New Caledonia and the French overseas collectivities of French Polynesia and Wallis and Futuna.
25. EUROPEAN COMMISSION, «The international role of the euro», https://economy-finance.ec.europa.eu/euro/international-role-euro_en, last visited on 10.08.2023.

200%. This is due to the fact that the foreign exchange transactions involve always two currencies[26].

The share of the euro is also very strong in the financial markets as well in the commodity and energy markets. However, in some markets, as for example the energy ones, the US dollar still has a very strong position even in intra-EU trade, i.e. trade between EU Member States. However, the situation has improved also in those markets where the US dollar had historically very strong positions in the European continent. For example, in the EU gas markets the share of the euro in the newly signed contracts increased substantially from 38% in 2018 to 64% in 2020. One of the reasons for that is the targeted policy of the EU institutions and Member States aiming to increase the role of the euro in the energy markets.

It shall be highlighted that the international role of the euro is important not only for the global influence of the single currency. The firm second position of the euro in the global markets has also substantial benefits for the Euro Area, its companies and citizens as well as for the EU as a whole. These benefits are summarised by the European Commission:

- An easier trade with global partners, usually at a lower cost;
- A decrease in the foreign exchange risks in global trade and financial transactions;
- A better access to global finances for EU governments and companies;
- An enhancement of the resilience of the European financial system as well as of the global one;
- A stronger and more robust strategic autonomy of the European markets, businesses and consumers;
- An additional choice for business in the EU and at the global scale[27].

ARANZADI

26. The data for the shares of global currencies in the foreign exchange reserves, the international debt, the international loans and the foreign exchange turnover is from: ECB, «The international role of the euro», June 2023.
27. The data for the share of the euro in EU gas markets as well as the benefits of the international role of the euro are from: EUROPEAN COMMISSION, «The international role of the euro».

As a conclusion, it may be stated that the introduction of the euro by the Maastricht Treaty and the establishment of the Economic and Monetary Union increased further the role of the European Union in the global scene. The single European currency is the second most used currency in the world in all the global markets after the US dollar. The importance of the third or the fourth currencies in those markets is much smaller than the one of the euro. The strong international role of the euro has also substantial benefits for the EU and Euro Area markets, business and citizens.

VI. MAIN CHALLENGES FOR THE SINGLE CURRENCY AND THE EMU

The introduction of the euro as the single currency of the EU and the establishment of the Economic and Monetary Union through the Maastricht Treaty brings not only benefits but also some challenges. Some of these challenges are related to the initial design of the Economic and Monetary Union as defined in the Maastricht Treaty. Other challenges are more recent and they are due to some new global and EU developments.

One of the challenges that derives from the initial design is the *lack of symmetry in the two legs* of the EMU structure – the Economic Union and the Monetary Union. While the national economic policies of the Member States within the Economic Union are only coordinated at EU and Euro Area level, the Monetary Union is based on supranational monetary policy, performed by the ECB for the 20 Euro Area Member States. Every country outside the Euro Area usually relies on a complex mix between economic policies, performed by the respective government and monetary policy, performed by the given national central bank. The situation in the Euro Area is quite different and not very balanced. Although the coordination between the supranational ECB monetary policy and the national economic policies has already been improved in the recent years, for example through the introduction of the European Semester, there is still a long way to go before the Economic Union and Monetary Union legs of the EMU perform in greater symphony.

ARANZADI

A well recognised challenge for the Economic and Monetary Union, linked to the previous one, is the fact that *it is still not yet finally completed*. The strategic documents of the EU institutions defined as target date for the completion of the EMU the year 2025[28]. For that purpose, the Economic, Fiscal, Financial as well as Monetary Unions shall be finalised. Although the year

28. For more information in relation to the completion of the Economic and Monetary Union, see the so-called 5 Presidents Report – EUROPEAN COMMISSION, «Completing Europe's Economic and Monetary Union», a report by the European Commission

2025 is approaching, there are still many reforms that shall be accomplished in order the Economic and Monetary Union to be entirely completed.

Another challenge for the EMU is the fact that the Maastricht convergence criteria cover only some nominal convergence indicators. This is the official test before a decision is taken by the Council if a non-Euro Area Member State is ready to adopt the euro. However, the Maastricht convergence test does not reply to the following question: is the Member State concerned have enough *level of real and other convergences to the Euro Area*? Sometimes the real convergence between a given Member State and the Euro Area, i.e. the convergence of the standard of living and GDP per capita, convergence of price levels, etc., is much more important that the nominal convergence. The social convergence also has a greater importance in the last decade, i.e. the level of unemployment, the distribution of social security benefits and many others. The cyclical convergence, i.e. if there is a symmetry between the economic cycles of the Euro Area Member States, has also an important meaning. The structural convergence, i.e. the similarity of the economic structures of the Member States as well as the financial convergence between the financial markets of the Member States, also play greater importance in the last decade. The analysis show that there is still not enough real, nominal, social, structural, cyclical and financial convergence between the Member States of the Euro Area[29].

ARANZADI

Some *global challenges* as the war in Ukraine, the increase in energy and commodity prices, the stability of the global financial systems, the overcoming of the effects from the COVID-19 and some other world challenges, also have risks and effects for the Economic and Monetary Union. The EU shall take into account these challenges when considering the development of the EMU.

Last but not least, the development of the fintech and other technologies also represent a challenge for the EMU. The most significant of these challenge is the need to introduce *the digital euro*. The ECB has already started plans and investigations of the characteristics of a future digital euro. The European Commission has published in late June 2023 a legislative package

President Jean-Claude Juncker, together with the President of the Euro Summit, Donald Tusk, the President of the Eurogroup, Jeroen Dijsselbloem, the President of the European Central Bank, Mario Draghi, and the President of the European Parliament, Martin Schulz, Brussels, 2015 as well as the following document: EUROPEAN COMMISSION, «Reflection Paper on the Deepening of the Economic and Monetary Union», COM(2017) 291 final, Brussels, 31.05.2017.

29. For more information on the different types of convergence, see: SIMEONOV, K., «The future of the Economic and Monetary Union to 2025 and beyond: the need for convergence», *European View, SAGE Publishing*, Wilfried Martens Centre, 2018, DOI: 10.1177/1781685818805678, pp. 1-10.

that shall be adopted by the Council and the European Parliament and that shall introduce the legal bases for the establishment of the digital euro[30]. The digital euro will not replace completely the euro cash and the latter will continue to be applied. This is not an additional currency but just another payment method. The digital euro will be official and the business and citizens are expected to have much greater confidence in it than in the virtual currencies. The digital euro will be used predominantly in the Euro Area but there will be opportunities to be used also in the non-Euro Area Member States as well as in third countries but under stricter additional conditions[31].

The majority of the above-mentioned challenges, as for example the digital euro, the need to complete the EMU and the necessity to achieve different convergences among the Euro Area Member States, bring not only risks but also opportunities for the development of the Economic and Monetary Union. These challenges, especially the one with the introduction of the digital euro, have a direct link with the purpose the euro to be the single currency of the whole EU.

VII. CONCLUSIONS

The current chapter aimed to analise the level of consolidation of the Euro Area within the European Union. Thirty years after the entry into force of the Maastricht Treaty the euro might be considered to be the single currency of the greater part of the EU. However, it is far from being the real single currency of the whole EU-27 Single Market.

ARANZADI

There are still seven EU Member States that are outside the Euro Area. Although the United Kingdom, the biggest non-Euro Area Member State, has withdrawn from the EU, that Croatia has joined the Euro Area in 2023 and that there are some prospects for Bulgaria to become the 21st member in that area in 2025, the euro will not be soon the unifying currency of all the EU Member States. Denmark has even an opt-out clause not to adopt the euro. Sweden is also far from acceding to the Euro Area. Poland, Hungary and Czech Republic show significant reluctance to start the process for the adoption of the euro, although they are obliged one day to do so. Romania is willing to progress with the euro accession but it has not started yet the ERM II preparations that precede the Euro Area accession. A possible enlargement of the EU in the coming one or two decades may also represent a challenge

30. See: EUROPEAN COMISSION, «Digital Euro Package», 28 June 2023, available at https://finance.ec.europa.eu/publications/digital-euro-package_en, last visited on 10.08.2023.

31. For more information on the digital euro, see the page of the European Central Bank: ECB, «FAQ on a digital euro», available at: https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro/faqs/html/ecb.faq_digital_euro.en.html, last visited on 10.08.2023.

for full consolidation of the Euro Area in the EU as the new Member States will not automatically adopt the single currency at the date of accession to the EU.

Currently, at the end of 2023, around 15% of the GDP of the EU is outside of the Euro Area. Although it seems that this figure is not substantial, the fact that a part of the EU economy is outside the single currency area, represent a challenge for the consolidation of that area within the EU. The people in the EU that live outside the Euro Area are a greater share – they are 22% of the whole EU population.

However, it shall be also recognised that the euro has almost never been in such a strong position both in the EU and in the global arena. First, a much greater part of the EU Member States is part of the Euro Area – 20 out of the 27 EU Member States. A similar situation was present only in 2001 - beginning of 2004 when 12 out of the 15 Member States applied the single currency.

Second, the majority of the current economic and financial reforms in the EU, after the last global crises in 2008-2009, are directed to the Euro Area. Some of these reforms have already shown a good level of success as the introduction of the European Stability Mechanism, the Banking Union and the European Semester. Other reforms are currently prepared or planned. The accomplishment of the reforms and their implementation will reinforce further the role of the euro as a single currency in the EU.

ARANZADI

Third, the euro is the second strongest and most used currency in the world after the US dollar. This is relevant for all the global markets, including the foreign exchange reserves, the international debt, the international loans, the foreign exchange turnover, the financial and payment markets. The importance of the third and the forth currencies in the world after the euro is much smaller than the one of the single currency. Furthermore, around 60 countries and territories outside the EU, representing around 175 million people, have fixed their currencies directly or indirectly to the euro.

Thirty years after the Maastricht Treaty the euro is still not the single currency of the whole EU. However, currently it has the greatest level of consolidation within the EU and an increasing importance in the global scene. Therefore, there are prospects the euro to become the single currency of the EU Single Market as it was perceived from the outset of its establishment.

BIBLIOGRAPHY

BALASSA, B., «The Theory of Economic Integration», Allew and Unwin, London, 1961.

DELORS REPORT, «*Report on Economic and Monetary Union in the European Community*», Committee for the Study of Economic and Monetary Union, 1989.

ECB, «The international role of the euro», June 2023.

ECB, «FAQ on a digital euro», available at: https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro/faqs/html/ecb.faq_digital_euro.en.html, last visited on 10.08.2023.

ECB, «Convergence Criteria», European Central Bank, available at the following address: https://www.ecb.europa.eu/ecb/orga/escb/html/convergence-criteria.en.html, last visited on 10.08.2023.

ECB, «The European Monetary Cooperation Fund (1973-93)», European Central Bank, available at the following address: https://www.ecb.europa.eu/ecb/access_to_documents/archives/emcf/html/index.en.html, last visited on 10.08.2023.

EUROPEAN COMISSION, «Digital Euro Package», 28 June 2023, available at: https://finance.ec.europa.eu/publications/digital-euro-package_en, last visited on 10.08.2023.

EUROPEAN COMMISSION, «The international role of the euro», https://economy-finance.ec.europa.eu/euro/international-role-euro_en,last visited on 10.08.2023.

ARANZADI

EUROPEAN COMMISSION, «Completing Europe's Economic and Monetary Union», a report by the European Commission President Jean-Claude Juncker, together with the President of the Euro Summit, Donald Tusk, the President of the Eurogroup, Jeroen Dijsselbloem, the President of the European Central Bank, Mario Draghi, and the President of the European Parliament, Martin Schulz, Brussels, 2015.

EUROPEAN COMMISSION, «Reflection Paper on the Deepening of the Economic and Monetary Union», COM(2017) 291 final, Brussels, 31.05.2017.

EUROSTAT, «Gross domestic product at market prices», last visited on 10.08.2023.

EUROSTAT, «Population and social conditions; Demography, population stock and balance; Main population indicators», data as of 1 January 2023, last visited on 10.08.2023.

FALAGIARDA, M. and C. GARTNER, «Croatia adopts the euro», European Central Bank, ECB Economic Bulletin, Issue 8/2022.

JUNCKER, J-C., «State of the Union Address 2017», President Jean-Claude Juncker's State of the Union Address, 13 September 2017, Brussels, Belgium.

HM TREASURY, «UK membership of the single currency. An assessment of the five economic tests», Presented to Parliament by the Chancellor of the Exchequer by Command of Her Majesty, Cm 5776, June 2003.

HM TREASURY, «UK membership of the single currency. An assessment of the five economic tests», October 1997.

NYE, J. M., «Comparative Regional Integration: Concept and Measurement, International Organisation», 1968.

SIMEONOV, K., «The future of the Economic and Monetary Union to 2025 and beyond: the need for convergence», *European View, SAGE Publishing,* Wilfried Martens Centre, 2018, DOI: 10.1177/1781685818805678, pp. 1-10.

WERNER REPORT, «*Report to the Council and the Commission on the realisation by stages of Economic and Monetary Union in the Community*», Luxembourg, 8 October 1970.

Legal acts

ARANZADI

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, pp. 47-390.

Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty, OJ L 178, 8.7.1988, pp. 5-18.

Capítulo IX

Democracia constitucional e integración económica: hacia una Unión Europea social

Gabriel Moreno González
Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. EL ESTADO SOCIAL EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EUROPEA. II. LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA EUROPEA. III. EL MODELO POLÍTICO FRAGMENTADO. IV. EL MODELO ECONÓMICO COMPETITIVO. V. CONVERGENCIA DE MODELOS. ¿HACIA UNA UNIÓN EUROPEA SOCIAL? BIBLIOGRAFÍA.

ARANZADI

I. EL ESTADO SOCIAL EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EUROPEA

La democracia constitucional como fórmula integradora de dos grandes corrientes, el liberalismo político y la democracia de tradición republicana, alcanza el cénit de su potencialidad normativa con la consolidación del Estado social en Europa, fundamentalmente durante los llamados «treinta gloriosos» (1945-1975)[1]. Si bien esta adjetivación ya había explorado cauces institucionales de materialización en el período de entreguerras, no es hasta el fin de la segunda conflagración mundial cuando puede desplegar toda su fuerza transformadora. Se llega de este modo a una doble integración de presupuestos teorética e históricamente antagónicos. En primer lugar, la pretensión de limitar lo político y la acción del Estado del liberalismo mediante el reconocimiento y protección de derechos fundamentales individuales y la defensa de la separación de poderes se combina, aunque problemáticamente,

1. Cfr. DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

con los deseos expansivos e intervencionistas del principio democrático, imbuido de una legitimidad que le sirve de base para modular (o al menos intentarlo) las relaciones políticas, sociales y económicas bajo abstractos objetivos de justicia, igualdad y solidaridad[2]. En segundo lugar, el capitalismo que había ido consolidándose en el siglo XIX y que se caracterizaba por un *laissez faire* a la carta y por la concentración de riqueza y medios de producción, se va a combinar con el intervencionismo económico propio de la democracia, es decir, con la adjetivación social del Estado que busca, en nombre de la igualdad y la libertad reales, la emancipación progresiva de las clases subalternas y trabajadoras a través de la redistribución de la riqueza.

A fin de conseguir ambas integraciones del conflicto entre posturas apriorísticamente, decíamos, incompatibles, la Constitución se armará de una especial normatividad y eficacia, asentadas en su directa legitimidad constituyente, y de una serie de mecanismos de integración y superación, a su vez, de las colisiones que entre aquellas tradiciones antitéticas se vayan paulatinamente produciendo. Entre el liberalismo y la democracia se llegará tanto a la democracia representativa, parcialmente corregida por instrumentos de democracia semidirecta y por la definitiva universalización del sufragio, como a la convivencia entre los derechos fundamentales individuales y los colectivos o sociales. Entre el capitalismo y el socialismo democrático, la Constitución optará por un «justo medio» en el que se garantice, por un lado, la definición misma del sistema económico como capitalista en su esencia, con un mandato de protección de sus caracteres mínimos (propiedad privada, indemnización en expropiaciones, libre mercado...), y, por otro, se posibilite la acción redistributiva del Estado mediante la imposición tributaria progresiva, la nacionalización de los sectores estratégicos o tendentes al monopolio (publificación) o la planificación indicativa, no coactiva, de la economía. Eso sí, para poder llegar a estos niveles institucionales de conciliación la Constitución, como aventuraba, tuvo que reforzar su normatividad. Primero, ampliando el radio de materia objeto de normación y llevando lo jurídico-constitucional a ámbitos y espacios donde nunca antes había llegado[3]. Segundo, protegiendo la eficacia de sus disposiciones de la propia alternancia coyuntural de las mayorías políticas en el poder mediante la garantía jurisdiccional de su normatividad con la generalización de la justicia constitucional y de expedientes específicos de salvaguarda (respeto al contenido esencial de los derechos por parte del legislador, dimensión objetiva de los derechos fundamentales, Defensor del Pueblo, etc.). Sin embargo, esta ampliación de lo jurídico-constitucional llevó al límite y a ejes de tensión sin precedentes el propio texto fundamental en tanto este no dejaba de ser pro-

ARANZADI

2. Cfr. SALAZAR UGARTE P., *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2007.
3. HELLER, H., *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985.

ducto, en su mayor parte, del liberalismo revolucionario y de un constitucionalismo que, en origen (finales del XVIII, principios del XIX), tenía poco o nada de democrático. Las costuras de lo constitucional aguantaron, no obstante, y el Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE), como fórmula máxima y más prístina de integración de aquellos presupuestos apriorísticamente antitéticos, logró cosechar un éxito elogiable y reconocible, aunque relativo en muchos de sus extremos[4].

Las causas de dicho éxito hemos de encontrarlas en la propia situación fáctica, histórica, del contexto en el que se desenvolvió la fórmula. La segunda posguerra mundial, en un occidente y en una Europa devastada por el conflicto pero que guardaba toda la riqueza intelectual de sus tradiciones teóricas y de su cultura, provocó un escenario inaudito en el que la reconstrucción podía canalizarse a través del socialismo. Medios de producción destruidos, economía de guerra estatalizada, pobreza generalizada y la referencia, entonces prestigiosa para los sectores subalternos, de la Unión Soviética y de sus estados adláteres, se sumaba a una renovada organización de los trabajadores, una vez desmovilizados de los respectivos frentes, lo que podía poner en entredicho la propia subsistencia de los elementos mínimos del capitalismo. Esta amenaza para las clases propietarias hizo que las mismas se abrieran, por primera vez de manera ambiciosa, a un pacto con el «Trabajo» para evitar la revolución, recuperándose así el modelo intentado en el período de entreguerras, pero con nuevos bríos, instrumentos y, sobre todo, con una base material sustancialmente distinta. Los trabajadores, por su parte, organizados en torno a los grandes sindicatos y partidos de masas, vieron como una oportunidad la apertura del capital y las promesas de redistribución relativa de la riqueza, pues la misma les permitiría el acceso a un bienestar hasta entonces vedado sin cerrar las posibilidades, futuras y siempre en el horizonte, de una transición hacia el socialismo pleno. De este modo se selló el pacto Capital-Trabajo en la Europa democrática y en países de posguerra de la órbita occidental, cuya traslación jurídico-constitucional era el Estado social y democrático antes analizado. Las clases subalternas renunciaban a la alternativa revolucionaria y las capitalistas a un margen de sus beneficios mientras se garantizaba un mínimo de capitalismo y un intervencionismo, limitado y potestativo, por parte del Estado. La imposición progresiva, sobre todo de las rentas del capital, y la existencia de medios de producción publificados en los sectores estratégicos, posibilitó políticas redistributivas tanto de manera directa como de forma indirecta vía bienes y servicios públicos. La administración se robusteció, se potenciaron los sistemas públicos de enseñanza, también los universitarios, de salud y de seguridad social, y por primera vez en la

ARANZADI

4. DE CABO MARTÍN, C., *Teoría histórica del estado y del derecho constitucional*, vol. II, PPU, Barcelona, 1993; JESSOP, B., *El futuro del Estado capitalista*, La catarata, Madrid, 2008.

historia de la Humanidad, los otrora pobres, los siempre trabajadores, accedieron a niveles de bienestar e igualdad altamente satisfactorios. A su vez, el crecimiento económico sostenido en el tiempo hasta la crisis del petróleo ayudó a la consolidación del sistema y a la aceptación de su legitimidad y conveniencia por los intervinientes en el pacto.

Pero decíamos que, con todo, el éxito fue en algunos casos relativo o, por lo menos, matizable. Si bien es indudable el aumento exponencial del bienestar económico y material de la clase trabajadora, no podemos olvidar que el mismo se realizó sin llegar a incorporar del todo a legiones de excluidos (social, cultural y económicamente)[5], con un menoscabo nada despreciable del equilibrio interregional con los territorios rurales y en beneficio de las grandes ciudades, y sustentándose una parte importante del crecimiento en la depredación de los recursos naturales y de las fuerzas productivas de los países del llamado «tercer mundo». La centralidad occidental tras la Segunda Guerra Mundial no se perdió por la hegemonía de Estados Unidos y la rápida (casi milagrosa, quizá por aquella pervivencia de la riqueza cultural e intelectual que mentábamos) de Europa. Asimismo, el crecimiento económico y la expansión, exitosa, del Estado social en los países del occidente democrático tuvo tres principales fallas inherentes, no vistas o analizadas por sus defensores a diferencia de las hasta ahora comentadas. Solo después, con la eclosión de los estudios feministas y ecologistas, y con la efervescencia del llamado (quizá mal llamado) pensamiento posmoderno, hemos podido adquirir las herramientas analíticas mínimas como para poder perfilarlas.

ARANZADI

Nos referimos, en primer término, a la exclusión de base de las mujeres en la articulación de los expedientes propios del Estado social, como en las prestaciones públicas y, sobre todo, en las políticas laborales. Si una de las bases de aquel fue el empleocentrismo, donde el trabajador ocupaba el centro de la acción expansiva, interventora, tuitiva y redistributiva del Estado y su nuevo derecho (laboral, administrativo, etc.), ese trabajador era, como tal, el trabajador-varón-padre de familia[6]. La mujer, simplemente, quedaba relegada a un segundo plano y junto al Estado social y democrático se erigía un patriarcado institucionalizado y unas reglas de control (sexual, educativo, cultural, social...) abiertamente injustas, anacrónicas y, para nuestros ojos actuales, llamativas.

En segundo lugar, el crecimiento económico que fungía como legitimidad de ejercicio en el reconocimiento popular a la eficacia del Estado social,

5. BAUMAN, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Gedisa, Barcelona, 2000.
6. ESQUEMBRE, M., «Género y ciudadanía, mujeres y Constitución», Feminismo/s, 8, (2006), pp. 35-51; FRASER, N., *Los talleres ocultos del Capital*, Traficantes de sueños, Madrid, 2020.

giró en torno a la centralidad del consumo y del materialismo, esencialmente capitalista y desnudo ante la igualmente rápida secularización de la sociedad y superación (para bien y para mal) de los viejos y rígidos moldes de la tradición, la religión, el mundo rural y las relaciones humanas no mercantilizadas. Curiosamente, pues, el avance del Estado social y de la redistribución de la riqueza, con la incorporación de millones de trabajadores por primera vez al bienestar material y al consumo, reforzó la legitimidad del capitalismo y de la ética del trabajo, de la cultura consumista y del materialismo mercantilista y utilitario, sentándose las bases para la posterior biopolítica neoliberal, como acertadamente aventuró Foucault[7].

Por último, el aumento vertiginoso de la producción, del PIB, de la riqueza nacional y de ese consumismo, se hizo a costa del medio ambiente y de su diversidad, con políticas y acciones extractivas y destructivas de la «casa común» que impulsaron (hoy lo sabemos todos, y entonces parece que solo algunos) el calentamiento global mediante la multiplicación exponencial de la emisión de gases de efecto invernadero.

Con el Estado social durante los treinta gloriosos, durante esa «Golden Age» de la posguerra hasta la crisis del petróleo y la entrada en escena del neoliberalismo, parecieron consolidarse la sanidad pública, la educación universal y gratuita y la seguridad social, sí, pero también el consumismo, la contaminación o la dependencia de los combustibles fósiles. Algunas de las fallas de este modelo estallaron antes de lo previsto, como ocurrió con la revolución sexual y cultural de mayo del 68, con la eclosión de los movimientos anticoloniales en África, Asia y Oriente Medio y el inicio de los estudios decoloniales, o con los renovados impulsos emancipadores del feminismo (segunda ola y comienzos, o adelantos, de la tercera). Pero donde de verdad el modelo empezó a naufragar fue con (y tras) la crisis internacional del petróleo de los setenta, que frenó en seco el crecimiento económico ininterrumpido de las tres décadas anteriores y, con ello, una parte de la legitimidad de ejercicio del sistema, y que sirvió de excusa, de mascarón de proa, de marco o de ariete político para la expansión de las ideas y concepciones neoliberales, abiertamente contrarias al Estado social y a su acción redistributiva[8].

Crisis del Estado social que coincide y se complementa, en Europa occidental, con el avance cualitativo del proceso de integración regional (Acta Única Europea) y con la determinación en este de un «modelo económico

ARANZADI

7. FOUCAULT, M., *El nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.
8. LAVAL, C. y DARDOT, P., *La nueva razón del mundo: ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2013; DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado Social*, PPU, Barcelona, 1986.

competitivo», nada funcional para la pervivencia y potencialidad de aquel Estado social originado en la posguerra, lo que se confirmará con Maastricht. La Constitución española de 1978, hija de aquella fórmula de integración entre corrientes y tradiciones contrapuestas, de este modelo hasta entonces exitoso, nació ya, en cuanto a lo que su «constitución económica» se refiere, sin la eficacia normativa que se presupone, o que se debiera presuponer, de un texto fundamental producto del poder constituyente del pueblo soberano. La asunción progresiva por la llamada «socialdemocracia» europea de los postulados neoliberales, con el desmantelamiento y venta de los sectores publificados, la aprobación de políticas fiscales y financieras regresivas o la reducción del carácter tuitivo del Estado y su derecho, terminaron de socavar los fundamentos consensuales en los que se basaba la adjetivación social. Las clases capitalistas dejaron de renunciar a aquel margen de beneficios para, incorporadas al proceso globalizador y amparadas en los mercados internacionales, huir de los marcos estatales y provocar el dumping a la baja de sus imposiciones fiscales, laborales, económicas o normativas. Las clases trabajadoras, desmovilizadas en parte por el materialismo y el consumismo del que se habían nutrido gracias al Estado social, y con un Estado muchas veces inane ante la hegemonía del pensamiento neoliberal y de su incrustación en los marcos jurídicos, políticos y económicos internacionales, no pudieron responder con tiempo (o no quisieron), asistiendo sin perturbaciones radicales a la ruptura misma del pacto Capital-Trabajo que había sostenido el éxito del modelo.

ARANZADI

Con la caída de la Unión Soviética y el desmoronamiento de la alternativa socialista, el reimpulso de la integración europea ya bajo claros moldes neoliberales y el aumento de la intensidad del proceso globalizador, aupado ahora también por las nuevas tecnologías de la información, el giro hacia el fin del Estado social se completó. De éste quedaron, y en buena medida quedan, instrumentos prestacionales pero con carácter cada vez más asistencial y caritativo, que sirven para seguir legitimando en apariencia el sistema bajo la creencia, falsa, en el mantenimiento de su potencial redistributivo. Se pasó así de una concepción de la solidaridad como «transformadora» a una solidaridad «estática», que no ponía en entredicho las desigualdades sociales, sino que las amortiguaba con políticas asistencialistas que no modificaban, en nada, la raíz estructural de las injustas diferencias[9]. La crisis financiera internacional que a partir de 2007-2008 sacudió las economías occidentales y cuyas ondas llegan hasta la actualidad, se convirtió nuevamente en una excusa, en un marco o en un ariete para la reducción, todavía más, de las potencialidades del Estado social y de sus capacidades transformadoras, consiguiéndose incluso,

9. DE CABO MARTÍN, C., *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

como veremos, normativizar su entierro. Y aunque la pandemia del COVID-19, el cambio climático o la inestable situación internacional supongan, a día de hoy (2023) un reto mayúsculo para la pervivencia de la concepción mínima del Estado que propugna el capitalismo neoliberal, no parecen vislumbrarse en el horizonte alternativas políticas y económicas que sean capaces no solo de cambiar las instituciones y los marcos jurídicos que el mismo ha creado, sino sobre todo la biopolítica, la cultura y las formas de vida que ha alentado y que nos ha inoculado.

II. LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA EUROPEA

El Estado social de posguerra se construyó dentro de los perfiles del Estado-nación y fue en este dónde cobró mayor virtualidad. El Estado, en tanto mayor fenómeno político de la modernidad, era el marco óptimo para que lo social se institucionalizara y para que el pacto entre Capital y Trabajo pudiera desplegarse. Y ello era así no solo por la adscripción simbólica de la ciudadanía con esta unidad y escala, no solo porque era en esta donde se desarrollaba la alternancia política, sino, sobre todo, y he aquí la nota diferenciadora que queremos destacar, porque era el Estado-nación el único que había conseguido crear una serie de mecanismos para encauzar el mercado y las fuerzas económicas y productivas del capitalismo. Las externalidades negativas que la creación del mercado nacional conllevó, sobre todo en el siglo XIX y como tan bien señaló Polanyi[10], pudieron ser suavizadas, acompañadas o anuladas por el Estado tras la respuesta en este del principio democrático, del movimiento obrero y aun de un liberalismo cada vez más social y reformista. Si la liberación que el mercado capitalista suponía frente a las antiguas trabas medievales y estamentales producía al mismo tiempo masificación urbana, excesiva concentración, injusticias y desigualdades, el Estado estaba ahí para actuar contra las mismas y laminar sus consecuencias más nocivas[11]. En un primer momento fungió como gendarme del capital y como aparato de disciplina, sí, pero ya a mediados del XIX podemos vislumbrar en algunos países europeos las primeras señales de un creciente intervencionismo a favor de los trabajadores y de sus condiciones de vida, y contra el manchesterianismo del *laissez faire*. El capitalismo precisó del Estado para que este articulara jurídica e institucionalmente la destrucción del viejo orden y consiguiera liberar el trabajo, la tierra y el dinero para su absoluta mercantilización, pero al final el Estado no tuvo más remedio, y mal que le pesase a liberales acérrimos como Spencer, que intervenir para evitar una excesiva descomposición social o, directamente, la revolución. Creados con ayuda del Estado los mercados nacionales, derribadas las

ARANZADI

10. POLANYI, C., *La gran transformación*, Virus Editorial, Barcelona, 2016.
11. SALWYN SHAPIRO, J., *Liberalism: its meaning and history*, Van Nostrand Company, New York, 1958.

barreras internas y consagradas las libertades capitalistas de circulación, de bienes, servicios, trabajadores y capitales, éstos se disciplinaron mediante un sistema tributario cada vez más incisivo y progresivo, mediante la ampliación del carácter tuitivo del derecho o la incorporación de la representación del Trabajo, los sindicatos y sus luchas obreras, al interior del sistema político-democrático.

Mercado nacional y Estado-nación son interdependientes y van de la mano, en uno y otro sentido, y sin ellos no podría entenderse ni el capitalismo contemporáneo ni el nacionalismo de antaño y de hogaño[12]. Aun así, los diques de contención creados por el Estado, democratizado ya plenamente en el siglo XX, eran frente al mercado también nacional, pero pronto se volvieron ineficaces ante la profusión y ampliación de los mercados internacionales transnacionales, aupados ya en el último tercio de la pasada centuria por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Claro que, aquí, se presenta una paradoja: si el mercado necesita al Estado o a una forma de organización política para articular su marco jurídico, sin el que el capitalismo no puede operar, los mercados internacionales necesitarán a su vez de una construcción jurídica internacional que les dé cobertura[13]. Y como quiera que el único sujeto político con capacidad de llevar a cabo esa construcción era y es el Estado, por ser el sujeto político esencial y la unidad de referencia de la modernidad, solo el Estado podía, a su vez, facilitar la propia globalización. Los GATTs, la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, los miles o cientos de miles de tratados bilaterales de inversión, la *lex mercatoria* internacional o el impulso (interestatal) de redes de comunicación y transporte globales, todo ello, decimos, no puede entenderse sin el concurso y la participación esencial y de base de los Estados.

ARANZADI

En la región europea esta necesidad fue y es aún más evidente. Tras la Segunda Guerra Mundial, el viejo continente fue progresivamente reducido a un testigo nostálgico de sus glorias pasadas y a un vestigio, cada vez más estrecho e irrelevante, de su otrora hegemonía. Culturalmente seguía teniéndola, claro está, pero en los planos de la geopolítica (recuérdese la temprana crisis de Suez), la economía y el comercio internacionales, o en la demografía incluso, Europa dejaba de ser un actor prioritario e incluso, muchas veces, pasaba a ser un mero sujeto tutelado (OTAN, vg.)[14]. La única manera que vieron los europeos de no quedar relegados sin más a la irrelevancia que por sus propios actos, sin duda, podían llegar a merecerse, fue la de unirse y superar los estrechos paradigmas del Estado-nación para crear una nueva organización supranacional, inter y supra estatal, y para,

12. GELLNER, E., *Naciones y nacionalismos*, Alianza, Madrid, 2008.
13. NICHOL, D., *The constitutional protection on capitalism*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
14. GARCÉS, J., *Soberanos e intervenidos*, Siglo XX, Madrid, 2012.

con ello, dar cobertura institucional y normativa a un mercado regional que pudiera hacer frente a los desafíos del mañana y al reto de la globalización. La necesidad de garantizar una paz duradera y una comunidad de valores que sirviera para mantener lo mejor de Europa dotaron al proyecto de un contenido axiológico propio indudable, como acertadamente indica Weiler. Contenido axiológico que se fundamenta, mal que les pese a muchos, en un catálogo de elementos culturales, religiosos (¿es separable lo cultural de lo religioso, y viceversa?) e históricos comunes, cuyas raíces pueden ser encontradas en los arquetipos judeocristianos y grecolatinos y en sus reflejos modernos (Renacimiento, Ilustración...)[15].

La respuesta estaba, pues, correctamente formulada. Europa necesitaba la unión para sobrevivir y para proteger su esencia, de sí misma y de los demás. Una tendencia centrípeta se abría paso entre las viejas naciones de un continente cansado de los nacionalismos, las guerras, las identidades particulares y los ideales cargados de excesivo significado. Ahora bien, lo que faltaba era formular correctamente la pregunta. ¿Cómo hacerlo? Dos vías se abrían: la federal, la de crear un nuevo Estado supranacional siguiendo la estela del *State-building* decimonónico; o la de hacer converger a los Estados ya existentes en una organización de nuevo cuño, supranacional, que superara los perfiles estadocéntricos y se moviera a caballo entre lo estatal y lo internacional. La segunda fue, como se sabe, la finalmente seguida, gracias en parte a la celeberrima intuición de Schuman/Monnet y de su método funcionalista. A partir de los Tratados de París y Roma, los Estados irían progresivamente cediendo soberanía para crear una soberanía conjunta y compartida gracias a las necesidades inherentes que la iniciación del propio proceso de integración conllevaba. Un proceso eminentemente económico, tanto para sortear las reticencias estatales y nacionalistas que aún perduraban (De Gaulle...) como para impulsar bajo una apariencia ética y apolítica, esto es, necesaria, el acercamiento continuo entre los Estados, «la solidaridad de hecho» de la famosa Declaración. Y el método funcionó. Hasta tal punto tuvo éxito (de acuerdo con sus propios criterios) que la Unión Europea actual, producto de aquel método formalmente tan inofensivo, ha conseguido en buena medida alcanzar los objetivos que hasta los más acérrimos federalistas defendían en su momento.

ARANZADI

El secreto de tal éxito *material* lo hemos de encontrar en la centralidad del elemento económico, que al dejar de lado parámetros simbólicos o políticos, íntimamente conectados con las visiones nacionalistas y con los marcos de adscripción estatal que todavía perduran, consiguió ir fraguando una unión cada vez más estrecha entre los Estados sin excesivo ruido ni traumas. De un *Zollverein*, a la manera de la unificación alemana, se pasó a un mer-

15. WEILER, J., *Una Europa cristiana: ensayo exploratorio,* Encuentro, Madrid, 2003.

cado común, de uno común a uno único y luego a una Unión Económica y Monetaria, y finalmente todo vino acompañado por la progresiva politización del proceso de integración, pues como antes decíamos no cabe la construcción de un mercado, ya sea nacional, regional o internacional, sin una cobertura jurídica, y esta solo puede brindarla (al menos en democracia) lo político popularmente legitimado[16]. La creación de fuentes de decisión y normatividad propias, la primacía del derecho europeo en aras de la eficacia y operatividad del sistema, la posible afectación de derechos fundamentales por las políticas comunitarias y un largo etcétera de elementos político-institucionales, hicieron de la integración un proyecto también constitucional, además de democrático, necesitado tanto de legitimidad propia como de unas formas y unos expedientes jurídico-constitucionales específicos[17]. Así fue emergiendo una institucionalidad democrática (Parlamento Europeo) y un esbozo de separación funcional de poderes (Comisión, Consejo...) junto a un indispensable poder jurisdiccional autónomo (TJUE), que vino además a reforzar el conjunto del sistema con el amparo jurídico que fue dotando a todos los avances de la integración, aun los normativamente más controvertidos, gracias también a la amplitud y ampulosidad de los objetivos establecidos[18]. El producto quizá no es un dechado de virtudes en cuanto a claridad y pedagogía, y nada entre lo internacional y lo estatal, sí, pero al menos ha servido y está sirviendo con eficacia para la consecución de las metas en las que originariamente se pensaba.

ARANZADI

De este modo, se ha logrado construir un verdadero mercado único, a la manera de los mercados nacionales del *State-building*, que ha conectado las fuerzas productivas y de consumo del continente. Se ha acercado entre sí a los Estados europeos, antes tan renuentes a compartir sus políticas, decisiones y marcos normativos, creándose una institucionalidad común y de coparticipación, única en el mundo. Y se ha conseguido alejar al fantasma de la guerra entre los Estados europeos que son parte de la Unión, por primera vez en la historia y aunque el éxito no haya sido tal en las inmediaciones de sus fronteras (antigua Yugoslavia, hoy Ucrania...). Ahora bien, que el proceso haya pivotado durante décadas y casi por entero en el elemento del mercado, en el criterio económico, y que lo político-democrático haya ido al albur como necesidad específica y gradual de aquel, ha provocado no pocas disfuncionalidades que entran en conflicto, abiertamente,

16. VICIANO PASTOR, R., «Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 67-68 (2009), pp. 91-99.
17. RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, tomo 1, pp. 160 y ss.
18. POIARES MADURO, N., *We the Court*: *The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002.

con la normatividad del Estado social nacional y con sus pretensiones, originarias y en crisis desde hace también décadas, de transformación.

Primero, porque se ha creado un mercado único con los elementos políticos e institucionales indispensables para su puesta en funcionamiento, pero no para su disciplina. Las libertades de bienes, servicios, movimiento y capitales, o el principio de reconocimiento mutuo, no han venido acompañados, en su consagración jurídica, de aquellos diques de contención que el Estado-nación sí consiguió crear al final con sus propios mercados nacionales. Ni hay una imposición común sobre las rentas del capital y los beneficios empresariales, ni hay mecanismos para hacer frente a la deslocalización y el dumping, no hay una seguridad social conjunta ni unos derechos sociales comunes eficaces y correctamente juridificados a nivel europeo. A esta regionalización de la globalización o globalización regional se le ha dotado de los artilugios mínimos para poder desplegarse como mercado, pero no como comunidad de solidaridad.

Segundo, porque en la determinación de los instrumentos jurídico-institucionales del mercado europeo, de la llamada «constitución económica europea», ha pesado sobremanera la doctrina neoliberal en su más amplia acepción. Sobre todo a partir del Acta Única Europea, el neoliberalismo parece hacerse hueco en el proyecto de integración tras renunciar a alterar los equilibrios estatales internos y sus constituciones del Estado social, que sin verse alteradas formalmente son materialmente superadas por un proceso transnacional que, sirviéndose de la primacía y de la operatividad intrínseca del mercado que se crea, logra desatarse de las cadenas democráticas del Estado y de lo poco que quedaba o queda de aquel ya lejano pacto Capital-Trabajo. En la convergencia del «modelo político fragmentado» y del «modelo económico competitivo», tal y como los he denominado y definido en otra sede[19], reside hoy la anulación del Estado social nacional y, paradójicamente, como veremos, las posibilidades de recuperarlo.

ARANZADI

III. EL MODELO POLÍTICO FRAGMENTADO

Dentro del neoliberalismo cobra especial relevancia la escuela de la Economía Constitucional de James Buchanan, famosa también por su doctrina de la *Public Choice*. Para el Nobel estadounidense, un poder político fragmentado, es decir, dividido en múltiples unidades dentro de un mismo marco de referencia (Unión, federación, confederación...) es preferible a un poder político concentrado, a la manera del viejo Estado-nación francés, por cuanto

19. MORENO GONZÁLEZ, G., *Estabilidad presupuestaria y constitución: Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

el primero garantiza mejor la competencia entre las distintas unidades y el libre mercado. El razonamiento es hasta cierto punto simple: sin un poder fuerte y central no pueden llevarse a cabo políticas redistributivas también fuertes, como las propias del Estado social, por lo que, para laminar este y sus potencialidades, se apoyará siempre una mayor fragmentación de la unidad política en aras de su inoperatividad ante políticas intervencionistas[20]. Algo que puede verse de manera más plástica en el ámbito fiscal, puesto que si se carece de una unidad central de referencia y dotada de poder, no puede imponérsele tributación alguna al capital que viaje y se mueva entre las diferentes subunidades. En los intersticios es donde predominaría la competencia, la desregulación y el libre mercado, alejados de las trabas estadocéntricas.

Pues bien, sirva este excurso en la teoría neoliberal para ilustrar una de las consecuencias (si no de los objetivos implícitos) del actual proyecto de integración europeo. Los Estados han cedido competencias soberanas con una facilidad a veces pasmosa para crear un mercado único y laminar, destruir o rebajar todos aquellos obstáculos que impedían su plenitud (*integración negativa*). Y además han tendido a hacerlo mediante el método comunitario, es decir, no solo cediendo esas competencias, sino haciéndolo a una forma de toma de decisiones caracterizada por la regla de la mayoría, con lo que su margen de veto y, por ende, de decisión soberana, es reducido. Para la construcción del mercado, para la integración negativa, la UE ha ido rápida, ha creado una plataforma más eficaz de toma de decisiones y se ha decantado por la mayoría y el procedimiento legislativo ordinario. Ahora bien, para la construcción de una unión política, fiscal, financiera, bancaria..., es decir, para la *integración positiva* que tendría que hacer frente a aquellas externalidades y fallas del mercado recién creado o en proceso de creación, la Unión es más estricta. Ya no vale con la regla de la mayoría, sino las más de las veces con la unanimidad, por lo que cualquier Estado, por pequeño que sea, puede vetar el avance. La legitimidad democrática directa de la ciudadanía de la Unión tiene también aquí menos peso, y por tanto, menos capacidad de impulso, dejándose todo al albur del concurso ideal o idóneo de un consenso entre Estados muchas veces difícil de alcanzar, cuando no imposible en determinados ámbitos. Para destruir las barreras de los antiguos mercados nacionales y construir el nuevo mercado único, con el principio de reconocimiento mutuo y las libertades económicas fundamentales, todas las facilidades. Para hacer frente a sus fallas, para encauzarlo como hicieron los Estados-nación con sus políticas de contención y con su transmutación posterior en Estados sociales, todas las dificultades procedimentales, sustantivas y políticas que puedan existir. Una doble vara de medir que se ha dejado sentir

ARANZADI

20. MORENO GONZÁLEZ, G., «La teoría de la Constitución en Jamen Buchanan: hacia un modelo de economía constitucional», *Revista de estudios políticos*, n.º 177, (2017), pp. 57-88.

hasta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, cuando afirma que una unión fiscal y financiera plena sí puede ser un menoscabo de la soberanía alemana, aunque no sea así el resto de políticas europeas, incluida, de forma muy llamativa, la monetaria (¡!)[21].

La Unión ha sido hasta la fecha incapaz de articular partidos y sindicatos transnacionales, candidatos únicos o comunes para presidir la Comisión al calor de las elecciones europeas (*Spritzenkandidaten*), y ni siquiera de establecer la fecha de estas como única para todo el continente. No ha podido o querido dotarse de unas reglas sociales comunes y compartidas, de un catálogo de derechos sociales igual de ambicioso y eficaz jurídicamente que los derechos fundamentales del Convenio del Consejo de Europa. Y lo que tiene incluso efectos más perniciosos, como enseguida veremos, tampoco ha creado una unión fiscal lo suficientemente ambiciosa y sólida como para gravar la movilidad del gran capital y de sus beneficios, que pueden así, ante la inoperancia de una política europea unitaria inexistente en la materia, forzar a los Estados a un continuo dumping fiscal a la baja y lograr, de este modo, una mínima tributación y, consecuentemente, un mínimo aporte a la solidaridad común. Los impuestos siguen siendo esencialmente estatales, y en los mismos pesa además cada vez con más fuerza los referidos a las rentas del trabajo, que soportan la mayor carga del esfuerzo fiscal, a pesar de que cada vez representen una porción más pequeña del total de la riqueza (Piketty).

ARANZADI

No menos preocupante es la aparente incapacidad para crear un marco simbólico de referencia común entre los propios europeos que sirva como fundamento, siquiera de adscripción, para posibles y deseables virajes en el proyecto político de conjunto[22]. Porque la democracia no es solo votar cada cierto tiempo, sino también votar para un objetivo o unas finalidades concretas. En la realización de estas es donde la democracia puede encontrar su mejor operatividad y puede desplegar su sentido de ser y su conveniencia misma como modelo político. Empero, si asistimos a los debates electorales que rodean a las elecciones al Parlamento Europeo, o si vemos las estructuras, prioridades y programas de la mayor parte de partidos europeos, veremos que la política continental suele brillar por su ausencia. Sin medios de comunicación comunes (¡no sería tan difícil!), sin una lengua verdaderamente común y sin unas preocupaciones políticas compartidas en unos mismos códigos de referencia, la Unión seguirá nadando en la inconcreción de su propia naturaleza compleja, tendente a la parálisis y siempre al albur de las caprichosas voluntades estatales o, lo que es peor,

21. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., «The Existential Crisis of the European Union», *German Law Journal*, n.º 5, vol. 14 (2013), pp. 453-526.
22. HABERMAS, H., *La Constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012.

de sus élites políticas y económicas. Construir una ciudadanía común tendría que ir de la mano de la tan ansiada integración positiva, y ambas servirían de anclaje y de base para la superación definitiva del «modelo político fragmentado» y el tránsito hacia un sistema que pueda ser susceptible de calificarse como social. En una de sus obras decía Buchanan que «Bruselas, como capital de la federación, es más probable que sea como Berna, en la confederación suiza, que como París en la Francia postnapoleónica»[23]. Es decir, que sea como un *primus inter pares*, como una cabeza simbólica, más que como una reflexiva y actuante que intervenga con la fuerza de su unidad y de su operatividad para hacer frente a las consecuencias más nefastas de un mercado desatado, de unos «poderes salvajes», al decir de Ferrajoli, que amenazan con convertirse en nuestros únicos amos.

Frente a este «federalismo competitivo», como lo analiza Ainhoa Lasa siguiendo a Deaking[24], de la integración negativa europea, cabe una integración positiva que le dé la vuelta a todas las problemáticas constitucionales, democráticas, políticas y económicas arriba planteadas. Necesitamos, pues, un «federalismo cooperativo de la solidaridad», que no podría aun así desplegarse si antes no reconducimos con el «modelo económico competitivo» al que tendría que superar.

ARANZADI

IV. EL MODELO ECONÓMICO COMPETITIVO

Igualmente, en el seno del neoliberalismo una de las escuelas más relevantes es la ordoliberal, esencial para entender la construcción europea y los fundamentos teóricos de algunos de sus elementos basilares[25]. Esta escuela propugnaba, tanto antes como después de la Segunda Guerra Mundial, que el libre mercado era una ilusión manchesteriana, un mito, ya que los mercados eran construcciones artificiales al amparo de los Estados y de sus mecanismos jurídicos e institucionales, por lo que habría que centrarse en estos para garantizar, ahora sí, un libre desenvolvimiento de las fuerzas productivas y laborales, es decir, un «libre mercado» así determinado y protegido por el Estado. Para llevarlo a cabo, partiendo de la contingencia del capitalismo y del propio mercado, el Estado debía pro-

23. BUCHANAN, J. M., «American Perspective on Europe´s Constitutional Opportunity», *Cato Journal,* vol. 10, n.º 3 (1991), p. 629.
24. LASA LÓPEZ, A., «Gobernanza económica europea y modelo territorial de distribución del poder», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 96 (2013), pp. 160-178.
25. GERBER, D., «Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New Europe"», *Chicago-Kent College of Law*, n.º 42 (1992); VATIERO, M., «The Ordoliberal Notion of Market Power: An Institutionalist Reassessment», *European Competition Journal*, n.º 6 (2010); VANBERG, V. J., *The Freiburg School: Walter Eucken and ordoliberalism*, Walter Eucken Institut, Friburgo, 2004.

veerse de una serie de políticas («políticas de ordenamiento») conducentes a la garantía de la libre competencia, la evitación de los monopolios y la posición de dominio y, sobre todo, elevando los principios estructurales del mercado capitalista (libertades económicas, competencia y, para muchos, estabilidad presupuestaria) a un ámbito de difícil decisión o alteración, es decir, a una altura que los protegiera de los vaivenes de la democracia y de la alternancia de las fuerzas políticas en el poder. Esa elevación de las precondiciones estatales del mercado capitalista la encontrarán algunos ordoliberales en el refuerzo del derecho internacional que, por encima de los Estados, puede erigirse como mejor baluarte para la protección «constitucional» del capitalismo, en expresión de Danny Nicol. O bien, para otros, que luego serán seguidos en su intuición por el desarrollo más completo de Buchanan y su Economía Constitucional, el lugar óptimo para proteger a los elementos esenciales del mercado capitalista puede y debiera ser la Constitución, tanto por su valor jurídico, que impide su fácil reforma, como por su eficacia normativa.

Al margen de las diversas preferencias teóricas, lo cierto y verdad es que una parte nada desdeñable de las concepciones ordoliberales encontraron fácil acomodo en el proceso de integración europea, y que este vino a convertirse, a la postre, como aquel refugio del mercado y de la competencia indisponible para las mayorías políticas coyunturales[26]. Hemos de tener en cuenta que la estructura de la integración europea, como cualquiera otra y como en parte lo son también el resto de las de derecho internacional, goza de una fuerte estabilidad política y jurídica. La misma se consigue por la necesidad del concurso de múltiples Estados y por la dificultad, aunque no imposibilidad (Brexit), de abandonar la organización una vez se entra dados los lazos y vínculos que, de todo tipo, se han creado. Al tiempo, el concurso de voluntades estatales originariamente unánime en la determinación de las bases del proceso hace que el mismo consenso se precise para modificar elementos esenciales del sistema. A diferencia de las lógicas internas nacionales, en el marco europeo la divergencia de intereses y pretensiones tiene más probabilidades de ser radical en asuntos clave dada la previa existencia de unidades soberanas con criterios de oportunidad, incluidos los de largo plazo, diferenciados. Prueba evidente de todo ello es la dificultad que existe en la reforma de los Tratados (del TUE y el TFUE) a pesar de la voluntad expresa de algunos de los grandes Estados (Francia, significativamente) por llevarla a cabo. Algo que ha provocado en más de una ocasión huidas del marco comunitario no del todo jurídicamente adecuadas que, sorteando a su vez el meca-

ARANZADI

26. JOERGES, C., «What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy», *European Law Review*, n.º 4 (2005), pp. 461-489.

nismo sí previsto de la cooperación reforzada, han terminado impulsando no una Europa a varias velocidades, sino a diferentes marchas[27].

Pues bien, aprovechándose de esta rigidez y casi indisponibilidad, los caracteres consensuales del ordoliberalismo y de la Economía Constitucional de Buchanan han podido ir injertándose en el proceso de integración gracias, sobre todo, a la propia centralidad del elemento de mercado que este despliega. Como hemos visto, si el verdadero motor de la integración mediante el método funcionalista es la construcción del mercado único y, por ende, su posición preeminente en la evolución global del sistema y en su caracterización, no es de extrañar que ideologías, ideas y concepciones volcadas únicamente en la salvaguarda de un modelo apriorístico de mercado y de competencia capitalistas se vieran reflejadas en su arquitectura. De este modo, hay claros tintes ordoliberales en la conformación del derecho de competencia en la Unión Europea, tanto en el derecho originario como en el derivado. Los hay, y muy evidentes, en la prohibición genérica de ayudas de Estado, que evita que los mismos puedan intervenir con contundencia en sus mercados nacionales a favor, o en contra, de determinados sectores o empresas. Los podemos encontrar también en principios como el de reconocimiento mutuo, que implica no solo una de las mejores manifestaciones de la confianza interestatal, sino también un marco propicio para la competencia regulatoria entre Estados. Y qué mejor fórmula de reconocimiento de esta influencia o condicionamiento ordoliberal que la asunción, en el propio Tratado de la Unión Europea, de la Economía Social de Mercado como categoría clave en la construcción de Europa y de su mercado (art. 3.3 TUE).

ARANZADI

Como he tenido oportunidad de desarrollar con detalle en otro estudio[28], la Economía Social de Mercado (ESM) no es, ni mucho menos, idéntica o equiparable al Estado social arriba analizado. A pesar de su adjetivación similar, lo que prima en la construcción es el elemento de Mercado, al que queda subordinado el Social. Así se ve claramente en las formulaciones teóricas del ordoliberalismo alemán de las que parte este concepto y en las que el mismo se elabora; una raíz y un recorrido muchas veces desconocido hasta por los más estudiosos del modelo económico europeo y, posiblemente, por los propios decisores políticos cuando, llegado el momento, creyeron dotar de un carácter social a la Unión Europea que estaban impul-

27. MORENO GONZÁLEZ, G., «La internacionalización de la constitución económica nacional: La problemática recepción del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza», *Revista española de derecho constitucional*, año n.º 42, n.º 126, (2022), pp. 89-118.

28. MORENO GONZÁLEZ, G., «La Economía Social de Mercado: el polémico concepto de la constitución económica europea», en GARCÍA GUERRERO, J. L., (Coord.), *Constitucionalizando la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018., pp. 791-810.

sando. Para el ordoliberalismo, lo Social de la ESM se deriva de las externalidades y consecuencias positivas de una Economía de Mercado donde sean verdaderamente garantizados el derecho de competencia, las libertades económicas fundamentales, la lucha contra el monopolio o las políticas presupuestarias, fiscales y monetarias estables; esto es, todos aquellos elementos apriorísticamente determinados por la teoría ordo-neoliberal como consustanciales a un tipo-ideal de libre mercado que ha de defenderse desde, para y por el Estado *lato sensu*[29].

De la centralidad del mercado y del componente económico en el proceso de integración se deriva la relevancia también central que cobran las cuatro libertades económicas fundamentales (de movimiento de trabajadores, bienes y servicios, capitales, establecimiento...), que priman incluso cuando entran en conflicto con los derechos sociales fundamentales (Viking y Laval, en su día[30]). Y aunque las necesidades de legitimación democrática y legitimidad constitucional han ido dotando a la Unión de un arquitrabe de garantías, de derechos y libertades, propio en ocasiones de los propios Estados democráticos, llama la atención cómo el mismo es a veces completamente orillado, apartado, olvidado y vejado. Recuérdese, a modo de ejemplo, la doctrina asentada en Pringle por la que el catálogo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no serviría como parámetro de control de las decisiones del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) por encontrarse este, según el Tribunal de Justicia de la UE, fuera de la arquitectura comunitaria. A pesar de que al mismo tiempo reconocía en él el papel esencial de la Comisión Europea o del derecho de la Unión, que le servían de instrumentos. O recuérdese, igualmente, que el carácter mercantil de la libertad de movimiento de trabajadores sigue pesando en la configuración jurídica de la pretendida libertad de movimiento de los ciudadanos, condicionándola.

ARANZADI

Esta predominancia del mercado y de la competencia hace que podamos hablar de un «modelo económico competitivo», donde lo social queda relegado a las posibles consecuencias beneficiosas del desarrollo económico pero que no ocupa, nunca, un lugar destacable en unas «políticas de ordenamiento» petrificadas. La política monetaria, uno de los tótems del ordoliberalismo, es quizá el mejor ejemplo de esa indisponibilidad y de la incrustación ideológica neoliberal en la construcción europea. El BCE no tiene legitimidad democrática directa, no es controlable en sus decisiones, muchas de las cuales son directamente secretas, y su principal objetivo es

29. NICHOLLS, A. J., *Freedom with Responsibility. The Social Market Economy in Germany 1918-1963*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

30. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «El Tribunal de Justicia al rescate de los derechos en el contexto de las medidas de estabilidad derivadas de la crisis económica: Pringle vs. Ledra Advertising», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, (2017).

la lucha contra la inflación, frente a la que somete incluso el bienestar de la ciudadanía, el pleno empleo o la justicia social, por muy tímidas que puedan ser las concepciones de esta que se defiendan. A pesar de que dicta verdadera «política» (¿qué es, si no, la monetaria?), y de que sus decisiones pesan e influyen sobre la vida de millones de europeos, goza de una extraordinaria independencia funcional e institucional que le amparan no frente a los poderes privados (de cuyos sillones se nutren sus miembros), sino de los públicos, de los popularmente legitimados[31]. Y esto, para el Tribunal Constitucional Federal Alemán, pretendido guardián del constitucionalismo y hasta de la democracia europeos, no es siquiera criticable. En el diseño de la Unión Monetaria se unen con una coincidencia asombrosa las elaboraciones teóricas del monetarismo (Friedman) y del ordoliberalismo junto a la concepción antidemocrática de la Economía Constitucional para dar vida, repetimos, a un marco institucional que refuerza la centralidad ya no solo del mercado, sino sobre todo de una concepción apriorística e ideológicamente determinada de sus caracteres esenciales[32].

Y esta concepción que subyace a todo el planteamiento del «modelo económico competitivo» es abiertamente contraria a la que fundamenta el Estado social, el paco Capital-Trabajo que le dio vida y la idea, tan loable como hoy olvidada, de una Unión Europea como «comunidad de solidaridad», de una solidaridad transformadora y vivificada por la redistribución de una riqueza cada día más concentrada. Como a continuación veremos, es en la convergencia de los dos modelos, del «político fragmentado» y del «económico competitivo», donde hemos de encontrar la crisis estructural del Estado social europeo y, también, del Estado democrático y de Derecho que hoy padecemos.

ARANZADI

V. CONVERGENCIA DE MODELOS. ¿HACIA UNA UNIÓN EUROPEA SOCIAL?

A partir de la crisis del petróleo, con las presidencias de Thatcher y Reagan, es cuando el neoliberalismo comienza a abrirse paso para poco a poco ir ganando hegemonía, algo que conseguirá de este lado del Atlántico en la concreción de los elementos esenciales del sistema de la integración económica europea, sobre todo con Maastricht. Y lo hará por la convergencia que se consigue de los dos modelos antedichos y arriba analizados, que provo-

31. MORENO GONZÁLEZ, G., «El principio democrático en la política monetaria europea. El encaje constitucional de la independencia del Banco Central Europeo», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 30 (2012-2013), pp. 615-637.
32. LASA LÓPEZ, A., «Constitución económica europea y modelo social: límites e ineficiencias de la integración negativa mejorada en la lucha contra la exclusión social», *Cuadernos Europeos de Deusto*, N.º 53 (2015), pp. 133-165.

cará una tensión permanente y aparentemente irresoluble en el seno de la Unión.

Por un lado, la ausencia de una integración positiva en materia económica posibilita, y alienta incluso, la competición regulatoria e impositiva a la baja. La libertad de movimiento de capitales no encuentra un dique de contención como sí ocurría en el seno del Estado-nación y, libre de toda atadura, puede moverse sin cortapisas entre los Estados miembros de la Unión sin necesidad de afrontar una imposición común. Sin una seguridad social y sin un mínimo de garantías laborales o salariales, las empresas pueden deslocalizarse dentro de la propia integración hacia aquellos Estados donde las salvaguardas regulatorias o su derecho laboral sean menos tuitivos y más económicos. La dificultad *extra* de aprobar esos marcos comunes que muchas veces, como en el plano fiscal, viene determinada por la necesidad de la unanimidad de los Estados, y la facilidad procedimental paralela que se encuentra en la integración negativa, constituyen un modelo económico y político donde lo social queda subordinado, cuando no obliterado. La lógica es la de la competencia, no la de la cooperación. La del mercado y lo privado, no la de la solidaridad y lo público.

Por otro lado, y al calor de la crisis financiera internacional de 2007 en adelante, se ha venido construyendo en la Unión una arquitectura institucional y normativa nueva en torno a la estabilidad presupuestaria, lo que incide sustancialmente en la convergencia de modelos que estamos describiendo. Se reformó el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC revisado) para aumentar el control sobre la evolución del déficit y la deuda de los Estados; se creó el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), fuera del marco comunitario y con la finalidad de asistir financieramente a los Estados en dificultades económicas a cambio de una durísima condicionalidad que impusiera la estabilidad presupuestaria y, a medio plazo, financiera; y, por último, se aprobó el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG), que venía a proteger aún más los objetivos de estabilidad presupuestaria y a obligar a los Estados a incorporar la regla en sus ordenamientos constitucionales. Un tratado aprobado de nuevo al margen del procedimiento y de la institucionalidad de la Unión, aunque contando con esta, como con el MEDE, en tanto instrumentos decisionales y de cumplimiento de sus previsiones, algo que supone, cuanto menos, una anomalía jurídica. Esta tríada de mecanismos (PEC revisado, MEDE y TECG) juridificaron con mayor eficacia que la mostrada por el marco anterior (el antiguo PEC asociado al Tratado de Ámsterdam y conectado con los criterios de convergencia post-Maastricht) la estabilidad presupuestaria, incorporando técnicas novedosas como la «mayoría inversa cualificada» en la imposición de sanciones por incumplimiento. Aunque, en cuanto a innovaciones jurídicas, nada supera la esperpéntica previsión en el TECG de que los Estados

ARANZADI

constitucionalicen la regla de estabilidad presupuestaria, puesto que les impone una obligación pseudo-constituyente despreciando por completo la jerarquía normativa, las fuentes del derecho, el papel del derecho internacional y, lo que es siempre más grave, la legitimidad dimanante del principio democrático. Porque, y aun a riesgo de ser polémico, hemos de recordar que los Tratados no son de los Estados ni de su ciudadanía, sino de los Gobiernos. Y es que, aun en el caso de que algunos sistemas constitucionales prevean el consentimiento parlamentario o incluso cualificado en la ratificación de los mismos, no dejan de ser los gobiernos coyunturales del momento los que impulsan los tratados, los elaboran y finalmente los ratifican. La hipertrofia del derecho internacional que actualmente vivimos es una manifestación más, en este sentido, de la concentración de poderes en los gobiernos estatales y de la ejecutivización de nuestros sistemas parlamentarios, pues son ellos los verdaderos protagonistas del desarrollo y operatividad de aquel[33].

¿Y por qué es tan relevante la regla de estabilidad presupuestaria en el concurso de los modelos económico competitivo y político fragmentado en Europa? Pues porque supone, en su tramo final de garantía, una camisa de fuerza para las pocas potencialidades que quedaban del Estado social en el viejo continente. Si por un lado tenemos a un capital que se mueve libremente y que realiza a plena luz del día un dumping fiscal continuo, ayudado por los Estados y su competición a la baja, y amparado por la ausencia de una integración positiva europea, por otro tenemos la imposibilidad para aquellos de acudir a los mercados de deuda y de incurrir en déficit para intervenir, cuando así lo estimen, en sus economías. Si no pueden subir los impuestos porque el gran capital se marcha legalmente aprovechándose del modelo europeo y, al mismo tiempo, no pueden financiarse vía deuda pública, la única salida que les queda ante una coyuntura desfavorable es el recorte en sus prestaciones públicas, en sus bienes y servicios públicos y colectivos.

ARANZADI

La virtualidad de previsiones como la publificación de sectores estratégicos o de la planificación indicativa ya había quedado seriamente menoscabada en la Unión como consecuencia de la primacía de los elementos de mercado y de competencia en su estructura y en su diseño. Por ejemplo, la ventaja de las empresas públicas, que antes podían utilizar sus posiciones de dominio y monopolios fiscales o la financiación directa del Estado, ahora se reduce por la ampliación del derecho de competencia a su naturaleza y actuaciones. No hablemos ya de mecanismos como la planificación indicativa o la intervención de empresas, que parecen pertenecer a otra época y

33. RAGONE, S., *Parlamentarismos y crisis económica: afectación de los encajes constitucionales en Italia y España*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020.

que no encontrarían fácil acomodo ni en el derecho ni en las voluntades políticas y tecnocráticas de la Unión. De este modo la constitución económica estatal, propia, como en el caso de España, del Estado social, ha venido siendo alterada sustancialmente en sus posibilidades reales de materialización, y no solo por condicionantes fácticos (lo que, de todos modos, ocurre en los más diversos campos) sino también jurídicos. Es en la propia estructura de la Unión donde encontramos, en la convergencia de los modelos económico competitivo y político fragmentado, la imposibilidad jurídica, la dificultad extrema, de desplegar las potencialidades inherentes del Estado social en sentido fuerte, es decir, de la solidaridad transformadora que sí había podido materializarse con éxito (y con sus fallas) en la *Golden Age* tras la posguerra mundial. La estabilidad presupuestaria, como camisa de fuerza que cierra por arriba esta convergencia de modelos, intensifica la reducción del margen de decisiones económicas de los Estados y, por ende, de la voluntad democrática de su ciudadanía.

En efecto, no solo estamos ante un problema económico, social y hasta ético de primer orden, por cuanto se ha abandonado en nuestro viejo continente una idea fuerte de solidaridad, sino también ante un problema democrático que impacta de lleno en nuestros sistemas políticos. La democracia es alternancia de gobiernos y políticas, y también de políticas económicas. En la medida en que las mismas quedan encorsetadas en un estrechísimo abanico de posibilidades, cada vez más cerrado y encima determinado por una ideología con claros caracteres antidemocráticos, la propia democracia pierde fuerza y virtualidad. El pluralismo político no puede desarrollarse íntegramente cuando en el horizonte de despliegue de su posible acción pública solo encuentra un muro de contención jurídica que le impide cualquier medida transformadora o redistributiva. Decíamos al principio que la democracia constitucional era también un encuentro de modelos, esta vez contrapuestos, entre lo liberal-limitativo y lo democrático-intervencionista, entre lo jurídico-constitucional y lo político-democrático. La combinación había conseguido su fórmula de encuentro en la constitución normativa y en el Estado social como trasunto, este último, de un paco Capital-Trabajo y de un equilibrio, a su vez, entre capitalismo y políticas redistributivas. Dentro de este sistema cabían, por tanto, acciones políticas distintas, un pluralismo de posibilidades bastante amplio: desde quienes, desde postulados más liberales, deseaban mantenerse únicamente en el mínimo de capitalismo que las constituciones reconocían y garantizaban; hasta quienes, desde posiciones cercanas incluso al socialismo, deseaban activar los mecanismos potestativos del Estado social (nacionalizaciones, planificación indicativa, imposición progresiva sobre el capital...), manteniendo aquel mínimo de capitalismo pero potenciando la legítima intervención del Estado en la economía en aras de una mayor justicia social. Este

ARANZADI

pluralismo, sin embargo, ha dado paso en la actualidad a un monismo de mercado, a una especie de «Estado-mercado» o «forma global de mercado» que nos impone una concretísima ideología y un marco de referencias completamente alejado y contrario a nuestro antiguo rango de valores[34]. La democracia se empobrece, se achica y finalmente se quebranta. Y en este fenómeno parece ganar peso la posibilidad (que aquí solamente dejo como esbozo, o incluso como invitación cáustica) de que estemos ante la venganza histórica del liberalismo. Transformado por el Estado social y por la democracia constitucional en un liberalismo reformista y social, o incluso en un socialismo liberal a la manera de Bobbio, los postulados limitativos de la acción democrático-estatal se han vuelto a recuperar, vía neoliberalismo (recuerden el giro de Lippmann, que he analizado en otra sede[35]), y se han vencido al incrustarse en el derecho internacional y, específicamente en nuestro viejo continente, en la estructura misma de la exitosa integración europea. Nuestra democracia, pues, tiene cada vez más liberalismo, más límites, más juridificación y más contención como dique frente al pluralismo, que libertad de decisión y posibilidad de empuje transformador. Parece hoy simplemente girar sobre sí misma, sobre la satisfacción autorreferencial de sus procedimientos formales de legitimación, olvidándose de que si es democracia lo es para algo, para una finalidad, y que esa finalidad la establece y la determina el pueblo o los pueblos soberanos. La visión aristotélica, republicana o, más tomásianamente, hasta orteguiana, de una comunidad política para un fin, ya sea este la felicidad, el bien común o la satisfacción de ideales mínimos de fraternidad, justicia, igualdad y libertad, parece haberse enterrado en un marasmo inextricable de marcos jurídicos superpuestos que, bajo la apariencia de tecnicidad, no hacen otra cosa que esconder postulados ideológicos veniales y de clase. El constitucionalismo democrático se ve laminado por la centralidad de mercado que desplaza los intereses y las posibles demandas soberanas de cambio y redistribución, menoscabándose así la propia constitución normativa del Estado social.

ARANZADI

Porque, y he aquí un fenómeno tan impactante como poco denunciado por la academia ortodoxa (la mayoritaria), las constituciones europeas apenas se han reformado o revisado, pero casi todas han mutado en su significado, en sus previsiones y en sus mandatos. Una mutación, claro está y valga el pleonasmo, inconstitucional, puesto que no se han seguido los cauces previstos de la reforma constitucional para juridificar sus verdaderas consecuciones. Si un estudiante lee hoy la Constitución española de 1978,

34. MAESTRO BUELGA, G., «Constitución económica e integración europea», *Revista de Derecho Político*, n.º 54, (2002) y «Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 8, (2007).
35. MORENO GONZÁLEZ, G., *Estabilidad presupuestaria y Constitución*, *op. cit.*, pp. 43-58.

hija tardía de un Estado social que ya por entonces mostraba claros síntomas de decadencia inducida, se dará cuenta enseguida de que muchos de sus preceptos carecen de eficacia, y hasta de vigencia si lo analizamos desde un prisma jurídicamente realista. Es más, casi la mitad del Título VII (Economía y Hacienda) es hoy papel mojado: la subordinación de toda la riqueza al interés general, la publificación de los sectores estratégicos o tendentes al monopolio, la intervención de empresas, la socialización progresiva de los medios de producción, la planificación indicativa, la participación de los trabajadores en el seno de sus empresas... todo esto parece ciencia jurídica-ficción en el contexto europeo. Por no hablar de los mandatos redistributivos que la Constitución contiene (territorialmente también) o el precepto, no por manido menos relevante, referido a nuestro sistema fiscal. ¿Dónde está el principio de capacidad económica y de progresividad cuando la mayor parte de la presión fiscal recae en las rentas del trabajo y no en las de capital? ¿Acaso no son estas últimas las que concentran aquella capacidad económica, la que detentan la escandalosa mayor porción de nuestra riqueza colectiva? Y por mucho que se fuerce la interpretación del precepto, sigue siendo llamativo que se haya bendecido constitucionalmente la importancia que hoy cobran, también bajo el impulso de la Unión, los impuestos indirectos, que en poco o nada manifiestan las más de las veces la capacidad económica real de los obligados a satisfacerlos.

ARANZADI

Nuestra obligación, desde el derecho constitucional crítico y hasta desde la ciudadanía con un mínimo de sentido también crítico de la realidad que la circunda, es buscar el espacio, si lo hubiere, para que el Estado social pueda recuperarse en este o en otro marco europeo renovado. No solo por criterios de oportunidad o ideológicos, cuyas razones no hay nunca que esconder porque el resto tampoco lo hace, aunque lo disfrace, sino también por imperativos puramente democráticos, por la necesidad imperiosa de recuperar terreno para la política, para la alternancia, el pluralismo y las diferentes concepciones de lo social, lo económico y lo colectivo. Reactivar el Estado social se convierte así en una necesidad democrática perentoria, pero hacerlo debería también asumir la necesidad de no incurrir en las mismas fallas y errores que en su momento se produjeron. La ayuda en este sentido de los aportes feministas, ecologistas, decoloniales y neo-humanistas es esencial, como lo es el camino trazado por aquellos teóricos que lograron combinar lo mejor de nuestras tradiciones políticas desde el firme compromiso por la igualdad, la libertad y la fraternidad. Obras como la de Bobbio deberían ser el mejor programa político en esta pretensión refundadora.

Siendo realistas, además, esta necesidad no solo se fundamenta en motivos democráticos o constitucionales, sino también, y de forma muy destacada, en los imperativos que la propia lógica de los acontecimientos mundiales nos depara. Europa ha quedado reducida a la expresión de su mínima

geografía y corre el riesgo de convertirse en un mero parque de atracciones que irradie, de vez en cuando, alguna luz cultural gracias al rico legado de su pasado, pero que sea incapaz de que su voz no solo sea condicionante en el mundo, sino que se escuche. La Unión hace la fuerza, y la necesitamos ahora más que nunca. La aberrante invasión de Ucrania por parte de Rusia ha descolocado el tablero global, ya de por sí inquietante, y la traslación del peso geopolítico al Pacífico aparta aún más al viejo continente del centro de acción mundial. El cambio climático, sin duda el mayor reto de la humanidad, precisa asimismo de un cambio rotundo en el sistema económico imperante, y el mismo solo puede venir dado por una acción política y pública consciente que altere la imputación de decisiones desde lo privado a lo colectivo, desde los espurios intereses oligárquicos al bien común de un mundo ecológicamente sostenible. La concentración cada vez mayor de la riqueza en manos de unos pocos como consecuencia del desorbitante peso de la herencia y de los capitales acumulados (Piketty) amenaza con colapsar las pocas redes de solidaridad actualmente existentes, permitiéndose ya una secesión de los ricos (incluso espacial) que recupera, para mal, la idea de las «dos naciones» de Disraeli. Nuestras comunidades políticas, de por sí frágiles debido a la inexistencia de una verdadera cultura cívica y al entierro de la libertad de los antiguos, corren el riesgo de perder el sentido mínimo de su existencia si no son capaces de articular mecanismos de fraternidad colectiva, de protección conjunta frente al desamparo, la desigualdad o la injusticia climática. Si la solidaridad se queda en un mero asistencialismo caritativo y no se adentra en los siempre ambiciosos (pero factibles, al final y al cabo) ideales de igualdad real y efectiva, de nada o poco nos sirve. Como mucho, de opio que suavice las injusticias ya existentes y que, a la larga, tienda a legitimarlas en medio de una biopolítica neoliberal, individualista y tendente al narcisismo.

ARANZADI

La Unión es uno de los pocos espacios mundiales donde todo ello puede revertirse si media la voluntad ciudadana, política y social, suficiente. Porque es en este pequeño rincón de Eurasia donde el Estado social más y mejor se desarrolló, donde los viejos ideales del humanismo, de la igualdad, la libertad y la fraternidad, siguen desplegando con mayor contundencia su vigor. Y porque nuestro legado común y compartido permite una comunidad política que, por encima de las identidades particulares y a veces autorreferenciales, sea merecedora de una nueva *pax romana* de justicia, bienestar y prosperidad. Europa lidera ya el cambio de modelo productivo hacia la descarbonificación de la economía, pero debe ser también la líder en la expansión de esta alteración a lo largo del globo, condicionado sus aún (por poco tiempo) poderosos instrumentos de intercambio comercial a la consecución de objetivos climáticos y democráticos. Europa, patria común donde surgieron el liberalismo y la democracia y que ha desplegado su

genio por el mundo, debe ser consciente de su fragilidad para cuidar más que nunca el sistema político de la democracia constitucional, del Estado social, de la combinación entre liberalismo y democracia, que había caracterizado hasta hace poco a sus Estados. Para ello habría de comenzar a repensar la centralidad que el elemento de mercado tiene en la integración, añadiendo a la negativa una verdadera integración positiva en materia fiscal, financiera y normativa, recorriendo así los pasos hacia una progresiva federalización que, sin suprimir los Estados, consiga una auténtica soberanía compartida. Y, por último, debería defender su conversión en una comunidad de solidaridad, donde se recuperen los ideales redistributivos de justicia mediante la instauración de poderosos mecanismos niveladores que remuevan los obstáculos que, a día de hoy, impiden una igualdad y una libertad reales y efectivas.

Pero todo ello sería una victoria inane y se movería en la pura hipocresía si antes Europa no se mira ante su propio espejo y decide dejar de incumplir los derechos humanos. De poco nos servirá crear una comunidad de iguales, de justicia y de Derecho, si en nuestras mismas puertas mueren de hambre y de abandono quienes huyen de las guerras, la pobreza y los desastres climáticos. *Fiat Europa*, hágase Europa... pero para todos, también para ellos, porque, al fin y al cabo, fuimos y podremos ser nosotros.

ARANZADI

BIBLIOGRAFÍA

BAUMAN, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Gedisa, Barcelona, 2000.

BUCHANAN, J. M., «American Perspective on Europe´s Constitutional Opportunity», *Cato Journal,* vol. 10, n.º 3 (1991).

DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado Social*, PPU, Barcelona, 1986.

DE CABO MARTÍN, C., *Teoría histórica del estado y del derecho constitucional*, vol. II, PPU, Barcelona, 1993.

DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

DE CABO MARTÍN, C., *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

ESQUEMBRE, M., «Género y ciudadanía, mujeres y Constitución», Feminismo/s, 8 (2006), pp. 35-51.

FOUCAULT, M., *El nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

FRASER, N., *Los talleres ocultos del Capital*, Traficantes de sueños, Madrid, 2020.

GARCÉS, J., *Soberanos e intervenidos*, Siglo XX, Madrid, 2012.

GELLNER, E., *Naciones y nacionalismos*, Alianza, Madrid, 2008.

GERBER, D., «Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New Europe"», *Chicago-Kent College of Law*, n.º 42 (1992).

HABERMAS, H., *La Constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012.

HELLER, H., *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985.

JESSOP, B., *El futuro del Estado capitalista*, La catarata, Madrid, 2008.

JOERGES, C., «What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy», *European Law Review*, n.º 4 (2005), pp. 461-489.

LASA LÓPEZ, A., «Constitución económica europea y modelo social: límites e ineficiencias de la integración negativa mejorada en la lucha contra la exclusión social», *Cuadernos Europeos de Deusto*, N.º 53 (2015), pp. 133-165.

LASA LÓPEZ, A., «Gobernanza económica europea y modelo territorial de distribución del poder», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 96 (2013), pp. 160-178.

LAVAL, C. y DARDOT., P., *La nueva razón del mundo: ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2013.

MAESTRO BUELGA, G., «Constitución económica e integración europea», *Revista de Derecho Político*, n.º 54 (2002).

MAESTRO BUELGA, G., «Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 8 (2007).

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., «The Existential Crisis of the European Union», *German Law Journal*, n.º 5, vol. 14 (2013), pp. 453-526.

MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «El Tribunal de Justicia al rescate de los derechos en el contexto de las medidas de estabilidad derivadas de la crisis económica: Pringle vs. Ledra Advertising», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39 (2017).

MORENO GONZÁLEZ, G., «El principio democrático en la política monetaria europea. El encaje constitucional de la independencia del Banco

ARANZADI

Central Europeo», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 30 (2012-2013), pp. 615-637.

MORENO GONZÁLEZ, G., «La Economía Social de Mercado: el polémico concepto de la constitución económica europea», en García Guerrero, J. L. (Coord.), *Constitucionalizando la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018., pp. 791-810.

MORENO GONZÁLEZ, G., «La internacionalización de la constitución económica nacional: La problemática recepción del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza», *Revista española de derecho constitucional*, año n.º 42, n.º 126 (2022), pp. 89-118.

MORENO GONZÁLEZ, G., «La teoría de la Constitución en Jamen Buchanan: hacia un modelo de economía constitucional», *Revista de estudios políticos*, n.º 177 (2017), pp. 57-88.

MORENO GONZÁLEZ, G., *Estabilidad presupuestaria y constitución: Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NICHOL, D., *The constitutional protection on capitalism*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

NICHOLLS, A. J., *Freedom with Responsibility. The Social Market Economy in Germany 1918-1963*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

POIARES MADURO, N., *We the Court*: *The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002.

POLANYI, C., *La gran transformación*, Virus Editorial, Barcelona, 2016.

RAGONE, S., *Parlamentarismos y crisis económica: afectación de los encajes constitucionales en Italia y España*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020.

RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, tomo 1, pp. 160 y ss.

SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2007.

SALWYN SHAPIRO, J., *Liberalism: its meaning and history*, Van Nostrand Company, New York, 1958.

VANBERG, V. J., *The Freiburg School: Walter Eucken and ordoliberalism*, Walter Eucken Institut, Friburgo, 2004.

ARANZADI

VATIERO, M., «The Ordoliberal Notion of Market Power: An Institutionalist Reassessment», *European Competition Journal*, n.º 6 (2010).

VICIANO PASTOR, R., «Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* n.º 67-68 (2009), pp. 91-99.

WEILER, J., *Una Europa cristiana: ensayo exploratorio,* Encuentro, Madrid, 2003.

ARANZADI

Capítulo X

Los servicios económicos de interés general como instrumento de política social europea: sectores regulados y derecho de los ciudadanos a acceder a los servicios básicos [1]

María Jesús García García
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia
Titular de la Cátedra Jean Monnet «Servicios Económicos de Interés General en el marco de la cohesión social y territorial» (101047166 SGEI-EU)
Directora del Módulo Jean Monnet «Citizens' integration into EU democracy (101047164 CitEUdem)

ARANZADI

SUMARIO: I. LA POLÍTICA SOCIAL EUROPEA. *1. Los objetivos de la política social europea. 2. Las competencias de la Unión Europea en materia de política social.* II. LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA SOCIAL EUROPEA. *1. Delimitación conceptual de los Servicios Económicos de Interés General. 2. El componente social de los Servicios Económicos de Interés General en la Unión Europea. 3. El acceso a los servicios económicos de interés general en el marco de la política social de la Unión Europea.* 3.1. Derechos sociales de los ciudadanos europeos: el derecho de acceso a los servicios de interés general. A) El derecho de acceso a los servicios de interés general en los Tratados.

1. El presente trabajo se elabora en el marco de la Cátedra Jean Monnet «Servicios Económicos de Interés General en el marco de la cohesión social y territorial» (101047166 SGEI-EU).

B) El derecho de acceso a los servicios económicos de interés general en el derecho derivado: la indeterminación del contenido. 3.2. El estado regulador como estado garante del acceso de los ciudadanos a los derechos sociales. 3.3. La concreción del interés general y del contenido del derecho de acceso a los servicios esenciales. A) El servicio universal. B) El acceso a colectivos con necesidades especiales. III. EL ACCESO A LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL EN EL MARCO DEL PILAR EUROPEO DE LOS DERECHOS SOCIALES. *1. El Pilar europeo de los derechos sociales. 2. El plan de acción del Pilar europeo de Derechos sociales y el acceso a los servicios esenciales.* IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA POLÍTICA SOCIAL EUROPEA

Quizá la idea que mejor define y sintetiza a la Unión Europea es la integración. Integración desde luego económica, integración política, en la medida de lo posible y también integración social, lo que remite al concepto de cohesión social. Estas tres dimensiones del proyecto europeo se hallan a su vez integradas e interrelacionadas entre sí, constituyendo los tres ejes sobre los que conviven las políticas y acciones europeas en la actualidad. Aunque inicialmente el objetivo económico justificó y sirvió de base al armazón institucional de las comunidades europeas, es evidente que tras él subyacían objetivos de índole política, dirigidos a obtener y alcanzar la paz en el continente europeo, que con el Tratado de Maastricht afloran a la superficie, convirtiéndose en objetivos manifiestos recogidos de manera expresa por los Tratados[2]. La propia evolución de las cosas ha revestido el proyecto europeo y la idea de integración política y económica de una pátina social que ya no es un simple complemento del mercado interior, sino un objetivo en sí mismo, tal y como se describe en el Título X, artículos 151 y 161 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ARANZADI

1. LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA SOCIAL EUROPEA

Mediante su política social, la Unión Europea reafirma su compromiso de garantizar las mejores condiciones de vida y de trabajo para los ciudadanos[3]. Dicha política social comporta una serie de derechos que están orientados al cumplimiento de los unos objetivos también sociales. Dentro de tales derechos podemos establecer tres categorías que tienen que ver con el derecho al trabajo y todos los derechos relacionados con él; los

2. GUTIÉRREZ ESPADA, C., La Unión Europea y su derecho, Trotta, Madrid, 2019.
3. BAR CEDON, A., La política social de la Unión Europea, *Lex Social, Revista Jurídica de los derechos sociales*, núm. 2 (2012), pp. 26 y ss.

derechos relativos a la protección de la salud, y finalmente, los derechos sociales de prestación, entre los que podemos situar el acceso a los servicios económicos de interés general[4]. En este sentido, la Europa social se basa en las personas y en su bienestar. Garantizar unas condiciones de vida digna a través del acceso a los servicios esenciales es uno de los requisitos para evitar la exclusión social. Todo ello implica garantizar unas prestaciones mínimas que aseguren una vida digna, lo que incluye implícitamente el acceso a los servicios esenciales, o servicios económicos de interés general.

El artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece los objetivos de la política social enumerando entre ellos el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. Estos objetivos del artículo 151 del TFUE constituyen un desarrollo de los objetivos generales a nivel comunitario previstos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, así como de los valores promulgados en el artículo 2 del mismo texto.

Pero los objetivos de la política social europea necesitan un mayor grado de concreción y garantías para los ciudadanos, de manera que admiten su formulación como derechos individuales. Así, la garantía de acceso a los servicios económicos de interés general (en adelante SEIG) y el derecho de los ciudadanos a acceder a los mismos constituye la expresión de los objetivos generales de la política social europea que abogan por la mejora de las condiciones de vida, el progreso social y la lucha contra la pobreza y la exclusión. A su vez, como hemos dicho, estos objetivos concretan en el plano social los objetivos generales a los que aspira la Unión Europea, según aparecen formulados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea.

ARANZADI

En todo caso, es necesario tener en cuenta que los objetivos relacionados con la política social, tanto los establecidos en el artículo 151 del TFUE, como los previstos en el artículo 3 del TUE se caracterizan precisamente por su carácter transversal, que viene a consagrar el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Así, dicho artículo introduce una cláusula social horizontal. Ello implica que cualquier política, o acción de la Unión Europea ha de estar trascendida por estas consideraciones. De esta manera, el carácter transversal de la política social traspasa otros muchos

4. LÓPEZ ESCUDERO, M., Acceso a los servicios de interés económico general, en MANGAS MARTÍN, A. (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, pp. 607-620.

ámbitos, y de ahí la distinción que ha de realizarse entre política social y otras políticas de carácter o contendido social, como son las políticas de empleo, del Título XII del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Educación, Salud Pública, protección de los consumidores[5] y cohesión económica, social y territorial. Y aunque la política de empleo ha sido la más desarrollada, no por ello puede afirmarse que ha sido la única.

En cualquier caso, el acceso efectivo a los servicios esenciales de calidad, tales como el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales son fundamentales para garantizar algunos de los objetivos de la política social ya señalados. En definitiva, puede decirse que los servicios económicos de interés general contribuyen a conseguir algunos de los objetivos de la política social proclamados en el artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea, especialmente aquellos que tienen que ver con la exclusión social, la mejora de las condiciones de vida y la protección social adecuada, lo que a su vez remite a los objetivos y valores de los artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea.

Tradicionalmente, dichos servicios se han estudiado desde el punto de vista de las normas del mercado interior, pero tienen una connotación social muy acusada, lo que los convierte en instrumentos de la política social europea, que tiene sus propios [illegible] que al mismo tiempo es fiduciaria de los objetivos comunitarios descritos anteriormente, entre ellos los que se refieren a la exclusión y la cohesión social y territorial.

ARANZADI

2. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE POLÍTICA SOCIAL

Como hemos visto, la Unión Europea ha ido progresivamente asumiendo una vertiente social en sus objetivos, a medida que se ha ido profundizando en la consecución del mercado interior. Sin embargo, se han realizado tímidos avances en la consecución de dichos objetivos. Ello es debido a la falta de competencias propias en esta materia, dado que, a pesar de que el artículo 4 del TFUE habla de competencias genéricas compartidas, en realidad estas se sustancian en competencias específicas de apoyo y coordinación, de acuerdo con los artículos 153 y 156 del TFUE. Estas competencias específicas constituyen, en última instancia la base jurídica para incidir en la materia social.

5. REBOLLO PUIG, M. (Dir.), La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, Iustel, Madrid, 2016.

Así, aunque según el artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la política social es una competencia compartida entre la Unión Europea y los estados, en realidad ésta es fundamentalmente responsabilidad de los estados miembros. Ello se debe a la gran amplitud que presenta, y lo intrincada que está en todas las demás política y acciones comunitarias. Por esta razón, cuando el artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hace referencia a las competencias compartidas en materia de política social, también establece una salvedad, remitiéndose a los términos definidos en este Tratado. Es decir, que el artículo 4 realiza una atribución genérica de competencias, que después necesita ser completada con la atribución específica de las mismas, y que en lo que se refiere a la política social se determina en los artículos 153 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esto remite en primer lugar a las competencias de apoyo y complemento, que incluyen, entre otras, la lucha contra la exclusión social, y en base a las cuales, el Parlamento y el Consejo podrán adoptar directivas que establezcan las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. La Unión Europea apoya y complementa las actividades de los Estados miembros en los ámbitos de la protección e inclusión social, lo que abarca una amplia gama de políticas para luchar contra la pobreza y la exclusión, modernizar los sistemas de protección y promover la inclusión de grupos específicos, incluidos los niños, las personas con discapacidad y las personas sin hogar.

ARANZADI

Por otro lado, cabe referirse a las competencias de coordinación y colaboración que establece el artículo 156 del mismo texto legal y que vienen referidas sobre todo a aspectos relacionados con el empleo, las condiciones de trabajo y la seguridad social.

De esta manera, y aunque el artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea habla de competencias compartidas con la Unión Europea en materia de política social, son, como vemos, las competencias de apoyo y coordinación las que predominan en esta materia, quedando en la práctica muy poco margen para el ejercicio de competencias compartidas por parte de la Unión Europea.

A la vista del contenido de los artículos 153 y 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, podemos constatar que los SEIG no aparecen contemplados expresamente como instrumentos de la política social. Ello hace presuponer que habrá que remitirse a la regulación que efectúan los Tratados sobre ellos para extraer el ámbito competencial de la Unión Europea en esta materia, tanto en lo que se refiere a su dimensión económica, como elemento fundamental para la consolidación del mercado inte-

rior, como por lo que se refiere a su dimensión social, como instrumento con incidencia en las condiciones de vida de los ciudadanos. Remitimos esta cuestión a un punto posterior.

II. LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA SOCIAL EUROPEA

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

Los SEIG constituyen un instrumento de la política social de la Unión Europea. Se definen como aquellas actividades económicas que se consideran básicas para los ciudadanos porque proporcionan un conjunto de prestación, bienes o servicios de carácter esencial y cuyo suministro o prestación debe quedar asegurado a todos los ciudadanos con una determinada calidad, de manera regular o continua y a un precio asequible[6].

Así, además de ser actividades económicas, los SIEGE se definen como actividades de interés general, es decir, de interés para la colectividad y por tanto las prestaciones que integran dichas actividades han de ser garantizadas a la ciudadanía porque son esenciales. En principio, se parte de la idea de que las reglas de mercado son capaces de satisfacer por sí solas estas necesidades. Sin embargo, la práctica y la realidad demuestran que ello no es así y que los agentes económicos que operan en el mercado se rigen por criterios exclusivamente económicos[7].

ARANZADI

La experiencia demuestra por tanto que en determinados casos las reglas del mercado y de la competencia no son de fiar porque no garantizan que esas actividades económicas lleguen a todos los ciudadanos, en la medida en que ello no sea rentable para el operador. Es preciso, por tanto, establecer algunas correcciones a las reglas de mercado, establecer algunos mecanismos que permitan conseguir los objetivos de universalidad, continuidad, regularidad y calidad de esos servicios esenciales. Y esos mecanismos o técnicas de garantía, que pueden en algunos casos producir una alteración de los principios de libre prestación de servicios, libertad de establecimiento, y, en definitiva, excepcionar las normas que se aplican al mercado interior, se amparan en la calificación de interés general que ha recibido la actividad. Para asegurar la universalidad, regularidad y calidad de las prestaciones o suministros se deben articular unos mecanismos que

6. LAGUNA DE PAZ, J. C., «Los servicios de interés general en la Unión Europea», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 76, (2016), pp. 19-50.
7. GARCÍA GARCÍA, M. J., «Los servicios de interés económico general (SIEGE) como instrumento de transformación». *Revista de Estudios Regionales,* núm. 128, (2024). Pendiente de publicación.

garanticen estos objetivos y así aparecen conceptos adyacentes al término SIEGE, tales como servicio universal, obligaciones de servicio público, régimen de ayudas públicas[8].

Todas estas excepciones quedan amparadas por el Derecho europeo debido al interés público que reviste la actividad, y que fuerza a buscar un equilibrio entre las reglas del mercado y la libre competencia y aquellas excepciones que van dirigidas a asegurar unas prestaciones o servicios esenciales al conjunto de los ciudadanos[9]. La calificación de una actividad como SIEGE habilita a establecer estas excepciones con el beneplácito de la legislación comunitaria, como veremos más adelante, y siempre que se cumplan unas determinadas condiciones que lo fundamenten.

La Unión Europea pretende así buscar una cohesión interna, que también viene dada por la necesidad de alcanzar unos niveles de prestación de servicios personales homogéneos dentro de Europa y cimentar la creación de un pueblo europeo unido por unos valores comunes, donde también es importante alcanzar una cierta homogeneidad en el nivel de prestaciones personales o sociales. Recordemos que la Unión Europea es ante todo un mercado y por esta razón su primer ámbito competencial son aquellas actividades de relevancia y contenido económico, desde las que posteriormente, trabajará también la dimensión social que progresivamente se va imponiendo en el proyecto europeo[10].

ARANZADI

8. BUENDÍA SIERRA, J. L.; Rodríguez Mínguez, J. A., «Ayudas de estado y servicios de interés económico general: ¿BUPA versus ALTMARK?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia,* núm. 9, (2009), pp. 49 y ss.
9. ROSADO PACHECO, S., «La libre competencia, los servicios de interés general y el servicio público» en *Los nuevos desafíos del derecho público económico: homenaje al profesor José Manuel Sala Arquer*, Congreso de los Diputados, 2020, pp. 1317-1352.
10. Los servicios no económicos de interés general pueden tener contenido económico, pero en los que se entiende que predomina su carácter solidario y redistributivo, o su vinculación a funciones que son propias de la soberanía popular. En algunos casos la Comisión ha encuadrado dentro de los servicios de interés general a los servicios sociales y en particular los prestados por las llamadas empresas sociales. Así, por ejemplo, la salud, la educación y la asistencia social. En este sentido, hay que señalar que cuando prevalece el criterio de la solidaridad frente a la actividad comercial o económica estamos ante SIG no económicos. Sin embargo, cuando lo que prevalece es la actividad comercial, aunque tenga tintes de interés general, entonces nos encontramos ante un Servicio Económico de Interés General. En última instancia la financiación es el elemento distintivo. Así, cuando las actividades se financian con impuestos (financiación de forma solidaria o redistributiva) estamos ante SIG no económicos, como ocurre con la enseñanza gratuita obligatoria, el seguro obligatorio de salud en ciertos países etc. Por el contrario, los servicios económicos son costeados por los usuarios, lo que no excluye que el principio de solidaridad pueda jugar en alguna medida algún papel. En cambio, los servicios no económicos requerirán ser financiados con fondos públicos, lo que no impide que también puedan estar sujetos a

La intervención de la Unión Europea desde esta perspectiva se manifiesta fundamentalmente a través de los llamados sectores regulados, que son aquellos que el Derecho de la Unión Europea califica como de interés general, habilitando excepciones a las reglas de mercado. Se trata de servicios como la electricidad, el gas, telefonía e internet, transportes y servicios postales. La definición y declaración de otros servicios económicos de interés general distintos de los mencionados queda a la competencia declarativa de los estados, ostentando únicamente las instituciones europeas un papel de supervisión y control de dicha declaración y de las excepciones a las reglas del mercado articuladas de acuerdo con el principio de proporcionalidad[11].

Los servicios económicos de interés general sujetos a regulación armonizada constituyen el reconocimiento por parte de la Unión Europea de un conjunto de actividades económicas que deben quedar preservadas de las reglas de la libre competencia y el libre mercado dado su carácter esencial para la ciudadanía[12]. El reconocimiento y declaración europea de estos sectores supone que implícitamente, la Unión Europea integra una vertiente, o componente social en su regulación que es indisponible para los estados. Los principios del Derecho comunitario relativos a la libertad de circulación de las personas, no discriminación, libertad de prestación de servicios, libertad de establecimiento y las normas en materia de competencia y prohibición de

ARANZADI

una contraprestación económica a cargo de los usuarios. Por esta razón no se someten las normas del mercado interior ni a las normas de la competencia, aunque sí se someten en cambio a los principios generales de los Tratados, tales como el principio de igualdad y no discriminación.

11. Se reconoce a los estados libertad para definir determinadas prestaciones o servicios como de interés general. En cada sector concreto, el protagonismo corresponde en primer término a cada estado miembro que es el competente para definir en cada caso el interés general y sus exigencias en términos de servicio universal, obligaciones de servicio público y establecer en su caso las compensaciones correspondientes a las empresas que hayan de asumir y soportar dichas obligaciones. A la Comisión y al TJUE le corresponderá examinar la compatibilidad de los medios empleados con los compromisos europeos, en base al criterio del error manifiesto. La declaración de una actividad como SIEG supone un título habilitante para la intervención del estado que puede conllevar distinto grado de intensidad, incluso el monopolio (ej. Gestión de residuos, abastecimiento de aguas...). Así, cada país puede declarar sus propios servicios de interés general que no tienen por qué coincidir con los de otros estados. La Unión Europea solo interviene en caso de error manifiesto. Así, el servicio de farmacia en algunos países, o servicios funerarios, banca, seguros bolsa, podrían declararse SIEG. En España si se han declarado SIEG las empresas de inserción laboral. Estas declaraciones por parte de los estados permiten excepcionar las reglas del mercado interior y la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE con base a lo establecido en los artículos 14 y 106 del TFUE.

12. FOURNIER, E. G., «Essential facilities y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar: Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. *205*, (2002), pp. 77-95.

ayudas estatales se aplican a todo tipo de actividades económicas, públicas o privadas[13]. Sólo las actividades declaradas como SIEG escaparan del régimen jurídico general previsto para las actividades económicas con la finalidad de garantizar a los ciudadanos unas prestaciones esenciales.

La creación, años más tarde, de la categoría de los SIG implicará que la Unión Europea empieza a adoptar políticas sociales y de cohesión que hacen necesario poner el acento también en otros servicios, y no exclusivamente en aquellos que tienen carácter económico. Sin embargo, el campo de actuación de la Unión Europea en esta materia es muy reducido, ya que se centra sobre todo en una categoría de servicios de interés general, que son los servicios económicos de interés general, dejando a los estados libertad para establecer sus propias consideraciones en lo que se refiere a los servicios sociales que no tienen carácter económico.

2. EL COMPONENTE SOCIAL DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Tradicionalmente considerados desde el punto de vista de su dimensión económica y de su importancia en el proceso de integración europea, los SEIG presentan también una vertiente o dimensión social desde la cual pueden contribuir a los logros de los objetivos de la política social. El acceso efectivo a los servicios esenciales de calidad, tales como el agua, el saneamiento, la asistencia sanitaria, la energía[14], el transporte[15], los servicios financieros y las comunicaciones digitales[16] son condición para garantizar la inclusión social y económica, luchar contra la pobreza y garantizar unas condiciones de vida dignas, objetivos todos ellos de la política social europea y objetivos generales del proyecto comunitario.

ARANZADI

Por ello y paradójicamente, es a través de las competencias que la Unión Europea ostenta sobre los SEIG como las instituciones comunitarias han podido incidir de manera más sustancial en el desarrollo de los objetivos sociales, especialmente en lo que se refiere a la lucha contra la exclusión, el fomento de la inclusión social y la lucha contra la pobreza. A través del ejercicio de esta competencia, la Unión Europea ha establecido, en el marco

13. CARLÓN RUIZ, M., Novedades en la financiación de los servicios de interés económico general desde la perspectiva del control europeo de las ayudas del estado, *Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo,* (2012), pp. 285-296.
14. MUÑOZ MACHADO, S., Derecho de la regulación económica, Sector energético, (vol. III), Iustel, 2010.
15. MUÑOZ MACHADO, S., Derecho de la regulación económica, Transportes, (volumen VI), Iustel, 2010.
16. MUÑOZ MACHADO, S., Derecho de la regulación económica, Telecomunicaciones, (vol. IV), Iustel, 2010.

de sus políticas sectoriales sobre los sectores regulados, marcos reglamentarios relativos a los servicios de interés general, que incluyen medidas de protección a los consumidores, prácticas de contratación pública y obligaciones sobre prestación de servicios mínimos, en particular en el marco de los sectores regulados, a través de las cuales hacer efectiva la dimensión social de los servicios de interés general[17]. El servicio universal, las obligaciones de servicio, o la regulación del Reglamento General de Exención por categorías son buenos ejemplos del uso de técnicas que promueven y facilitan la utilización de los SEIG con fines sociales.

El objetivo de la Unión Europea al reglamentar estos sectores ha sido el de habilitar a los estados a establecer excepciones al mercado interior en aras del interés general. Por eso, esta reglamentación se ha fijado más en este aspecto técnico, que en concretar las garantías de los ciudadanos en el acceso a esos servicios esenciales. Por esta razón, la regulación sectorial europea no ha definido en todos los casos los servicios mínimos que deben quedar asegurados, su calidad, su regularidad, o los criterios de un precio asequible. El derecho de los ciudadanos a los servicios esenciales no queda por tanto totalmente delimitado por la legislación europea, lo que dificulta la aplicación de unos estándares uniformes en el marco comunitario, que obviamente repercuten en el acceso de los ciudadanos a los servicios esenciales en condiciones de igualdad, y en definitiva la consecución del objetivo de cohesión social[18].

ARANZADI

La contribución de la Unión Europea a la consecución de los objetivos sociales a través de los SEIG se basa en las excepciones y permisiones a las reglas del mercado interior que el artículo 106 del TFUE habilita a establecer a los estados, siempre en aras del interés general. Así, las políticas sectoriales de la Unión Europea y los marcos reglamentarios relativos a los servicios de interés general, especialmente en aquellos aspectos que se refieren a la protección del consumidor, a la regulación de las prácticas de contratación y al establecimiento de obligaciones sobre la prestación de servicios mínimos son actuaciones dentro del ámbito competencial de la Unión Europea que permiten acometer los objetivos de la política social.

Este contenido jurídico sirve de marco para apoyar las intervenciones de los estados miembros en lo que a la dimensión social de los SEIG se refiere. Ello dará lugar a un estado regulador[19], y no prestador de servicios

17. RUIZ OJEDA, A.; ZAMORA ROSELLÓ, M. R., Regulación y competencia en servicios de interés general (SIEG): análisis sectoriales y comparativos, Universidad de Málaga/Debates, 2017.
18. SOJO, A., La cohesión social democrática como guía de las políticas públicas: una perspectiva conceptual y metodológica renovada, *Serie aprendizajes en cohesión social, Colección Euro social*, núm. 1 (2018), pp. 8-32.
19. MUÑOZ MACHADO, S., Derecho de la regulación económica, Fundamentos e instituciones de la regulación, (vol. I). Iustel, 2010.

esenciales, no solo en el ámbito de los servicios de sociales de solidaridad, sino también en el ámbito económico, que será quien garantice que nadie va a ser excluido del acceso a los servicios básicos y esenciales[20]. A través de esta estrategia, se contribuye a garantizar y mejorar el acceso a los bienes y servicios esenciales y a la accesibilidad de estos De esta forma, los estados acometerán contenidos sociales a través de las excepciones a las reglas del mercado interior que la Unión Europea autoriza a los estados a establecer en aras al interés general. En este sentido, por ejemplo, se modifica el Reglamento General de exención por categorías[21] y la guía sobre servicios de interés económico general, con el objetivo de dar una mayor proyección social a los servicios económicos de interés general.

La regulación de los SIEG está dentro de las atribuciones exclusivas de la Unión Europea para el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior. Igualmente, las competencias compartidas entre la Unión Europea y los Estados miembros en materia de mercado interior habilitan a la Unión Europea a regular los servicios económicos de interés general.

La Unión Europea y los estados miembros deben velar por que los SIEGE ayuden a conformar ese mercado interior como objetivo fundamental del proyecto comunitario. En este entorno jurídico, el artículo 14 del TFUE señala que el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán mediante reglamentos los principios y condiciones del régimen jurídico de los SIEG con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los estados miembros, dentro del respeto de los tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios de la forma que se ajuste mejor a las necesidades de los usuarios.

ARANZADI

El artículo 106 del TFUE habla en su apartado 1 de servicios ordinarios y actividades económicas de prestación de bienes y servicios en el mercado, sometidos a las normas de la libre competencia que no requieren la intervención del estado al amparo del interés general. El apartado 2 hace refe-

20. MONTERO PASCUAL, J. J., «La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 12, (2014), pp. 23 y ss.

21. Reglamento (UE) 651/2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, modificado por el Reglamento (UE) 2017/1084. El Reglamento pretende facilitar que los estados de la Unión Europea puedan otorgar subvenciones a determinadas empresas sin necesidad de solicitar el permiso previo de la Comisión Europea, lo que es especialmente interesante en el caso de ayudas de carácter social para el transporte en favor de residentes en regiones alejadas; ayudas para infraestructuras de banda ancha, y en general aquellas referidas a infraestructuras y servicios esenciales.

rencia a los SIEG. Al igual que los anteriores tienen connotación económica, son actividades de prestación de bienes y servicios en el mercado, pero hay un elemento de interés general que requiere la injerencia de la administración para satisfacer necesidades que el mercado no va a proveer. Estos SGIG también van a estar sometidos a las reglas de la competencia, pero siempre que la aplicación de esas reglas no dificulte u obstruya la misión de interés general que les es consustancial.

En el artículo citado se parte de la idea de que las actividades económicas y los sujetos que las prestan están sometidos a las reglas del mercado interior a condición de que ello no les impida cumplir la misión de interés general que tienen encomendada. Este artículo y la admisión de excepciones que comporta refleja la idea del mercado interior en su pretensión de crear un espacio económico sin fronteras interiores basado en la libre iniciativa y competencia, aunque ello, como hemos visto, no excluye ciertas excepciones o correcciones a esta regla siempre que ello sea necesario para satisfacer necesidades de interés general.

Para la inaplicación de las normas del tratado se exige que su aplicación impida y no simplemente que haga más difícil el cumplimiento de la misión de interés general que la empresa tenga encomendada. Se requiere en definitiva que el mismo resultado no pueda conseguirse con medidas menos rigurosas. No obstante, aquí se detecta una evolución jurisprudencial en la aplicación del artículo 106.2, ya que se viene aceptando como criterio habilitador de la excepción que la aplicación de las normas generales del tratado impida el cumplimiento de la misión general en condiciones económicamente aceptables, en contraposición con la jurisprudencia anterior que exigía que se viera amenazado el equilibrio económico financiero, o lo que es lo mismo, la viabilidad económica de la empresa.

ARANZADI

La aplicación de este criterio permite que los estados puedan articular la prestación del servicio mediante un régimen de derechos exclusivos que permita un sistema de subvenciones cruzadas según el cual unos territorios más rentables financien otros más deficitarios.

Se reconoce discrecionalidad de los estados para prestar, hacer que se presten y organizar los SIEG de acuerdo con el principio de subsidiariedad y eficacia. En este reconocimiento hay que ver un apoyo expreso a favor de las políticas descentralizadoras en favor de los entes locales y a la subsistencia de los monopolios locales[22].

22. DE LA HIGUERA-MOLINA, E. J., ZAFRA GÓMEZ, J. L., «Ciclos políticos y factores explicativos de la externalización de servicios públicos en los gobiernos locales», *Revista de estudios regionales,* núm. 112, (2018), pp. 105 y ss.

Con todo, la regulación de una actividad como Servicio Económico de Interés General está sometida a ciertas restricciones. Así, los medios utilizados para cumplir la misión de interés general no deben crear restricciones innecesarias al comercio. Es decir, las excepciones o restricciones a la competencia no deben exceder de lo necesario para garantizar el cumplimiento específico de la misión de interés general. Así, cuando el servicio de interés económico general tenga carácter comercial su compatibilidad con la libre competencia queda asegurada con la expresa aceptación de las derogaciones parciales de ésta que guarden la debida proporción con aquel interés. Igualmente, la regulación estatal no debe favorecer o amparar prácticas anticompetitivas, tales como precios abusivos, negativa a la prestación de servicios etc.[23]. Es decir, la exención a las normas del mercado interior debe tener presente el derecho de la competencia.

Por otro lado, la posible inaplicación de las normas de los Tratados no debe afectar al desarrollo de los intercambios de manera contraria al interés de la Unión Europea (principio de proporcionalidad, artículo 106.2 *in fine* del TFUE).

En resumen, puede decirse que la posibilidad de excepcionar la aplicación del régimen de la competencia, cuando concurran determinadas circunstancias, puede basarse en dos premisas: que la aplicación de las normas de la competencia impida el cumplimiento de la misión encomendada a la empresa gestora del SIEG y que la inaplicación de las normas de la competencia no sea contraria al interés de la Comunidad. Dos premisas que se han dado en denominar el *test* de la proporcionalidad. Lo cierto es que en lo que se refiere a los Servicios Económicos de Interés General, la Unión Europea se ha centrado más en su dimensión económica y en su importancia para la integración económica que en el aspecto referente a su dimensión social.

ARANZADI

3. EL ACCESO A LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL EN EL MARCO DE LA POLÍTICA SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea se ha centrado más en la dimensión económica de los SEIG que en su papel como instrumento para contribuir al desarrollo de la dimensión social del proyecto europeo. Se analizan en los epígrafes siguientes estas connotaciones sociales.

23. LAGUNA DE PAZ, J. C., Servicios de interés económico general, Thomson-Civitas, 2009, pp. 30 y ss.

3.1. Derechos sociales de los ciudadanos europeos: el derecho de acceso a los servicios de interés general

A) El derecho de acceso a los servicios de interés general en los Tratados

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que figura como una declaración solemne de las instituciones comunitarias anexa al Tratado de Niza, supone un paso adelante en el reconocimiento de los derechos de acceso general e incondicionado de los ciudadanos a los beneficios y prestaciones de los servicios de interés general y del servicio universal. Al instituir la ciudadanía de la Unión y también al establecer una dimensión cada vez más social de la Unión Europea se sitúa a la persona en el centro de la actuación de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea confiere carácter vinculante a los derechos sociales enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al dotar a la Carta del mismo valor jurídico de los Tratados.

La Carta, resulta fundamental al unir los servicios de interés económico general con los derechos fundamentales[24] de una forma explícita, como así hace en su artículo 36. Aunque no se establece un derecho subjetivo y sus correlativos recursos[25] en favor de los particulares, los ciudadanos, según el sistema de recursos de cada estado, podrán denunciar las regulaciones nacionales y comunitarias del servicio universal y de los servicios de interés general, con fundamento en el incumplimiento de los mandatos de la Carta, que goza del mismo valor de los Tratado, y de acuerdo con el principio de primacía del derecho comunitario que desplaza la legislación nacional[26]. El objetivo de la integración política lleva a la necesidad de crear una comunidad europea unido por unos valores comunes, y ello lleva también al reconocimiento de unos derechos políticos.

ARANZADI

Por otra parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce en su artículo 14 el lugar que los SIEG ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como su contribución a la cohesión social y territorial,

24. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. El reconocimiento y configuración del derecho a una buena regulación como derecho fundamental en la Unión Europea y su interrelación con la garantía de acceso de los ciudadanos a los servicios económicos de interés general en, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia: Los nuevos paradigmas del Derecho de la regulación de la actividad económica en la Unión Europea. Repensar las interrelaciones entre Estado social de Derecho, sociedad y justicia en un mundo abierto*, 2023, pp. 181 y ss.
25. GILL, C., WILLIAMS, J., BRENNAN, C., & HIRST, C., «Designing consumer redress: A dispute system design (DSD) model for consumer-to-business disputes», Legal *Studies,* núm. *36*(3), (2016), pp. 438 y ss.
26. GILL, C., CREUTZFELDT, N., WILLIAMS, J., O'NEILL, S. & VIVIAN, N., Confusion, gaps, and overlaps: A consumer perspective on the UK's alternative dispute resolutions (ADR) landscape, 2017. https://eresearch.qmu.ac.uk/handle/20.500.12289/4942

por lo que señala que la Unión Europea y los estados velarán por que dichos servicios funcionen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido. El citado artículo 14 del TFUE enfatiza la responsabilidad conjunta de la Unión Europea y sus estados miembros en esta materia. En realidad, este artículo crea una nueva base jurídica que permite a las instituciones europeas (Consejo y Parlamento) legislar en forma de reglamentos a los efectos de fijar los principios y condiciones a los que han de ajustarse los SIEG para cumplir su cometido, de forma que son además de una de las grandes declaraciones formales que figuran en la Carta, uno de los valores fundamentales de la Unión con el mismo nivel que el resto de los principios estructurales[27].

La inclusión del Protocolo N.º 26 en el Tratado de Lisboa, destinado exclusivamente a regular los servicios de interés económico general, con exclusión de los no económicos subraya el progresivo protagonismo de tales servicios, que se completa con la atribución a la Unión de la competencia para regular los requisitos y las condiciones económico-financieras de los servicios de interés general que figuran en el artículo 14 del TFUE.

B) El derecho de acceso a los servicios económicos de interés general en el derecho derivado: la indeterminación del contenido

ARANZADI

El objetivo de la Unión europea al reglamentar estos sectores ha sido el de habilitar a los estados a establecer excepciones al mercado interior en aras del interés general. Por eso, esta reglamentación se ha fijado más en este aspecto técnico, que en concretar las garantías de los ciudadanos en el acceso a esos servicios esenciales. Así, la regulación sectorial europea no ha definido en todos los casos los servicios mínimos que deben quedar asegurados, su calidad, su regularidad, o los criterios de un precio asequible. El derecho de los ciudadanos a los servicios esenciales no queda por tanto totalmente delimitado por la legislación comunitaria, lo que dificulta la aplicación de unos estándares uniformes en el marco comunitario, que obviamente repercuten en el acceso de los ciudadanos a los servicios esenciales en condiciones estandarizadas para toda la Unión Europea.

En la reglamentación de estos sectores regulados, la Unión Europea no ha definido en todos los casos los servicios mínimos que deben quedar asegurados para garantizar su calidad, su regularidad, o las condiciones para un precio asequible. El derecho de los ciudadanos a los servicios esenciales no queda por tanto totalmente delimitado por la legislación europea, lo que dificulta la aplicación de unos criterios uniformes en el marco comunitario.

27. LINDE PANIAGUA, E., Principios del Derecho de la Unión Europea, 6.ª, Madrid. Colex, 2017.

Ello potencia la construcción del mercado interior, pero deja en la indefinición los aspectos sociales que conlleva la garantía de acceso a los servicios esenciales, cuyo contenido concreto tendrá que ser definido por los estados, en detrimento de la uniformidad de los derechos de los ciudadanos europeos a este respecto y de la idea de la cohesión social.

Así, por ejemplo, en lo que se refiere al sector eléctrico, la Directiva 2019/944 del Parlamento Europea y del Consejo, de 5 de junio de 2019 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE, establece obligaciones generales para los estados, pero no llega a concretar los estándares de calidad, regularidad, acceso o precio que deben tener asegurados los ciudadanos en relación a estos servicios[28]. Así, por ejemplo, resulta de los artículos 9, 10 y 11 de la citada Directiva, cuando alude a las obligaciones de servicio público, a los derechos contractuales básicos, o al derecho a un contrato con precios dinámicos de electricidad.

En el caso de los servicios postales, la Directiva 97/67/CE relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Unión y la mejora de la calidad del servicio, sí establece obligaciones de servicio público concretas, que incluye un servicio de recogida desde los puntos de acceso y entrega de cinco días laborales por semana, con algunas excepciones; la recogida, clasificación, transporte y entrega de los paquetes postales de hasta 10 kg, así como servicios para envíos certificados y envíos con valor declarado. Esto implica que, en el ámbito postal, el derecho al servicio postal universal sí especifica obligaciones concretas. La calidad de los servicios también es objeto de especificación en el anexo II de la Directiva. Sin embargo, los precios de los servicios postales se concretan a nivel de principios, de forma que nuevamente encontramos normas generales que deberán desarrollar los estados. Así, la Directiva especifica que las tarifas del servicio universal deben cumplir los siguientes principios: ser asequibles para todos los usuarios; ser transparentes y no discriminatorias; fijarse teniendo en cuenta los costes y de modo que ofrezcan incentivos para la prestación eficiente del servicio universal. Igualmente, se señala que deben mantenerse unas tarifas uniformes por razones de orden

ARANZADI

28. En todo caso, es necesario señalar que el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo TEN/691 «Transporte, energía y servicios de interés general como motores del crecimiento sostenible en Europa a través de la revolución digital» pone de manifiesto que todos los europeos deben tener acceso a una energía segura, sostenible y asequible, siendo este el objetivo principal de la Unión de la Energía. En embargo, en el Dictamen se pone de manifiesto también la decepción por las diferencias en los precios de la energía, en los diferentes estados miembros, lo que pone de manifiesto un fallo en el mercado único de la energía.

público. Si existen tarifas especiales, por ejemplo, para empresas, estas no deben ser discriminatorias y sí transparentes.

En materia de telecomunicaciones[29], la Directiva 2018/1972 del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, define en sus artículos 84 y siguientes las condiciones de acceso al servicio universal, la asequibilidad del precio[30], o la calidad del servicio en términos generales que después deberán definir los estados[31].

Por lo que se refiere a los Transportes, el Reglamento 1370/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 23de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos 1191/69 y 1107/70 del Consejo tampoco concreta el contenido de las obligaciones de servicio público, que únicamente contempla a los efectos de excepcionar las reglas del mercado interior. Por su parte, el Reglamento 181/2011 del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar, que modifica el Reglamento 2006/2004 no contiene disposiciones sobre el servicio universal, ni sobre las condiciones de acceso, o regularidad del servicio. Sus disposiciones se centran en el derecho de información, indemnización y asistencia a personas con discapacidad, o movilidad reducida[32].

ARANZADI

29. GONZÁLEZ GARCÍA, J, «Protección de los usuarios de las comunicaciones electrónicas». En De la Quadra Salcedo y Fernández del Castillo (Dir.), *Derecho de las telecomunicaciones: adaptado a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones*, Thomson Reuters-Civitas, 2015, pp. 697-753.
30. WADDAMS, C., & DELLER, D., «Affordability of Utilities» Services: Extent, Practice, Policy. Centre on Regulation in Europe, 2015.
31. Así el artículo 84 de la Directiva señala que los Estados miembros velarán porque todos los consumidores en su territorio tengan acceso, a un precio asequible, habida cuenta de las condiciones nacionales específicas, a un servicio de acceso adecuado y disponible a una internet de banda ancha y a servicios de comunicaciones vocales con la calidad especificada en su territorio, incluida la conexión subyacente en una ubicación fija. Por otra parte, cada Estado miembro, a la luz de las condiciones nacionales y del ancho de banda mínimo del que disfruta la mayoría de los consumidores en su territorio, y teniendo en cuenta el informe sobre buenas prácticas del ORECE, definirá el servicio de acceso a una internet de banda ancha a los efectos del apartado 1 con vistas a garantizar el ancho de banda necesario para la participación social y económica en la sociedad. El servicio de acceso adecuado a una internet de banda ancha será capaz de suministrar el ancho de banda necesario para soportar al menos el conjunto mínimo de servicios que figura en el anexo V.
Véase también LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones: regulación y mercado,* Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.
32. GARCÍA ÁLVAREZ, B., «Los derechos de los viajeros en la Unión Europea: a propósito de la Comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo de 19 de diciembre de 2011», *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. *4*(2), (2012), pp. 283 y ss.

Por su parte, el Reglamento 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril, establece en su anexo III unas normas mínimas de calidad del servicio que se refieren a la puntualidad del transporte y algunos principios generales para hacer frente a las perturbaciones en los mismos, tales como cancelaciones de servicios; limpieza del material rodante y de las instalaciones de las estaciones (calidad del aire en los vagones, higiene de las instalaciones sanitarias, etc.); estudios sobre satisfacción de los usuarios y tramitación de reclamaciones, reembolsos e indemnizaciones por el incumplimiento de las normas de calidad del servicio, así como prestación de asistencia a las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida.

En el caso del transporte aéreo, el Reglamento 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad tampoco concreta las obligaciones de servicio público, ni el derecho y condiciones de acceso de los ciudadanos a los servicios de trasporte aéreo. Solo se establecen referencias genéricas a las obligaciones de servicio público, que habilitan a los estados a establecer determinadas excepciones a las reglas del mercado interior, tales como la concesión de derechos exclusivos, pero que dejan a la consideración de los estados la concreción de dichas obligaciones. Finalmente, el Reglamento 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos profundiza en la vertiente social de los servicios económicos de interés general, pero no subsana la carencia apuntada antes, referente a la uniformidad del derecho de acceso a los servicios esenciales en el transporte aéreo.

ARANZADI

Todo ello confirma que en lo que se refiere a los Servicios Económicos de Interés General, la Unión Europea se ha centrado más en su dimensión económica y en su importancia para la integración económica que en el aspecto referente a su dimensión social. Así lo confirma el hecho de que se incida más en la vertiente social de protección desde la perspectiva de protección de los derechos de los consumidores y usuarios[33], que desde el punto de vista del derecho de los ciudadanos a acceder a los servicios esenciales.

33. CARTWRIGHT, P. «Redress compliance and choice: enhanced consumer measures and the retreat from punishment in the consumer rights Act 2015» *The Cambridge Law Journal*, núm. *75*(2), (2016), pp. 271-300. Igualmente, WAGNER, G., Private law enforcement through ADR: Wonder drug or snake oil? C*ommon Market Law Review*, Issue 1, (2014), 165-194. https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/51.1/COLA2014006

3.2. El estado regulador como estado garante del acceso de los ciudadanos a los derechos sociales

Como hemos visto, la contribución de la Unión Europea a la consecución de objetivos sociales a través de los sectores regulados se basa en el régimen de excepciones y permisiones a las reglas del mercado interior. Ello presupone la existencia de un estado regulador que garantice que nadie va a ser excluido de la prestación de servicios y que acomete contenidos sociales sirviéndose de las excepciones a las reglas del mercado interior a la que le autoriza el artículo 106 del TFUE.

La declaración de una actividad como servicio económico de interés general constituye el título habilitante que permite a los poderes públicos nacionales intervenir determinados sectores económicos de actividad excepcionando las reglas de libre mercado y de libre competencia, en razón del interés público que está presente en dicha actividad y en base a su carácter básico y esencial para la comunidad[34]. Esa intervención permite modular la aplicación de las normas sobre el mercado interior y libre competencia estableciendo restricciones a esas actividades que están basadas en el interés general. En consecuencia, la intervención de los poderes públicos en el mercado, restringiendo las reglas de su libre funcionamiento deben sustentarse en un título justificativo que es el interés general. Esa causa justificada de interés general se concreta en el concepto de SIEGE. Esta etiqueta, adherida a una actividad económica de prestación otorga legitimación a los poderes para intervenir en ese sector de actividad exceptuando o excepcionando las reglas del mercado. La declaración de una actividad como SIEGE impone la aplicación de un régimen excepcional, en cuanto se articula como técnica de corrección del mercado para garantizar la prestación o el suministro de servicios o bienes que se consideran básicos o esenciales para la comunidad.

ARANZADI

La intervención pública en estos sectores regulados debe responder al principio de proporcionalidad. En este sentido, el primer elemento de intervención pasa por la definición del concepto de interés general. En el régimen tradicional español la intervención pública partía de la publicatio, declaración de una actividad como servicio público[35], pero en ningún momento los poderes públicos estaban obligados a identificar el interés general que justificaba la declaración[36]. La publicatio desencadenaba un compromiso polí-

34. MONTERO PASCUAL, J. J., Regulación económica: la actividad administrativa de regulación de los mercados, Tirant lo Blanch, 2020.
35. TORNOS MAS, J., «El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario», *Revista de Administración Pública,* núm. 200, (2016), pp. 193-211.
36. HANCHER, L., SAUTER, W., «Public services and EU Law», European *Union Law,* núm. *66, (2014),* pp. 539 y ss.

tico de buena gestión, pero no desencadenaba obligaciones concretas. Por el contrario, con el nuevo régimen de intervención comunitario se parte de la concreta definición del interés general que se pretende garantizar, y esto es clave para después aplicar el juicio de proporcionalidad. Así tenemos una objetivación del interés general, de las obligaciones que se van a imponer, de los costes que va a generar la prestación del servicio y por tanto de la financiación. Esta objetivación del régimen supone una mejora desde el punto de vista de la política pública.

De acuerdo con el principio de subsidiaridad, la definición de interés general, corresponde a los estados, y en concreto en España corresponde al legislador a través de norma de ley, Extraordinariamente se contempla la posibilidad de definición del interés general por parte de la Unión Europea. En dos supuestos: en caso de error manifiesto por el estado miembro en la definición de ese interés general. Es decir, en casos donde sea evidente que no existe ese interés general y a pesar de ello el estado persiga la creación de artificiales motivos de interés general; también en aquellos supuestos en que son las instituciones las que definen los objetivos de interés general. Así ocurre en el caso de las telecomunicaciones[37] o el sector postal (días en que debe haber reparto postal, los plazos de entrega). En el caso ferroviario la definición del interés general se define por los estados, concretando horarios, frecuencia etc.

ARANZADI

Definido el interés general, se define si debe haber obligaciones de servicio público y se realiza un acto de atribución de dichas obligaciones. El operador va a prestar los servicios de interés general y lo que se plantea *a posteriori* es la compensación del coste que genera al operador la prestación de estas obligaciones de servicio público[38]. En todo caso, esa compensación está sujeta a unos límites, ya que no puede ser tan generosa que se convierta en un privilegio para el operador, llegando a constituir ayudas publica contrarias al tratado.

3.3. La concreción del interés general y del contenido del derecho de acceso a los servicios esenciales

A) El servicio universal

Conforme hemos señalado, el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea configura el acceso a los servicios econó-

37. GONZÁLEZ GARCÍA, obra cit., pp. 697 y ss.
38. RODRÍGUEZ CURIEL, J., «Inexistencia de ayuda de Estado en la mera compensación por obligaciones de servicio público», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia,* núm. 26, (2001), pp. 90 y ss.

micos de interés general como un derecho de los ciudadanos[39]. Es decir, se trata de servicios a los que todos deben tener acceso, de forma que ha de garantizarse la accesibilidad, independiente de la rentabilidad económica de la prestación, o de la situación económica o geográfica del usuario. Pero, además, deben prestarse conforme a unos determinados estándares o criterios de calidad[40]. Para asegurar la universalidad, regularidad y calidad de las prestaciones o suministros se deben articular unos mecanismos que garanticen estos objetivos y así aparecen conceptos adyacentes al concepto de SIEGE, tales como servicio universal, obligaciones de servicio público, o régimen de ayudas públicas.

De esta manera, y por definición, los servicios de interés general conllevan la imposición de obligaciones de servicio público que recaen sobre los prestadores de esos servicios. Entre esas obligaciones está el servicio universal, que obliga a las empresas a garantizar determinadas prestaciones a todos los ciudadanos en condiciones de calidad, regularidad y asequibilidad. Es decir, se trata de servicios a los que todos deben tener acceso, independiente de la rentabilidad económica de la prestación, o de la situación económica o geográfica del usuario. Pero además deben prestarse conforme a unos determinados estándares o criterios de calidad.

Sobre la base de las excepciones a las reglas del mercado interior, y de la regulación europea de los servicios generales, los estados han diseñado también tangencialmente su propia dimensión social de estas actividades, desarrollando o aplicando las directrices marcadas por las normas europeas en el ámbito interno.

ARANZADI

Un ejemplo paradigmático que ilustra esta afirmación se da en el sector de las telecomunicaciones[41] en donde la legislación obliga a proporcionar a los usuarios una conexión a la red telefónica pública que posibilite el acceso funcional a internet[42] y acceder a la prestación del servicio telefónico con independencia de su localización geográfica, a un precio asequible y con

39. ZEMANEK, J., Access to Services of General Economic Interest Under Article 36 of the Charter of Fundamental Rights EU and the National Law. En *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Springer, 2016.

40. VERA PARISIO I CUDOLÁ, V.; NOGUERA DE LA MUELA, B., Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos, Tirant lo Blanch, 2016.

41. Véase ÁLVAREZ, L. I., GARRIDO CUENCA, N. Artículo 38. Derechos de los consumidores y los usuarios finales. En García de Enterría, Eduardo, Comentarios *a la Ley General de Telecomunicaciones: Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, (627-670), Thomson-Civitas, 2004, pp. 627 y ss.

42. La Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital reconoce que toda persona debe tener acceso en línea a los servicios públicos esenciales de la Unión Europea. No debe pedirse a nadie que facilite datos con más frecuencia de la necesaria al acceder a los servicios públicos digitales y utilizarlos.

una calidad determinada[43]. Así, Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones en su artículo 37 establece que la velocidad mínima de acceso a internet se fija en 10 Mbit en sentido descendente y que por real decreto podrá subir a 30 Mbits con aspiración de que llegue a 100 Mbits en un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley, según establece su Disposición Adicional Trigésima. Todo ello con la finalidad de que la velocidad de conexión permita el acceso a una serie de servicios como la administración electrónica, el correo electrónico, o plataformas de búsqueda de empleo a fin de garantizar la cohesión social y territorial que está siempre omnipresente en los servicios económicos de interés general.

En el caso de la energía, la Directiva 2012/27/UE establece el derecho de todos los ciudadanos a una conexión a las redes energéticas, así como a elegir cualquier proveedor de electricidad que preste servicios en su zona[44].

Para los transportes, las obligaciones de servicio público imponen a los concesionarios de servicios de transportes regulares de viajeros por carretera determinados trayectos, que se otorgarán por concesión conforme a un sistema de límites tarifarios que garantice su asequibilidad, conforme a lo previsto en los artículos 71 y siguientes de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres[45].

En el caso de las líneas aéreas, las licitaciones permiten seleccionar la compañía que operará una determinada ruta que por su insularidad o carácter periférico no resulte rentable a las empresas, previa compensación económica. E incluso en el caso de que la licitación quede desierta, la normativa comunitaria permite imponer este servicio a las empresas en forma de obligación de servicio público. Así resulta del artículo 16 del Reglamento 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad. Su artículo 17 regula los procedimientos de licitación para las obligaciones de servicio público.

ARANZADI

43. CHINCHILLA MARÍN, C., CARLÓN RUIZ, M., Del servicio público al servicio universal: el caso de las telecomunicaciones. En De la Quadra Salcedo, T., Fernández del Castillo, T. (Dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones,* Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2003.
44. PÉREZ, A. E., «El acceso a las redes de transporte y distribución». En Muñoz Machado, Santiago (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. 3 Tomo, Iustel, 2010, pp. 631-687.
45. «Con objeto de garantizar la cohesión territorial, los contratos de gestión de los servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general se adjudicarán por la Administración con carácter exclusivo, no pudiendo otorgarse otros que cubran tráficos coincidentes, salvo en los supuestos que reglamentariamente se exceptúen por razones fundadas de interés general». Así lo establece el artículo 72 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

B) El acceso a colectivos con necesidades especiales

Al tratarse de servicios básicos, su prestación tiene que garantizarse a todos los ciudadanos, pero muy especialmente a aquellos que tienen necesidades especiales, o que presentan cierto grado de vulnerabilidad[46]. A este respeto, el estado regulador, ha previsto una serie de obligaciones que se aplican sobre las empresas y que van dirigidas a asegurar a estas categorías de usuarios el acceso a estos servicios esenciales[47]. Hay que tener en cuenta el papel que tienen los servicios de interés general en la cohesión social. En este sentido, es importante que se preste especial atención a estos colectivos. Podemos diferenciar dos grupos de ciudadanos con necesidades especiales: aquellos que se incardinan en esta categoría por razones económicas y los que lo están por razones de movilidad, o discapacidad.

Al margen de la excepción ibérica, articulada para abaratar el precio de la energía eléctrica[48], el bono social es el instrumento con el que se trata de hacer accesible y asequible el suministro de ciertos servicios básicos a personas con dificultades económicas. En este sentido, en el ámbito de la energía eléctrica[49], se han previsto tres categorías de consumidores con derecho a su obtención[50]. La primera de ellas es la de consumidor vulnerable, que, cumpliendo una serie de requisitos, tiene derecho a una rebaja de la factura eléctrica del 65%. Con la crisis del Covid se establecieron nuevas categorías de consumidor vulnerable con derecho a la percepción del bono social, de conformidad con el Real Decreto Ley 8/2021 que incluye a aquellos que se encuentre en situación de desempleo, los afectados por un expediente temporal de regulación de empleo (ERTE) y en caso de ser empresarios, que se haya visto reducido su jornada por motivo de cuidados, u otras circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos. El Real Decreto Ley 18/22 de 18 de octubre en su artículo 11 ha establecido un

ARANZADI

46. LONGO, D.; OLIVIERI, G.; ROVERSI, R.; TURCI, G. and TURILLAZZI, B., «Energy Poverty and Protection of Vulnerable Consumers. Overview of the EU Funding Programs FP7 and H2020 and Future Trends in Horizon Europe», *Energies*, núm. 13, 5, (2020), pp. 1030 y ss.
47. DOBBINS, A.; NERINI, F.; PYE, S., Measures to protect vulnerable consumers in the energy sector: an assessment of disconnection safeguards, social tariffs and financial transfers, 2016. https://www.researchgate.net/publication/312948642_Measures_to_protect_vulnerable_consumers_in_the_energy_sector_an_assessment_of_disconnection_safeguards_social_tariffs_and_financial_transfers
48. PÉREZ HINESTROSA, A., La «excepción ibérica»: energía y colectivos vulnerables. Una exégesis del Real Decreto-ley 10/2022. En MARTÍN OSTOS, J., MARTÍN RÍOS, B., Derecho *y colectivos vulnerables,* Astigui, 2022.
49. LONGO, D.; OLIVIERI, G.; ROVERSI, R.; TURCI, G. and TURILLAZZI, B., obras cit., pp. 1030 y ss.
50. BARTL, M., «The Affordability of Energy: How Much Protection for the Vulnerable Consumers?», *Journal of consumer policy*, núm. 33, 3, (2010), pp. 225 y ss.

incremento de los porcentajes de descuento del bono social eléctrico, que se mantendrán hasta el 31 de diciembre de 2023. El descuento en la factura eléctrica pasa del 60% al 65%. Se prevé también la figura del consumidor vulnerable severo, o en riesgo de exclusión social que por aplicación del RD Ley 18/22 de 18 de octubre pasa de un 70% a un 80% de reducción en la factura eléctrica). Por último, el RD Ley 18/22 de 18 de octubre crea también la categoría de los hogares trabajadores con bajos ingresos particularmente afectados por la crisis energética. Según la Disposición Adicional 2.ª del RD Ley 18/22 de 18 de octubre, se deberá informar a través de las facturas de esta nueva categoría de consumidor vulnerable a los efectos de la percepción del bono social de electricidad. Igualmente, a los perceptores actuales del bono social se les informará del incremento de los descuentos asociados al mismo, así como del incremento del 15% de los límites de energía anual con derecho al descuento del bono social[51].

Igualmente, el artículo 12 del citado Real Decreto Ley prevé un incremento de los límites máximos de consumo sujetos al descuento en la factura del bono social eléctrico y que oscilarán entre 1587 Kwh y 4761 Kwh dependiendo de la unidad familiar.

Tras la STS de 31 de enero de 2022, el coste del bono social eléctrico se imputa a todas las empresas que operan en el sector eléctrico (productoras, distribuidoras y comercializadoras) y no solo a los consumidores. El bono social constituye una obligación de servicio público que se imponía a las comercializadoras eléctricas, y que el Tribunal de Justicia, en la sentencia antes señalada, declaró nulo por no repercutirse también entre las distribuidoras, productoras y empresas destinadas al transporte de electricidad. La sentencia establece que «al no imponerse la financiación a todas las empresas eléctricas, sino exclusivamente a las empresas comercializadoras sin una justificación objetiva y razonable» la normativa que regula el bono social es contraria a la normativa europea, al no establecer las obligaciones de servicio público de forma objetiva y no discriminatoria. Corresponde a la CNMC la competencia para calcular los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar, información que debe publicar en su página web teniendo en cuenta la facturación de cada una de las actividades dentro de la cadena de suministro[52]. Por lo que se refiere al reparto de actividades a financiar entre las comercializadoras, se realizará de forma proporcional a

ARANZADI

51. PYE, S.; DOBBINS, A.; BAFFERT, C.; BRAJKOVIĆ, J.; DEANE, P. & DE MIGLIO, R., «Addressing Energy Poverty and Vulnerable Consumers in the Energy Sector Across the EU», L'Europe *en Formation*, núm. 378, (2015), pp. 64-89.

52. DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Redes e infraestructuras energéticas. Régimen jurídico y retribución de redes de electricidad y gas», en *Derecho de la energía y el Clean energy package*. I Congreso AEDEN (Asociación Española de Derecho de la Energía), Thomson Reuters, 2021.

la cuota de clientes a los que suministren energía. En el caso de los consumidores, su contribución al bono social eléctrico dependerá de su consumo de energía.

También se ha establecido un bono térmico para el gas, que estaba regulado en el RD Ley 15/2018, de 5 de octubre, modificada por el RD Ley 18/2022 de 18 de octubre. Según el artículo 3 de esta última norma, la ayuda mínima por beneficiario será de 40 euros y la ayuda para el consumidor vulnerable se calculará conforme a una fórmula que tomará en consideración los ingresos y también la zona climática de residencia. Hay que señalar que estas ayudas quedan supeditadas a la existencia de disponibilidad presupuestaria, de manera que para el ejercicio actual se ha aprobado un suplemento de crédito de 225 millones para sufragar los precios de la energía.

La protección a esos consumidores con necesidades específicas que tienen que ver con problemas de movilidad reducida o alguna discapacidad, se circunscribe sobre todo a los transportes. Así, las personas con algún tipo de discapacidad tienen garantizada la accesibilidad a los medios de transporte, para lo cual las empresas prestadoras del servicio tienen la obligación de proporcionarles atención y ayuda en el viaje. Así lo prevé el Real Decreto 1544/2007 de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad que a su vez trae causa de la normativa europea.

ARANZADI

III. EL ACCESO A LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL EN EL MARCO DEL PILAR EUROPEO DE LOS DERECHOS SOCIALES

1. EL PILAR EUROPEO DE LOS DERECHOS SOCIALES

La progresiva consecución del mercado interior ha dado como resultado un incremento del acervo social, en la media en que la Unión Europea y los estados que la componen han ido considerando que el progreso económico y social están estrechamente vinculados. El Pilar Europeo de los Derechos Sociales constituye un paso más en el intento de avanzar hacia una Europa más social y humana para sus ciudadanos, especialmente en un momento en que las sucesivas crisis económicas y sanitarias han tenido un impacto muy importante en la sociedad, acentuando las desigualdades e incrementando el riesgo de pobreza y exclusión social, con el peligro para la cohesión social y territorial que ello conlleva.

El Pilar Europeo fue proclamado por el Parlamento, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017 en la Cumbre social de Gotemburgo (Suecia). Su objetivo es garantizar una mejor regulación y aplicación de

los derechos sociales, estableciendo veinte derechos y principios rectores para avanzar hacia una Europa social que propugna el buen funcionamiento de los sistemas de bienestar en Europa. En este sentido, reafirma algunos de los derechos del acervo de la Unión Europea, entre ellos, el de acceso a los servicios esenciales de contenido económico, integrado en el capítulo III del Pilar de los Derechos sociales, en el cual se incluyen aquellos derechos que tienen que ver con la protección y la inclusión social. Aunque el documento no lo establece expresamente, en el principio núm. 20 se está refiriendo a los servicios esenciales de interés general que presentan contenido económico, ya que señala*: «Toda persona tiene derecho a acceder a servicios esenciales de alta calidad, incluidos el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. Deberá prestarse a las personas necesitadas apoyo para el acceso a estos servicios»*. Esta acotación del contenido de los servicios esenciales es lógica, si tenemos en cuenta las actividades de contenido económico entran dentro de las materias de competencia comunitaria, por su relación con el mercado interior. La referencia a otros servicios esenciales como servicios de solidaridad que implican prestaciones directas a las personas, tales como servicios sociales, la educación, la sanidad, la cultura, protección de discapacitados, mujeres maltratadas, gestión de viviendas sociales, donde no prima su contenido económico, quedan encomendados a los estados. Por aplicación del artículo 2 del Protocolo Nº 26 sobre servicios de interés general, son los estados quienes ostentan la competencia para prestar, encargar y organizar dichos servicios. Ello revela lo lejos que está la Unión Europea de ejercer sus competencias sobre los derechos de interés general de solidaridad en los que no predomina la connotación económica, ya que prestaciones esenciales quedan excluidas de la normativa europea, aunque sí tengan que someterse a los principios de igualdad, no discriminación, publicidad y concurrencia.

ARANZADI

En todo caso, hay que hacer notar que a pesar de los objetivos solidarios y loables que el documento propugna, en el fondo está presente un objetivo pragmático, puesto que el hincapié que se muestra en alcanzar estos objetivos sociales y de empleo están también al servicio de la consolidación de la Unión Económica y Monetaria. Esta es la razón por la cual el Pilar Europeo de los derechos sociales está concebido para la zona euro en particular, aunque se dirija a todos los estados miembros.

El principal problema que presenta el Pilar europeo de los derechos sociales es su valor jurídico. En concreto, se trata de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, de forma que carece de carácter vinculante para los Estados, aunque sí está concebido para servir de guía a los mismos para alcanzar los resultados que se anuncian en él. Tal y como señala la propia Recomendación, para que los principios y derechos

en él postulados tengan jurídicamente fuerza ejecutiva, es necesario que se adopten normas vinculantes por parte de los estados. Se trata, por tanto, de un documento que podemos incluir en el concepto de soft law, sin carácter vinculante para los estados. Por tanto, hablamos más bien de un instrumento de presión política que sirve de marco a los estados para planear inversiones en el sector social, de modo que las prioridades sociales sean incluidas en los instrumentos de programación del Semestre Europeo, en el marco de la coordinación de las políticas económicas de los estados miembros. En este sentido, el objetivo es conectar la aplicación del Pilar europeo sobre derechos sociales con los planes nacionales de recuperación y resiliencia que financia la Unión Europea con el fin de alcanzar «*un modelo de crecimiento sostenible e integrador que ofrezca lo mejor tanto a las personas como al planeta*».

Lógicamente, las disposiciones de la Recomendación sobre el Pilar de los derechos sociales no impiden a los estados establecer normas sociales más ambiciosas, ni deben interpretarse como limitativas o lesivas de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea, el Derecho de los estados miembros, o por el contenido de la Carta Social Europea. Tampoco implica una ampliación de las competencias de la Unión Europea otorgadas por los estados, y por supuesto establece una salvaguardia del ámbito competencial estatal en determinadas materias, al señalar que el contenido de la recomendación no afecta al derecho de los estados miembros de definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social y de gestionar sus finanzas públicas. Como vemos, desde el punto de vista de los países miembros, las cláusulas de salvaguardia de las competencias de los estados nunca están demás, aun tratándose de una Recomendación sin carácter vinculante.

ARANZADI

2. EL PLAN DE ACCIÓN DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES Y EL ACCESO A LOS SERVICIOS ESENCIALES

El Plan de Acción del Pilar europeo de Derechos sociales constituye un documento de la Comisión con el que se trata de traducir los principios contemplados en el Pilar europeo en acciones concretas dirigidas a incentivar la dimensión social de la Unión Europea. El documento fue la contribución de la Comisión Europea a la Cumbre social de Oporto, celebrada el 7 y 8 de mayo de 2021 que culminó con la Declaración de Oporto de 8 de mayo del mismo año. Los objetivos contemplados en el Plan de acción fueron valorados positivamente en el Consejo europeo de 2021, en consonancia con lo establecido en la Declaración anterior.

En dicho Plan de acción, la Comisión se compromete a adoptar determinadas acciones dirigidas a hacer efectivos los principios del Pilar de

Derechos sociales, pero además propone tres objetivos que intentan servir de guía y de base para dirigir las políticas y reformas nacionales. El Plan de Acción se elabora tres años después de la proclamación del Pilar social en la Cumbre de Gotemburgo de 2017 y tras un proceso de consultas públicas de un año. Con él se trata de dotar al Pilar Europeo de los Derechos sociales de un marco coherente de desarrollo para su implementación.

Uno de los objetivos[53] que se proponen en el Plan de Acción es la reducción del núm. de personas en riego de pobreza o exclusión social en, al menos, 15 millones. De ellos, al menos cinco millones deberían ser menores. Esto permite intuir que las prioridades de inversión de la Unión Europea y los estados en los próximos años se centrarán en combatir la pobreza a través de la renta mínima, el acceso a la vivienda y el acceso a los servicios esenciales. En definitiva, se trata de potenciar la protección e inclusión social proporcionando los instrumentos para garantizar una vida digna. Y en el marco de estos objetivos, el Plan de Acción alude al acceso efectivo a unos servicios esenciales de calidad suficiente, como el agua, el saneamiento, la asistencia sanitaria, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. Dicho acceso se considera fundamental para garantizar la inclusión social y económica y en este sentido se hace también un llamamiento a la política de cohesión de la Unión Europea para la inversión en infraestructuras ecológicas, digitales y sociales.

ARANZADI

Su base jurídica se sustenta en las competencias de apoyo y complemento de la Unión Europea sobre la actuación de los estados y, al igual que el Pilar Europeo, carece de carácter vinculante para los estados, pues se trata de una Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones[54]. Sin embargo, al igual que el Pilar Europeo de Derechos sociales, constituye un elemento de presión política para planear una agenda de inversiones en el ámbito social que se incluya en los planes y reformas nacionales. Las instituciones de la Unión europea no han hecho por tanto uso de las previsiones del artículo 153 del TFUE, que les permite la aprobación de directivas, lo que ha disminuido sin duda la fuerza normativa de las medidas.

Una característica del Plan de acción del Pilar europeo de Derechos sociales es que no tiene asignados recursos propios para cumplir los objetivos que promociona, sino que recurre más bien al uso de fondos europeos ya existentes, entre ellos el Fondo Social Europeo, así como los Fondos Next Generation de la Unión Europea. En concreto, se hace un llama-

53. Los otros dos objetivos son que al menos el 78% de la población entre los 20 y 64 años deba tener empleo, y que al menos el 60% de las personas adultas participen en actividades de formación todos los años.

54. COM (2021) 102 final, de 4 de marzo de 2021, {SWD (2021) 46 final}.

miento a los estados para emplear el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en la potenciación de los objetivos sociales relacionados con la justicia social. En todo caso, el marco jurídico para potenciar la sintonía entre los objetivos del Plan de Acción, los fondos disponibles por parte de los estados y el compromiso de los estados en la inversión con fines sociales se hace posible a través del Semestre europeo, por medio del cual, las instituciones europeas tratan de coordinar las economías de los estados de la zona euro. De nuevo, nos encontramos con la paradoja de que no son las competencias propias atribuidas a la Unión Europea, sino aquellas diseñadas para la coordinación de las acciones que los estados emprenden a través de sus competencias no cedidas, las que promueven el cumplimiento de los objetivos sociales por parte de los estados, y ello, a pesar del tenor literal del artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que habla de competencias compartidas entre la Unión Europea y los estados en materia de política social.

IV. CONCLUSIONES

– La Unión Europea ha ido progresivamente asumiendo una vertiente social en sus objetivos, a medida que se ha ido profundizando en la consecución del mercado interior. Los objetivos de la política social tienen un carácter transversal, como así establece el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ARANZADI

– Sin embargo, la Unión Europea ha realizado tímidos avances en la consecución de dichos objetivos sociales. Ello es debido a la falta de competencias propias en esta materia, dado que, a pesar de que el artículo 4 del TFUE habla de competencias genéricas compartidas, en realidad estas se sustancian en competencias específicas de apoyo y coordinación, de acuerdo con los artículos 153 y 156 del TFUE. Estas competencias específicas constituyen en última instancia la base jurídica para incidir en la materia social.

– Los objetivos de la política social europea pueden hacerse efectivos a través de la garantía de acceso de los ciudadanos a los servicios de interés general. Sin embargo, el campo de acción de la Unión Europea en esta materia es muy reducido, ya que se restringe a una categoría de servicios de interés general, que son los servicios económicos de interés general, dejando a los estados libertad para establecer sus propias consideraciones en lo que se refiere a los servicios que no tienen carácter económico.

– Pero, aun centrada en los servicios económicos de interés general, la intervención de la Unión Europea queda reducida a los llamados sectores regulados, que son aquellos que el Derecho de la Unión Europea califica

como de interés general, y respecto de los que permite excepcionar las reglas del libre mercado. Se trata de servicios como la electricidad, el gas, telefonía e internet, transportes y servicios postales. La definición y declaración de otros servicios económicos de interés general distintos de los mencionados queda a la competencia declarativa de los estados, ostentando únicamente las instituciones europeas un papel de supervisión y control de dicha declaración y de las excepciones a las reglas del mercado articuladas de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

– Los SEIG constituyen por tanto un instrumento de la política social de la Unión Europea. Tradicionalmente considerados desde el punto de vista de su dimensión económica y de su importancia en el proceso de integración europea, presentan también una vertiente o dimensión social desde la cual pueden contribuir a los logros de los objetivos de la política social.

– La contribución de la Unión Europea a la consecución de los objetivos sociales de los SEIG se basa en las excepciones y permisiones a las reglas del mercado interior. Estas concesiones permiten a los estados contemplar la dimensión social de los SEIG. El acceso efectivo a servicios esenciales de calidad, tales como el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, y las comunicaciones digitales son condición para garantizar la inclusión social y económica, luchar contra la pobreza y garantizar unas condiciones de vida dignas, objetivos todos ellos de la política social europea y objetivos generales del proyecto comunitario.

ARANZADI

– El acceso a ciertos servicios económicos de interés general constituye un derecho de los ciudadanos europeos, proclamado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en el Pilar Europeo de Derechos sociales.

– La importancia de los Servicios económicos de interés general, tanto desde el punto de vista económico como social resulta igualmente proclamada en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europa, que los consagra como valores fundamentales de la Unión Europea, consagrando las responsabilidades de las instituciones europeos y de los estados miembros en la satisfacción de ciertos logros y objetivos generales a través de ellos.

– Paradójicamente, es a través de las competencias que la Unión Europea ostenta sobre los SEIG como las instituciones comunitarias han podido incidir de manera más sustancial en el desarrollo de los objetivos sociales, especialmente en lo que se refiere a la lucha contra la exclusión social, el fomento de la inclusión social y la lucha contra la pobreza. El artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea permite que la Unión

Europea pueda establecer excepciones a las reglas de funcionamiento del mercado interior para hacer efectiva la misión que tiene atribuida.

– A través del ejercicio de esta competencia, la Unión Europea ha establecido, en el marco de sus políticas sectoriales sobre los sectores regulados, marcos reglamentarios relativos a los servicios de interés general, que incluyen medidas de protección a los consumidores, prácticas de contratación pública y obligaciones sobre prestación de servicios mínimos, a través de las cuales hacer efectiva la dimensión social de los servicios de interés general. El servicio universal, las obligaciones de servicio, o la regulación del Reglamento General de Exención por categorías son buenos ejemplos del uso de técnicas que promueven y facilitan la utilización de los SEIG con fines sociales.

– Sobre la base de las excepciones a las reglas del mercado interior, y de la regulación europea los estados han diseñado también tangencialmente su propia dimensión social de los Servicios de interés general desarrollando o aplicando las directrices marcadas por las normas europeas.

– El objetivo de la Unión europea al reglamentar estos sectores ha sido el de habilitar a los estados a establecer excepciones al mercado interior en aras del interés general. Por eso, esta reglamentación se ha fijado más en este aspecto técnico, que en concretar las garantías de los ciudadanos en el acceso a esos servicios esenciales. Así, la regulación sectorial europea no ha definido en todos los casos los servicios mínimos que deben quedar asegurados, su calidad, su regularidad, o los criterios de un precio asequible. El derecho de los ciudadanos a los servicios esenciales no queda por tanto totalmente delimitado por la legislación europea, lo que dificulta la aplicación de unos estándares uniformes en el marco comunitario, que obviamente repercuten en el acceso de los ciudadanos a los servicios esenciales en condiciones de igualdad, y en definitiva la consecución del objetivo de cohesión social.

ARANZADI

– También desde el punto de vista de las competencias de apoyo que ostenta la Unión Europea en materia de política social se ha pretendido contribuir al desarrollo de la Europa social, potenciando la inclusión, la lucha contra la pobreza y las condiciones de vida dignas. En este sentido, cabe hacer referencia al Pilar Europeo de los Derechos sociales, documento sin carácter vinculante para los estados, que adopta la forma jurídica de Recomendación, con el que se ha tratado de guiar a los estados en la previsión de inversiones en políticas sociales. El Pilar contempla un total de veinte principios, siendo el último de ellos el que se refiere al acceso a los servicios económicos de interés general.

– Su falta de fuerza normativa constituye por tanto una tímida incursión de las instituciones europeas en las políticas sociales de los estados miembros, aunque su potencial influencia sobre los estados miembros se ve complementada con la sinergia que le proporciona el Semestre europeo. En la presentación de sus presupuestos y planes económicos, los estados se ven compelidos a dotar de efectividad a las disposiciones del Pilar europeo, que funciona en este contexto como un instrumento más de presión política y no como un instrumento con fuerza vinculante.

– En apoyo del Pilar europeo se elabora también el Plan de Acción del Pilar europeo de Derechos sociales, con el que se pretende dotar de mayor concreción al primero, estableciéndose una serie de compromisos de actuación por parte de la Comisión y fijando unos objetivos comunes para las instituciones europeas y para los estados de cara al 2030, entre los que figura erradicar la pobreza y luchar contra la exclusión social.

– Nuevamente, nos hallamos ante un instrumento sin fuerza vinculante para los estados, puesto que reviste la forma jurídica de Comunicación de la Comisión, pero que al amparo del Pilar Europeo de Derechos sociales que desarrolla, adquiere mayor presencia en el contexto del Semestre europeo.

– Ni el Pilar de los Derechos Sociales, ni el Plan de Acción del Pilar de los Derechos sociales contemplan instrumentos de financiación específicos. Su efectividad se relaciona con el empleo de fondos ya existentes, especialmente europeos, tales como el Fondo Social Europeo, o el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, en el marco de los fondos Next Generation.

ARANZADI

– Todo lo anterior constata que la Unión Europea no ha hecho uso de la facultad normativa que le otorga el artículo 153 del TFUE, que le habilita para elaborar normas jurídicas con rango de directivas en el marco de las competencias de apoyo den materia social. En su lugar, la normación comunitaria ha venido de la mano de las competencias europeas en materia de Servicios Económicos de Interés General.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, L. I., GARRIDO CUENCA, N. Artículo 38. Derechos de los consumidores y los usuarios finales. En García de Enterría, Eduardo, Comentarios *a la Ley General de Telecomunicaciones: Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Thomson-Civitas, 2004, pp. 627-670.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. El reconocimiento y configuración del derecho a una buena regulación como derecho fundamental en la Unión Europea y su interrelación con la garantía de acceso de los ciudadanos a los servicios económicos de interés general en,VALCÁRCEL

FERNÁNDEZ, P. (Dir.), *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia: Los nuevos paradigmas del Derecho de la regulación de la actividad económica en la Unión Europea. Repensar las interrelaciones entre Estado social de Derecho, sociedad y justicia en un mundo abierto*, 2023, pp. 181-192.

BAR CEDON, A., La política social de la Unión Europea, *Lex Social, Revista Jurídica de los derechos sociales,* núm. 2 (2012), pp. 26-46.

BARTL, M., «The Affordability of Energy: How Much Protection for the Vulnerable Consumers?», *Journal of consumer policy*, núm. 33, 3 (2010), pp. 225-245.

BUENDÍA SIERRA, J. L.; Rodríguez Mínguez, J. A., «Ayudas de estado y servicios de interés económico general: ¿BUPA versus ALTMARK?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia,* núm. 9 (2009), pp. 49-60.

CABALLERO SANCHEZ, R., ¿Quién tiene que costear las obligaciones de servicio público en los sectores regulados? En DARNACULLETA I GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J., *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, Marcial Pons, pp. 149-190, 2020.

CARLÓN RUIZ, M., Novedades en la financiación de los servicios de interés económico general desde la perspectiva del control europeo de las ayudas del estado, *Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (2012), pp. 285-296.

ARANZADI

CARTWRIGHT, P. «Redress compliance and choice: enhanced consumer measures and the retreat from punishment in the consumer rights Act 2015». *The Cambridge Law Journal,* núm. *75*(2) (2016), pp. 271-300.

CHINCHILLA MARÍN, C., CARLÓN RUIZ, M., Del servicio público al servicio universal: el caso de las telecomunicaciones. En De la Quadra Salcedo, T., Fernández del Castillo, T. (Dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones,* Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2003.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Redes e infraestructuras energéticas. Régimen jurídico y retribución de redes de electricidad y gas», en *Derecho de la energía y el Clean energy package*. I Congreso AEDEN (Asociación Española de Derecho de la Energía), Thomson Reuters, 2021.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., «El Covid-19 y los consumidores vulnerables: reflexiones a propósito del Real Decreto-ley núm. 37/2020, de 22 de diciembre de 2020», *Cuadernos de Energía,* núm. 30 (2021), pp. 73-79.

DE LA HIGUERA-MOLINA, E. J., ZAFRA GÓMEZ, J. L., «Ciclos políticos y factores explicativos de la externalización de servicios públicos en

los gobiernos locales», *Revista de estudios regionales,* núm. 112 (2018), pp. 105-123.

DOBBINS, A.; NERINI, F.; PYE, S., Measures to protect vulnerable consumers in the energy sector: an assessment of disconnection safeguards, social tariffs and financial transfers, 2016. https://www.researchgate.net/publication/312948642_Measures_to_protect_vulnerable_consumers_in_the_energy_sector_an_assessment_of_disconnection_safeguards_social_tariffs_and_financial_transfers

FOURNIER, E. G., «Essential facilities y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar: Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner». *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. *205* (2002), pp. 77-95.

GARCÍA GARCÍA, M. J., «Los servicios de interés económico general (SIEGE) como instrumento de transformación», *Revista de Estudios Regionales,* núm. 128 (2024). Pendiente de publicación.

GARCÍA ÁLVAREZ, B., «Los derechos de los viajeros en la Unión Europea: a propósito de la comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo de 19 de diciembre de 2011». *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. *4*(2) (2012), pp. 283-299.

ARANZADI

GILL, C., WILLIAMS, J., BRENNAN, C., & HIRST, C., «Designing consumer redress: A dispute system design (DSD) model for consumer-to-business disputes», *Legal Studies,* núm. *36*(3) (2016), pp. 438-463.

GILL, C., CREUTZFELDT, N., WILLIAMS, J., O'NEILL, S. & VIVIAN, N., Confusion, gaps, and overlaps: A consumer perspective on the UK's alternative dispute resolutions (ADR) landscape, 2017. https://eresearch.qmu.ac.uk/handle/20.500.12289/4942

GONZÁLEZ GARCÍA, J, «Protección de los usuarios de las comunicaciones electrónicas». En De la Quadra Salcedo y Fernández del Castillo (Dir.), *Derecho de las telecomunicaciones: adaptado a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones*, Thomson Reuters-Civitas, 2015, pp. 697-753.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., La Unión Europea y su derecho, Trotta, Madrid, 2019.

HANCHER, L., SAUTER, W., «Public services and EU Law», European *Union Law,* núm. *66 (2014),* pp. 539-566.

LAGUNA DE PAZ, J. C., Servicios de interés económico general, Thomson-Civitas, 2009.

LAGUNA DE PAZ, J. C., «Los servicios de interés general en la Unión Europea», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 76 (2016), pp. 19-50.

LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones: regulación y mercado,* Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

LINDE PANIAGUA, E., Principios del Derecho de la Unión Europea, 6.ª, Madrid. Colex, 2017.

LONGO, D.; OLIVIERI, G.; ROVERSI, R.; TURCI, G. and TURILLAZZI, B., «Energy Poverty and Protection of Vulnerable Consumers. Overview of the EU Funding Programs FP7 and H2020 and Future Trends in Horizon Europe», *Energies*, núm. 13, 5 (2020), pp. 1030-1056.

LÓPEZ ESCUDERO, M., Acceso a los servicios de interés económico general, en MANGAS MARTÍN, A. (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, pp. 607-620.

MONTERO PASCUAL, J. J., «La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 12 (2014), pp. 23-44.

MONTERO PASCUAL, J. J., Regulación económica: la actividad administrativa de regulación de los mercados, Tirant lo Blanch, 2020.

ARANZADI

MUÑOZ MACHADO, S., Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, vols. *II y III.* BOE-Ministerio de la Presidencia. 2015.

MUÑOZ MACHADO, S., Derecho de la regulación económica, Fundamentos e instituciones de la regulación (vol. I). Iustel, 2010.

MUÑOZ MACHADO, S., Derecho de la regulación económica, Sector energético (vol. III), Iustel, 2010.

MUÑOZ MACHADO, S., Derecho de la regulación económica, Telecomunicaciones (vol. IV), Iustel, 2010.

MUÑOZ MACHADO, S., Derecho de la regulación económica, *Audiovisual* (vol. V), Iustel, 2010.

MUÑOZ MACHADO, S., Derecho de la regulación económica, Transportes (volumen VI), Iustel, 2010.

PAREJO ALFONSO, L.; DE LA QUADRA-SALCEDO, T.; MORENO MOLINA, Á. M.; ESTELLA DE NORIEGA, A., Manual de Derecho administrativo comunitario, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2020.

PÉREZ, A. E., «El acceso a las redes de transporte y distribución». En Muñoz Machado, Santiago (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. 3 Tomo, Iustel, 2010, pp. 631-687.

PÉREZ HINESTROSA, A., La «excepción ibérica»: energía y colectivos vulnerables. Una exégesis del Real Decreto-ley 10/2022. En MARTÍN OSTOS, J., MARTÍN RÍOS, B., Derecho *y colectivos vulnerables,* Astigui, 2022.

PYE, S.; DOBBINS, A.; BAFFERT, C.; BRAJKOVIĆ, J.; DEANE, P. & DE MIGLIO, R., «Addressing Energy Poverty and Vulnerable Consumers in the Energy Sector Across the EU», L'Europe *en Formation*, núm. 378 (2015), pp. 64-89.

REBOLLO PUIG, M. (Dir.), La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, Iustel, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ CURIEL, J., «Inexistencia de ayuda de Estado en la mera compensación por obligaciones de servicio público», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia,* núm. 26 (2001), pp. 90-94.

ROSADO PACHECO, S., «La libre competencia, los servicios de interés general y el servicio público» en *Los nuevos desafíos del derecho público económico: homenaje al profesor José Manuel Sala Arquer*, Congreso de los Diputados, 2020, pp. 1317-1352.

ARANZADI

RUIZ OJEDA, A.; ZAMORA ROSELLÓ, M. R., Regulación y competencia en servicios de interés general (SIEG): análisis sectoriales y comparativos, Universidad de Málaga/Debates, 2017.

SOJO, A., La cohesión social democrática como guía de las políticas públicas: una perspectiva conceptual y metodológica renovada, *Serie aprendizajes en cohesión social, Colección Euro social*, núm. 1 (2018), pp. 8-32.

TORNOS MAS, J., «El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario», *Revista de Administración Pública,* núm. 200 (2016), pp. 193-211.

VERA PARISIO I CUDOLÁ, V.; NOGUERA DE LA MUELA, B., Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos, Tirant lo Blanch, 2016.

WADDAMS, C. & DELLER, D., Affordability of Utilities' Services: Extent, Practice, Policy. Centre on Regulation in Europe, 2015.

WAGNER, G., Private law enforcement through ADR: Wonder drug or snake oil? C*ommon Market Law Review*, Issue 1 (2014), 165-194. https://

kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/51.1/COLA2014006

ZEMANEK, J., Access to Services of General Economic Interest Under Article 36 of the Charter of Fundamental Rights EU and the National Law. En *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Springer, 2016.

ARANZADI

ARANZADI

Capítulo XI

Del Tratado de Maastricht al Green Deal

Francisco Gabriel Villalba Clemente

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA DE LA POLÍTICA AMBIENTAL. *1. Origen y evolución hasta el acta única europea. 2. Tratado de Maastricht. 3. El Tratado de Ámsterdam (TA 1997). 4. Tratado de Niza (2001). 5. El intento fallido de constitución europea (2004). 6. Tratado de Lisboa (2007).* III. EL PACTO VERDE EUROPEO (THE GREEN DEAL). IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

ARANZADI

I. INTRODUCCIÓN

Aunque la parte principal del capítulo se vaya a centrar en el análisis de la evolución de las políticas ambientales desde la firma del Tratado de Maastricht en el que se introduce la actividad comunitaria del sector del medio ambiente como una auténtica «política ambiental»[1] hasta la aprobación del Pacto Verde Europeo, hemos creído necesario, para llegar a entender este período, hacer referencia previamente al arduo proceso de integración de esta política en Europa desde la firma de los Tratados Constitutivos de 1957.

En este análisis del proceso evolutivo que ha sufrido la política ambiental dentro de la actividad comunitaria comprobaremos como la Unión Europea ha ido adquiriendo un compromiso cada vez mayor con el sector del medio ambiente, y, lo que inicialmente era configurado en el Acta Única Europea como una mera «acción comunitaria», gracias a un arduo

1. Vid. MORENO, A. M., Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España (2006), p. 29.

proceso de la integración de la política ambiental en la Comunidad Europea, que comenzó en la década de los 70, se logró considerar la actividad comunitaria dentro del sector del medio ambiente como una auténtica «política» comunitaria.

La implementación de la política ambiental en los Tratados posteriores a 1957 es consecuencia de la evolución del desarrollo socioeconómico, hacia lo que se denomina «economía circular» que es un modelo de producción y consumo que en la práctica implica reducir los residuos al mínimo que derivará en una menor emisión de gases de efecto invernadero que repercutirá en una mayor protección del medio ambiente y un desarrollo sostenible.

En este proceso evolutivo intervinieron agentes protagonistas, sin los cuales, difícilmente se hubiese conseguido avanzar en este proceso tan complejo. Entre estos actores protagonistas tenemos entre otros, por ejemplo, a la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA). El Consejo Europeo, la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo, los gobiernos de todos los Estados miembros, partidos políticos, asociaciones ecologistas y la sociedad civil en general.

Esta integración de la que hablamos tiene que ver con el carácter transversal del medio ambiente que obliga a implementar una política de protección ambiental y de gestión de los recursos naturales que vaya acorde con el modelo de desarrollo socioeconómico del país, es decir, obliga a la consideración de las cuestiones ambientales en un marco de planificación de un modelo de desarrollo sostenible[2]. Trasladando la idea de la transversalidad al ámbito material, de la política ambiental podemos afirmar que todas las acciones de gobierno deben diseñarse e implementarse tomando en cuenta la relación intrínseca entre los factores de cuidado del medio ambiente y el aprovechamiento sostenible de los recursos, los económicos y los sociales. En este sentido, tuvo lugar el denominado proceso de Cardiff que tenía por objeto establecer un enfoque transversal de la política medioambiental para su integración en todas las políticas comunitarias. El 27 de mayo de 1998 se envió una Comunicación por parte de la Comisión al Consejo Europeo denominada «Una estrategia para la integración del medio ambiente en las políticas de la UE»[3].

ARANZADI

2. Vid. Integración de la política ambiental en Europa (2007). Agencia Europea de Medio Ambiente. Ed. Ministerio de Medio Ambiente. En este documento se define la IPA como el proceso continuado que ha de seguirse para que los problemas de medio ambiente se vieran reflejados en todos los ámbitos de decisión política, con vistas a alcanzar un desarrollo sostenible.
3. [COM (1998) 333 – no publicada en el Diario Oficial].

Una de las conclusiones a las que se llega en esta Comunicación es que «La integración de las consideraciones medioambientales en las demás políticas ha dejado de ser una opción para convertirse en una obligación».

Este capítulo se estructura en diversos apartados, siendo la introducción el primero de ellos. A continuación, analizamos en el apartado segundo la integración de la política ambiental en el Derecho comunitario desde sus orígenes hasta el Tratado de Lisboa, incluyendo no solamente las modificaciones en los Tratados, sino que además haremos referencias a los principales hitos en los que ha participado la UE para mejorar la protección del medio ambiente y procurar un desarrollo sostenible. En nuestro tercer apartado analizaremos el Pacto Verde Europeo o Green Deal haciendo hincapié sobre todo en sus principales objetivos. Por último, expondremos en un cuarto apartado, las conclusiones sobre la transformación que ha sufrido tanto el modelo económico en aras de alcanzar un desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida en el planeta como la legislación europea en materia de medio ambiente. Con el objetivo de convertirse en el primer continente climáticamente neutro en 2050.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA DE LA POLÍTICA AMBIENTAL

ARANZADI

En este apartado vamos a analizar el proceso de integración europea de la política ambiental dentro del ordenamiento jurídico comunitario partiendo desde los primeros Tratados Constitutivos de 1957 en los que conceptos como «política ambiental», «medio ambiente» o «desarrollo sostenible» estaban ausentes en su redacción originaria, hasta la conversión de la política ambiental en una de las actividades más preponderantes de la Unión Europea.

Para ello, describiremos el proceso evolutivo de la denominada «política ambiental» teniendo en cuenta por un lado, los cambios en el Derecho originario analizando las modificaciones en materia de medio ambiente introducidas en cada uno de los Tratados y, por otro lado, describiremos brevemente algunos de los hitos fundamentales celebrados tanto en la UE —creación de la Agencia Europea de Medio Ambiente— como a nivel mundial Cumbres de Naciones Unidas por el Cambio Climático que se consideran esenciales en cuanto que han propiciado avances importantes en materia de protección del medio ambiente y de desarrollo sostenible.

Dicho esto, vamos a iniciar la descripción del proceso evolutivo desde los primeros Tratados constitutivos hasta el Tratado de Lisboa firmado en diciembre de 2007 y cuya entrada en vigor se produjo el 01 de diciembre de 2009.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HASTA EL ACTA ÚNICA EUROPEA

Con anterioridad a la firma del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE a partir de ahora) en 1957 en el que, como veremos más adelante, no se incluyeron conceptos relacionados con la protección del medio ambiente, se había celebrado un acuerdo entre algunas potencias coloniales en el que se plasmaba algunas normas que contenían las preocupaciones que algunos Estados ya mostraban por la conservación de los recursos naturales. En este contexto, cabría citar, por ejemplo, el Convenio relativo a la Preservación de la Fauna y la Flora en su Estado Natural[4] también conocido como Convenio de Londres firmado por varios países europeos y africanos[5] en 1933.

Aunque la protección del medio ambiente ya era uno de los objetivos plasmados en acuerdos internacionales como hemos visto, el Tratado constitutivo de la CEE firmado en Roma en 1957 no incluyó en su versión original ningún precepto que contuviera conceptos como «medio ambiente», «protección ambiental» o «política ambiental», habida cuenta que, originariamente el objetivo primordial de esta nueva CEE era la creación de un «mercado común» de marcado carácter económico.

Ahora bien, aunque en 1957 no se tuviera en cuenta en la firma de los Tratados de Roma esta preocupación por preservar el medio ambiente que ya reinaba en muchos otros Estados, puede decirse que pocos años más tarde comenzó un proceso evolutivo de la denominada «política ambiental» que, según califica el catedrático Moreno: «ha sufrido una evolución formidable: y de ser una preocupación inexistente ha pasado a convertirse en una de sus actividades preponderantes».

ARANZADI

En este contexto en el que la preocupación por el medio ambiente estaba en constante crecimiento, se abre una nueva etapa y, en los años sesenta, la CEE comenzó a adoptar numerosas medidas de protección ambiental que podrían agruparse como señala Krämer en su estudio[6] bajo la rúbrica general de «política ambiental comunitaria». De entre todas ellas destacamos la Directiva 67/548, sobre clasificación, envasado y etiquetado

4. Texto completo del Convenio puede leerse en el siguiente enlace: http://sedac.ciesin.org/entri/texts/fauna.flora.natural.state.1933.html
5. Los signatarios del convenio de 1933 fueron Bélgica, el Egipto, la Francia, el Italia, el Sudán Anglo egipcio, la Unión Sudafricana y el Reino Unido y sus dependencias.
6. Vid. KRÄMER,L Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea, Madrid, España, ed. Marcial Pons,(1999), p. 14.

de sustancias peligrosas[7], la Directivas 70/157 sobre niveles de ruido[8] y la Directiva 70/220 sobre emisiones contaminantes de vehículos a motor[9].

No obstante, aunque la CEE ya había comenzado a mostrar cierta preocupación por la protección del medio ambiente, hecho que quedaba plasmada en numerosas disposiciones comunitarias como hemos visto anteriormente, no fue hasta 1971, cuando verdaderamente se engendró un verdadero compromiso político por parte de la CEE en materia de protección del medio ambiente. Este compromiso se forjó en la Comunicación de la Comisión de 22 julio 1971[10] presentada ante el Consejo, que subrayó la exigencia de tener en cuenta la calidad de los recursos naturales y de las condiciones de vida en la misma definición y organización del desarrollo económico. Lo que pretendió el Consejo con esta Comunicación es que se sentaran las bases de un compromiso por parte de las instituciones comunitarias para que se «adoptara un programa comunitario de acción en defensa del medio ambiente». Al año siguiente, tanto el Parlamento Europeo como los máximos representantes de los Estados miembros reunidos en la Cumbre de París de octubre de 1972 acogieron de forma favorable esta iniciativa «convencidos de la necesaria puesta en marcha, a nivel comunitario, de medidas eficaces de protección del medio ambiente».

Como señala en su estudio López[11], «a partir de esa decidida toma de postura en la cumbre, el camino para la realización de una política comunitaria de medio ambiente estaba ya allanado, desembocando en la aprobación del I Programa de acción de la Comunidad Europea sobre el medio ambiente[12], al que han seguido varios programas más e incluso un par de reformas de los Tratados constitutivos, a fin de proporcionar un marco jurídico estable a la política ambiental».

ARANZADI

La acción en defensa del medio ambiente por parte de la Comunidad Europea se ha ido elaborando en torno a dichos programas plurianuales y, de esta manera, tal y como señala Plaza en su estudio[13], «a pesar de la carencia en los Tratados de una base jurídica específica y expresa para actuar en defensa del medio ambiente, la Comunidad ha podido hacerlo

7. Directiva 67/548, DOCE L, 196/1 (1967).
8. Directiva 70/157, DOCE L, 42/16 (1970).
9. Directiva 70/220, DOCE L, 76/1 (1970).
10. SEC (71), 2616, de 7 de julio de 1971.
11. LOPEZ, F., Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental en Revista de Administración Pública, núm.142, (1997), pp. 53-74.
12. Primer Programa de Acción Ambiental, DOCE C 112/1(1973). Para una mayor descripción del contenido de los programas de Acción Ambiental, véase LÓPEZ, F. *op. cit.* pp. 55-57.
13. Vid. PLAZA, C.(2005).Derecho ambiental de la Unión Europea, Tirant Lo Blanch, Valencia, España 2005.

sobre la base del artículo 100 del Tratado de la CEE[14] y del artículo 235 del mismo Tratado[15] que posibilita a la Comunidad actuar en base a la "cláusula de imprevisión" o de competencias "subsidiarias" o "implícitas"».

Durante los años en los que la intervención comunitaria en materia de medio ambiente se produjo sin una base jurídica cierta, la CEE contó como señala Plaza «desde un principio con el imprescindible apoyo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas»[16] que declaró en numerosas sentencias «*que la protección del medio ambiente constituía, en efecto, uno de los objetivos esenciales de la Comunidad*»[17].

Esta situación de carencia de base jurídica para la producción de normas comunitarias en materia de medio ambiente cambió con la incorporación al ordenamiento jurídico comunitario como Derecho originario del Acta Única Europea[18] (AUE) tras su entrada en vigor en 1987.

La entrada en vigor del AUE supuso la «constitucionalización» de la acción comunitaria en materia de medio ambiente. Con el AUE se modificó el texto original de los Tratados de Roma y se introdujo un nuevo título —título VII «MEDIO AMBIENTE»— compuesto por tres nuevos artículos 130 R, 130 S y 130 T que contenían las premisas básicas que debían seguir las acciones comunitarias en materia de medio ambiente cuyo contenido describiremos a continuación.

ARANZADI

Ahora bien no cabe duda de que la gran aportación que hizo el AUE al proceso de integración de la política ambiental fue la de fijar los objetivos y principios que debía seguir «la acción de la Comunidad en materia de medio ambiente» (artículo 130 R párrafos 1 y 2 TCCE). En el párrafo primero, se establecían los objetivos de la acción comunitaria: «*conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente; contribuir a la salud de las personas; garantizar*

14. Según el antiguo artículo 100 TCEE: «*El Consejo adoptará, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común*».
15. Según el antiguo artículo 235 del TCEE y actual artículo 352 TCE, «*Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo*».
16. Vid. PLAZA, C. (2005). *Op. cit.* p. 45.
17. Por ejemplo. En el asunto 240/83 de los «*aceites usados*», *7.3.1985, ERC531.* En esta sentencia el Tribunal entiende que «la protección del medio ambiente constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad».
18. El Acta Única Europea fue Luxemburgo (Luxemburgo) el 17 de febrero de 1986 y en la Haya (Países Bajos) el 28 de febrero de 1986 publicada en el DOCE L 169 de 29.06.1987 y, entró en vigor, el 01.01.1987.

una utilización prudente y racional de los recursos naturales» (art.130 R párrafo 1.º) y, en el párrafo segundo, se constitucionalizaron los principios que determinarían la acción comunitaria: «*principios de acción preventiva, de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los ataques al medio ambiente y de quien contamina paga*».

En el párrafo 4 del artículo 130 R se hace mención de forma implícita al principio de subsidiariedad[19] que, precisamente, fue introducido en el ordenamiento comunitario en materia de medio ambiente y señala que: «*La Comunidad actuará en los asuntos de medio ambiente, en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente*».

Por su parte, el artículo 130 S fijaba los criterios para la toma de decisiones en materia de medio ambiente de la siguiente manera. «*El Consejo por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, decidirá la acción que la Comunidad deba emprender*».

El artículo 130 T expresaba la posibilidad de intervención de los Estados miembros en materia de medio ambiente de la siguiente forma: «*Las medidas de protección adoptadas conjuntamente en virtud del artículo 130 S no serán obstáculo, para el mantenimiento y adopción por parte de cada Estado miembro de medidas de mayor protección compatibles con el presente Tratado*».

ARANZADI

Tras la entrada en vigor del Acta única Europea se puso en marcha el IV Programa plurianual[20] que llevó a cabo la creación de los instrumentos necesarios para el desarrollo de la política ambiental, utilizando tanto agentes organizativos como la Agencia Europea de Medio Ambiente creada en 1990[21] e instrumentos de carácter financiero como el PROGRAMA LIFE.

A nivel internacional también destaca en esta época previa a la aprobación del Tratado de Maastricht que trataremos en el siguiente apartado, la

19. Vid. PLAZA, C. (2005). *Op. cit.* pp. 133 y ss. En estas páginas la autora describe minuciosamente el alcance y aplicación del principio de subsidiariedad desde su introducción en el ordenamiento comunitario con el AUE hasta su consagración como principio general en el Tratado de Maastricht.
20. Publicado en el DOCE C(328/1(1987). Si se quiere profundizar en el estudio de las características de este programa, objetivos y algunos aspectos jurídicos puede leerse la obra de MORENO, M. (2006), pp. 89-105.
21. Vid. MORENO, M. (2006). *Op. cit.* pp. 81-82. Para una descripción detallada de las característica, organización y funciones de la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA).

importante labor realizada por las autoridades comunitarias en Conferencias internacionales sobre la protección del medio ambiente[22].

2. TRATADO DE MAASTRICHT[23]

El Tratado de Maastricht supuso un importante avance en el proceso de integración europea tanto en el ámbito económico y monetario como en el ámbito político, sentando las bases del proyecto europeo tal y como lo conocemos hoy en día. Este Tratado fue firmado en un contexto con grandes cambios históricos con la caída del muro de Berlín y el consiguiente cambio geopolítico derivado de la desintegración de la Unión Soviética y de la política de bloques[24].

Este Tratado por el que cambió la denominación de CEE a Unión Europea (UE en adelante) sentó las bases de la futura unión monetaria que finalizó con la incorporación del euro como moneda europea común en 1999, es de capital importancia en materia de medio ambiente por las innovaciones que a continuación describiremos.

Las principales innovaciones que presentó este Tratado en materia de medio ambiente serían las siguientes:

- La incorporación del concepto de «desarrollo sostenible» al introducir en su artículo B que *«la Unión tendrá entre sus objetivos promocionar un progreso económico y social equilibrado y sostenible»*. Este concepto fue utilizado en la Conferencia de Río de 1992 anteriormente citada, que señalaba en una de sus conclusiones que «el concepto de desarrollo sostenible era un objetivo alcanzable para todas las personas del mundo, independientemente de que fueran a nivel local, nacional, regional o internacional». Esta novedad le dio al texto de 1992 como señala MORENO[25] en su estudio una «impronta ecológica en lo atinente a sus fundamentos teleológicos».

ARANZADI

22. Cabe citar aquí la Conferencia de Río de Janeiro de 1992. Esta Cumbre destacó la necesidad de crear un nuevo plan para la acción internacional sobre cuestiones ambientales y que los diferentes factores, sociales, económicos y ambientales son interdependientes y deben evolucionar juntos. También a nivel internacional cabe destacar otro hito como es la firma de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático(CMNUCC) de 1992 por el que los 197 países de todo el mundo firmantes se comprometieron a combatir el cambio climático.
23. Tratado de la unión Europea(TUE) acordado en el Consejo Europeo de 9 y 10 de diciembre de 1991, fue firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Publicado en el DOUE-L-1993-81938.
24. Vid. VILLALBA, F. G. et CAMISÓN, J. A., El fin de la división europea y el Tratado de la Unión Europea (1986-1992) en Historia Jurídica de la Integración Europea, Madrid, España, ed. Dykinson, (2021), pp. 147-163.
25. Vid. MORENO, M. (2006). *Op. cit.* pp. 28 y ss.

- Modificación del artículo 3 del antiguo TCCE al incorporar un nuevo apartado el 3k que hace mención a una nueva política de la Comunidad, la «política en el ámbito del medio ambiente». La innovación no es tanto su incorporación al texto, sino sobre todo, el hecho de que a partir de este Tratado la actividad de la Comunidad en materia de medio ambiente deja de ser considerada «acción comunitaria» para convertirse en una auténtica «política comunitaria» con carácter de competencia expresa. Cabe recordar como comentamos anteriormente que la competencia en materia de medio ambiente se ejercía por la Comunidad como competencia implícita por no estar expresamente recogida como tal en los Tratados anteriores.

- Se produjo un cambio en la agrupación de los artículos 130 R a 130 T y se les incorpora a un nuevo título —Título XVI («Medio ambiente»)—, dentro de la parte tercera («Políticas de la Comunidad»). El enunciado del artículo 130 R en su apartado primero difiere de la redacción del AUE en cuanto que en Maastricht se habla de «*La política de la Comunidad...*» que sustituye a «*La acción de la Comunidad...*». Este artículo incorpora un cuarto objetivo: «*el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente*». En su apartado segundo hay varias modificaciones del texto que dan muestra de la mayor importancia que se le está dando a la protección del medio ambiente Por un lado, se incorpora la expresión «*...tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado...*» que, como veremos a continuación entendemos que este objetivo es una proyección sobre la necesidad de dar cumplimiento al principio de cautela, incorporado en este tratado y, además, al final de este apartado, incorpora la obligación de integrar las exigencias de la protección del medio ambiente en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad.

ARANZADI

- Los principios que debe seguir la actuación en materia de medio ambiente están encuadrados en el artículo 130 R párrafo segundo: y son: el principio de cautela y de acción preventiva esto es, realizar acciones encaminadas a evitar la contaminación, corrección de los atentados al medio ambiente (evitar que se produzcan más contaminaciones de las ya producidas o reducirlas e incluso eliminarlas) y el de quien contamina paga[26] (disponer de medidas para atribuir

26. Este principio se aplica en virtud de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental, cuyo objetivo es prevenir o poner remedio a los daños medioambientales causados a especies protegidas y a hábitats naturales, al agua y al suelo. Dicha directiva fue publicada *DO L 143 de 30.4.2004, p. 56/75.*

el pago de los costes que genere la contaminación efectuada). Cabe destacar la incorporación del principio de cautela como materialización del objetivo previsto en el mismo precepto cuando señala que la comunidad deberá alcanzar un «nivel de protección adecuado».

- El principio de subsidiaridad recogido en el artículo 130 R párrafo cuarto del AUE desaparece de este título y se incorpora como principio general —ya no solamente se le considera un principio a aplicar en materia de medio ambiente— y se recoge a partir de Maastricht en el artículo 5 del TUE.

- En cuanto al procedimiento de toma de decisiones el TUE modifica la unanimidad expresada en el anterior 130 S y se establece la toma de decisiones conforme al procedimiento de cooperación con otras instituciones europeas del artículo 189 C.

- En el título XIV «Cohesión económica y social» se incorpora en el último párrafo del artículo 130 D la posibilidad al Consejo de «*establecer un Fondo de cohesión*[27] *que proporcione una contribución financiera a proyectos en los sectores de medio ambiente...*».

- Se incorpora al texto del Tratado una DECLARACION relativa a la evaluación de las repercusiones de las medidas comunitarias sobre el medio ambiente que señala que «*La Conferencia toma nota del compromiso de la Comisión en el marco de sus propuestas y de la de los Estados miembros en el contexto de su aplicación, de tener plenamente en cuenta los efectos sobre el medio ambiente, así como el principio del crecimiento sostenible*».

ARANZADI

De estas innovaciones presentadas podemos extraer las siguientes conclusiones sobre la importancia del Tratado de Maastricht en el proceso de integración europea de la política ambiental:

- Se le reconoce a la protección del medio ambiente el rango de «política» siendo considerada de igual categoría que las políticas enumeradas en el artículo 3, al incluirse en el mismo como tal.

27. La creación de este Fondo de Cohesión estaba destinada a cofinanciar actuaciones en lo relacionado con el medio ambiente y las infraestructuras de transporte de interés común. Su objetivo consiste en fomentar la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros. Este instrumento fue instaurado mediante el Reglamento (CE) n.º 1164/94 del Consejo, de 16 de mayo de 1994 que fue modificado en varias ocasiones y, finalmente fue derogado. Actualmente el Fondo de Cohesión se regula por lo dispuesto en el Reglamento (UE) n.º 1300/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, http://data.europa.eu/eli/reg/2013/1300/oj

- Se le reconoce a la Comunidad Europea competencia expresa para realizar actividades comunitarias tendentes a alcanzar «la protección del medio ambiente» que se proclama en el artículo 2 como uno de los objetivos primordiales a alcanzar. Se produce una evolución en cuanto a su incorporación al elenco de competencias expresas y compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros.

- Respecto a la competencia que se le asigna a la Comunidad para dar cumplimiento a uno de los objetivos fundamentales como es la realización de actividades vinculadas a un desarrollo sostenible cabe decir que dicha competencia la ejerce de forma compartida con los Estados miembros en virtud del principio de atribución de competencias[28]. En tanto que es una competencia compartida, se tendrá en cuenta el principio de subsidiariedad, en la medida en que éste determinará cuándo y en qué medida debe actuar la UE.

- Se incorpora el principio de cautela en consonancia con el objetivo de alcanzar un nivel de protección elevado en el ejercicio de la política de la Comunidad en materia de medio ambiente.

Para finalizar este epígrafe dedicado al Tratado de Maastricht citaremos que en esta época se puso en marcha el V Programa (1993-2000) que tenía como una de sus mayores prioridades la necesidad de integrar las cuestiones medioambientales en las demás políticas de la Unión.

ARANZADI

3. EL TRATADO DE ÁMSTERDAM (TA 1997)[29]

Apenas cuatro años después de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht se firmó un nuevo tratado, el Tratado de Ámsterdam. Este breve espacio de tiempo entre la firma de uno y otro obedeció a dos razones: por un lado, dar cuenta de lo establecido en el artículo N2 del TUE que preveía la celebración de una nueva Conferencia Intergubernamental en 1996 que tratase de su reforma y, por otro lado, a la necesidad de adaptar la sistemática del Tratado de la Unión Europea, reformándolo, ante las exigencias

28. Art. 4.2.e) TFUE. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: e) el medio ambiente.
29. Fue firmado el 2 de octubre de 1997, cuya entrada en vigor se produjo el 01 de mayo de 1999. Con la firma de este Tratado se modifica el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea. Fue publicado el 10.11.97. C-340/1-C-340/144.

sociales, políticas e institucionales que generaba la futura ampliación hacia los países de Europa Central y Oriental(PECO)[30].

El Tratado de Ámsterdam de 1997 contribuyó a elevar significativamente la consideración otorgada a la IPA[31] y sembró las semillas para el proceso de integración de Cardiff (iniciado en 1998)[32] que abocó a la adopción por el Consejo de la UE de nueve estrategias de integración sectoriales.

Este Tratado puede decirse que introdujo una serie de cambios de menor importancia por lo que al medio ambiente se refiere. Las principales modificaciones respecto a la redacción del Tratado anterior en materia de medio ambiente y política ambiental son:

- Consagración definitiva del concepto de «*desarrollo sostenible*» *como* uno de los objetivos principales de la Unión como prueba de que en el seno de la Unión Europea se iba haciendo eco de las conclusiones extraídas de los principales foros internacionales que se celebraron en la década de los 90 sobre la protección del medio ambiente[33]. Así se dispone en el artículo B que La Unión tendrá los siguientes objetivos «...conseguir un desarrollo sostenible y equilibrado...».

- Se introduce en el artículo 1 el principio de desarrollo sostenible dotándole de mayor fuerza que en el tratado anterior que se encontraba recogido en el artículo 130 R. Dicho artículo 1. 2 recoge la pretensión que han de alcanzar los territorios de la Unión promoviendo el progreso social y económico teniendo en cuenta dicho principio fortaleciendo así la protección del medio ambiente.

- El artículo 3C se inserta en el Tratado y en consonancia con la política de integración de la política ambiental que postulaba la UE desde

ARANZADI

30. Vid. LÓPEZ, A., *La transición del mercado único a la unión económica y monetaria* (1992-2000) en Historia Jurídica de la Integración Europea, capítulo 10, 2019, pp. 165-178, ed. Dykinson, Madrid, dir. Fernando Bermejo Batanero.
31. La integración de la política ambiental (IPA) implica un proceso continuo para asegurar que los problemas del medio ambiente se vean reflejados en todos los ámbitos de acción. Por regla general, esto exige cambiar aspectos de las actividades políticas, organizativas y de procedimiento para que la incorporación de las cuestiones ambientales se produzca ya en sus fases iniciales y se continúe durante su puesta en práctica. El resultado de la IPA debe ser una mejora global de las políticas y de su aplicación, de acuerdo con las necesidades del desarrollo sostenible. (Extracto del informe de integración de la política ambiental en Europa de la Agencia Europea de Medio Ambiente(2006).
32. Que hemos mencionado en la parte introductoria de nuestro trabajo y que se entendió como un proceso a largo plazo.
33. En este sentido cabe recordar la Cumbre de Río de 1992 en la que se concluía que «*el concepto de desarrollo sostenible era un objetivo alcanzable para todas las personas del mundo, independientemente de que fueran a nivel local, nacional, regional o internacional*».

principios de la década de los 70 y, con mayor fuerza, tras la aprobación del Acta Única Europea, establece que «*Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible*».

- En cuanto a las modificaciones en materia de los procesos de toma de decisiones de las instituciones comunitarias en materia de medio ambiente destacan dos aspectos a tener en cuenta:
  - por un lado, el artículo 130 S establece en su apartado 1 que «*El Consejo con arreglo al procedimiento del artículo 189 B (procedimiento de codecisión) y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, decidirá las acciones que la Comunidad deba emprender...*». Esto se introduce el procedimiento de codecisión en asuntos de materia ambiental.
  - Por otro lado, introduce al Comité de las Regiones en el proceso de toma de decisiones al fijar en el nuevo texto del artículo 130 S apartados 1 y 2 la obligatoriedad de realizar una previa consulta a el Comité de las Regiones.
- En cuanto a la Declaración sobre las evaluaciones del impacto medioambiental se incluye el compromiso de la Comisión de formulación propuestas que puedan tener repercusiones importantes para el medio ambiente.

ARANZADI

Recapitulando podemos afirmar que las modificaciones introducidas en este Tratado son de menor importancia respecto a las del TUE, pero, no cabe duda de que las modificaciones que presentan ambos van en la misma dirección: consolidar la política ambiental como una de las actividades preponderantes de la Unión Europea para alcanzar cuotas elevadas de protección del medio ambiente y procurar un desarrollo sostenible. Para ello, como hemos visto, se mantienen en este Tratado y se introducen también varios cauces para cumplir con uno de los objetivos fundamentales de la Unión como es la protección del medio ambiente: así, por ejemplo, las propias instituciones comunitarias se comprometen a formular propuestas de mejora en el ámbito del medio ambiente; se eleva a categoría de principio general la preocupación por el «*desarrollo sostenible*»; se introduce a las regiones en los procedimientos de toma de decisiones para la creación de disposiciones ambientales con la incorporación del Comité de las Regiones a dichos procedimientos.

Para finalizar este subapartado y como muestra del compromiso de la UE con el medio ambiente mencionaremos en las próximas líneas de

manera concisa algunos de los hitos más importantes que se celebraron desde la aprobación del Tratado de Ámsterdam hasta la entrada en vigor del nuevo Tratado de Niza que abordaremos en el siguiente subapartado.

En 1997 se firma el Protocolo de Kyoto (entró en vigor en 2005) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático[34] celebrada tres años antes. Según lo dispuesto en el mismo los países desarrollados incluidos en su Anexo B se comprometen a limitar y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) con el fin de promover el desarrollo sostenible. Entre todos los países desarrollados deben sumar un recorte total de las emisiones de gases de efecto invernadero de al menos el 5% con respecto a los niveles de 1990 en el período de compromiso de 2008-2012.

El 25 de junio de 1998 la Comunidad firmó el Convenio de Aarhus[35] (Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas) que supuso un avance importante en cuanto a la transparencia informativa ya que permitía el acceso a la información, a la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Entró en vigor en 2005 y sus disposiciones se desarrollaron mediante un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo aprobado en 2006[36] y se consideró un hito muy importante para la participación de la sociedad civil en cuestiones de medio ambiente.

ARANZADI

4. TRATADO DE NIZA (2001)[37]

En materia medioambiental este Tratado presenta cambios menores en el artículo 175 respecto al anterior, que es uno de los preceptos que contiene los principios inspiradores de la política ambiental. En este sentido cabe citar la Declaración relativa al artículo 175 que establece que «Las Altas Partes Contratantes tienen la firma voluntad de velar para que la Unión Europea desempeñe una función impulsora de la protección del medio

34. Instrumento de Ratificación del Protocolo de Kyoto al Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecho en Kyoto el 11 de diciembre de 1997. «BOE» núm. 33, de 08/02/2005.
35. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998. «BOE» núm. 40, de 16 de febrero de 2005, páginas 5535 a 5547.
36. Reglamento (CE) n.º 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006 que fue publicado en el DOUE-L-2006-81793. Este Reglamento fue modificado por el Reglamento (UE) 2021/1767 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 2021 publicado en el DOUE-L-2021-81345.
37. Aprobado el 26 de febrero de 2001 y entró en vigor el 01 de febrero de 2003 tras la celebración de dos referéndums en Irlanda. DO C 80 de 10.3.2001, pp. 1-87.

ambiente tanto en la Unión como en el plano internacional, para perseguir el mismo objetivo a escala mundial».

Se sigue consolidando en este período la tendencia a mejorar la política en materia de protección de medio ambiente y desarrollo sostenible pero no puede decirse que sea una época de creación de normas importantes. Como señala Moreno[38] «*la mayoría de las normas producidas este período han consistido en retoques y actualizaciones de normas preexistentes*».

Durante este período se aprobó el Sexto programa de acción en materia de medio ambiente[39] y sus Estrategias temáticas deberían fomentar la formulación de objetivos y políticas ambientales para gestionar el medio ambiente de la UE, efectuando así una contribución importante a las iniciativas de integración que procuren cambios en la gestión de los recursos y de los residuos que den lugar a la estabilización de modelos de producción y consumo dirigidos a alcanzar un consumo más sostenible que proteja el medio ambiente y haga efectiva la lucha contra el cambio climático. En este sentido cabe citar la Estrategia de Lisboa[40], adoptada por el Consejo Europeo en marzo de 2000 con el objetivo de fomentar la renovación económica, social y medioambiental durante los siguientes diez años. Una de las conclusiones a las que se llegó en dicha cumbre fue que se iba a dar paso a «*una economía digital, basada en el conocimiento, fruto de nuevos bienes y servicios será un poderoso motor para el crecimiento, la competitividad y el empleo. Además, será capaz de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y el medio ambiente*».

ARANZADI

Como último apunte de este período nos gustaría destacar la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE[41] en el año 2000 en el que se incluye en su artículo 37 la protección del medio ambiente y se dispone en él que «*En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad*». Es un detalle más de la preocupación creciente por

38. Vid. MORENO, A., (2005). *Op. cit.* p. 30.
39. El Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente, denominado «Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos», cubre el período comprendido entre el 22 de julio de 2001 y el 21 de julio de 2012 Este Programa está inspirado en el Quinto programa de actuación en materia de medio ambiente para el período 1992-2000 y en la Decisión relativa a su reexamen. COM (1998) 333 —Decisión n.º 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente— [Diario Oficial L 242 de 10.9.2002].
40. Estrategia de Lisboa(2000). En este documento se pueden leer las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa celebrado en el año 2000 https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm
41. *Diario Oficial n.º C 083 de 30/03/2010 pp. 0389-0403.*

el medio ambiente y el desarrollo sostenible que demuestra el carácter progresivo y evolutivo de la política ambiental de la Unión.

5. EL INTENTO FALLIDO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA (2004)

Si bien el Tratado de Roma de 2004 en el que se aprobó la denominada Constitución de Europa —que finalmente no entrará en vigor como veremos más adelante— no aportaba cambios significativos en materia de política ambiental, no podíamos dejar de citar este proyecto en nuestra descripción evolutiva de la política ambiental de la Unión Europea.

En realidad, los años siguientes a la aprobación del Tratado de Niza en 2001 han sido considerados cruciales en cuanto al proceso de integración europeo habida cuenta que, por circunstancias ajenas a la propia Unión Europea, este proceso se vio ralentizado en esta época por la desintegración del bloque socialista cuyos países pretendían adherirse en masa en lo que se llamó la «Gran ampliación» (se barajaba la posibilidad de ampliar a 25 miembros la Unión que suponía casi duplicar el número de Estados miembros).

Además, en mitad de este proceso de adhesión de nuevos miembros se fraguó la idea de aprobar una Constitución para Europa que aspiraba a convertirse en el marco constitucional de referencia del a Unión. Este proyecto de Constitución para Europa, como se le denominó «Tratado Constitucional» fue firmado 29 de octubre de 2004.en Roma, pero su entrada en vigor finalmente no se produjo como consecuencia del resultado negativo de los referéndums celebrados en Francia y los Países Bajos[42].

ARANZADI

En lo que respecta a los cambios que hubiese producido la entrada en vigor de este Tratado respecto a la materia del medio ambiente podemos afirmar como señala Plaza[43] «que fueron de detalle, manteniéndose en gran medida las disposiciones del Tratado de la CE».

Durante los años en los que se discutía sobre el futuro de Europa la preocupación por la naturaleza, la mejora de la calidad de vida y el desarrollo de una economía sostenible, se mantenía al alza y, así por ejemplo, podemos

42. Para una lectura detallada véase del profesor GARCIA, A.(2019), el capítulo 11 «De Niza a Lisboa: la gran ampliación y el fracaso de la Constitución Europea (2001-2009)», en *Historia jurídica de la Integración Europea*, Madrid, Ed. Dykinson, pp. 179-184. En estas páginas se explica detalladamente el proceso de aprobación de un Proyecto de Constitución para Europa y las causas de su fracaso.

43. Vid. PLAZA,C. (2006). *Op. cit.* pp. 54 y ss. Como ejemplo de este insignificante cambio en materia ambiental señala el cambio que se produciría en cuanto a la terminología a utilizar puesto que, con el nuevo Tratado, los término política ambiental comunitaria y Derecho ambiental comunitario darían lugar a la Política y al Derecho ambiental de la Unión.

citar la Directiva 2003/87/CE («Directiva RCDE»)[44] que establece medidas de reducción de emisiones de CO_2 y otros gases de efecto invernadero en la UE de forma eficaz, que afecta a las fábricas, centrales eléctricas y otras instalaciones fijas, así como el sector de la aviación. Dicha norma comunitaria supuso la puesta en marcha de un Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la UE en 2005[45] cuyo objetivo principal era reducir las emisiones de gases de efecto invernadero a través de un programa de incentivos económicos para conseguir la disminución de estos gases de manera significativa para el año 2030 y alcanzar la cuota de «emisiones cero» en 2050.

6. TRATADO DE LISBOA (2007)[46]

Como señala el profesor García[47] «la situación de bloqueo que produjo el rechazo al Tratado Constitucional por parte de dos de los países fundadores de la UE derivó en una nueva fase de debate y reflexión sobre el futuro de Europa. Esta situación de "impasse" tras la negativa a la construcción de una Constitución para Europa se solucionó mediante la celebración de una nueva CIG cuyo objetivo debía ser la elaboración de un Tratado que reformara el vigente que incluyera, además de las innovaciones presentadas en al Tratado constitucional, rechazara los asuntos más polémicos» ... Esta Conferencia presentó sus trabajos en octubre de 2007 y, en diciembre del mismo año se firmó el denominado Tratado de Lisboa que entró en vigor en diciembre de 2009.

ARANZADI

En lo que al medio ambiente se refiere se mantiene que la Unión «obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa», mediante el desarrollo de actividades comunitarias que cuenten con «un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente» (art. 2.3 Tratado de Lisboa, en adelante TL). El objetivo se mantiene para la acción exterior puesto que «en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión (...) contribuirá (...) al desarrollo sostenible del planeta» (art. 2.5. TL). Por su parte, el TFUE recoge

44. Fue publicada en el DOUE núm. 275, de 25 de octubre de 2003 y ha sido modificada en varias ocasiones con la finalidad de intensificar las reducciones de emisiones de forma eficaz, siendo la última modificación aprobada con la Directiva (UE) 2018/410) del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de marzo de 2018 publicada en DOUE núm. 76, de 19 de marzo de 2018.
45. Este régimen fue incorporado al ordenamiento jurídico español por la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero publicada en BOE-A-2005-3941 y modificada por la Ley 9/2020, de 16 de diciembre, para incorporar las nuevas reglas que se aplicarán a este Mercado, en su fase IV de funcionamiento, durante el periodo 2021-2030 que fue publicada en el BOE núm. 328, de 17 de diciembre de 2020.
46. Aprobado en 13 diciembre de 2007 y publicado en «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010.
47. Vid. GARCÍA, A. (2019). *Op. cit.* p. 185.

expresamente que, junto a otros, el medio ambiente es un ámbito que constituye una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros (art. 4.2e. TFUE) como habíamos mencionado anteriormente.

Esta competencia se desarrolla a su vez en el Título XX del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que lleva por rúbrica «Medio ambiente»; donde se indican los cuatro objetivos principales en esta materia: primero, la conservación, la protección y la mejora de la calidad del Medio ambiente; segundo, la protección de la salud de las personas; tercero, la utilización prudente y racional de los recursos naturales; y cuarto, introducido por el Tratado de Lisboa, el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático. Esta necesidad concreta de luchar contra el cambio climático con medidas internacionales es una adición realizada por el Tratado de Lisboa que no se recogía en la Constitución Europea, reflejo de la relevancia que para la Unión ha adquirido dicha cuestión.

Otra novedad importante en cuanto al procedimiento de aprobación de las disposiciones comunitarias en este ámbito radica en que los ámbitos exceptuados de ser regulados por codecisión podrán pasar a serlo por decisión del Consejo, adoptada por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, Comité Económico y Social y Comité de las Regiones (art. 192.2 TFUE). En todo lo demás, el Tratado de Lisboa mantiene el procedimiento de codecisión —denominado «procedimiento legislativo ordinario»— como instrumento normativo general en materia de medio ambiente.

ARANZADI

Por último, debe mencionarse una novedad del Tratado de Lisboa directamente vinculada a la energía pero que tendrá relevancia en la política de medio ambiente. Nos referimos al hecho de que se regula de manera independiente la Política de Energía (Título XXI). La misma aspirará «atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente» a cumplir una serie de objetivos, entre los que se encuentra «fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables» (art. 194 TFUE).

Durante los años siguientes a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se han seguido celebrando acuerdos y adoptando medidas cuyos objetivos principales van dirigidos a la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero en consonancia con la lucha contra el cambio climático.

Algunos de los hitos más importantes celebrados en materia de medio ambiente desde finales de la primera década del siglo XXI hasta la puesta

en marcha por la Comisión Europea en 2019 del Pacto Verde Europeo que trataremos en el siguiente apartado son:

En 2011, la Unión adoptó su Estrategia sobre la Biodiversidad hasta 2020[48], que refleja los compromisos tomados conforme al Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, el principal acuerdo internacional en materia de biodiversidad, en el que la Unión es parte.

Durante estos años la Unión respaldó un nuevo tratado sobre el cambio climático, el denominado Acuerdo de París de 2015[49], que fue firmado por 195 países que se comprometieron a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero para limitar el aumento de la temperatura global.

Ante este panorama mundial, la Unión Europea puso en marcha en diciembre de 2019, el denominado Pacto Verde Europeo (European Green Deal) con el objetivo de centrar los esfuerzos de las políticas de la Unión para lograr que Europa se convierta en el primer continente climáticamente neutro del mundo en 2050.

III. EL PACTO VERDE EUROPEO (THE GREEN DEAL)[50]

El Pacto Verde Europeo afirma el profesor Martínez Dalmau[51] «*tiene la intención de constituirse como la columna vertebral de las políticas climáticas y de transición ecológica aplicables a los países de la Unión Europea*».

ARANZADI

Como se ha avanzado al finalizar el epígrafe anterior, la Unión Europea puso en marcha el denominado «Pacto Verde Europeo» mediante una comunicación presentada por la Comisión en diciembre de 2019 al resto de instituciones europeas. En este documento la Comisión establecía los objetivos y las directrices que debía seguir la Unión para combatir el cambio climático.

48. Se denominó oficialmente «Estrategia de la UE sobre la biodiversidad hasta 2020: nuestro seguro de vida y capital natural» La Estrategia es el resultado de dos importantes compromisos asumidos por los líderes de la UE en marzo de 2010, a saber, detener la pérdida de biodiversidad en la UE antes de 2020, y proteger, evaluar y restaurar la biodiversidad y los servicios ecosistémicos de la UE antes de 2050. Este documento puede leerse en COM/2011/0244 final.
49. Se firmó dentro de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y entró en vigor el 4 de noviembre de 2016.
50. Fue presentado por la Comisión en fecha 11 de diciembre de 2019. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones el Pacto Verde Europeo. COM/2019/640 final.
51. MARTINEZ, R. y TREMOLADA, E., «La lucha contra el cambio climático y a favor de la sostenibilidad ambiental en la Unión Europea: ¿Sigue siendo el European Green Deal una prioridad?»; en Tremolada Álvarez, E.; *Desarrollo sostenible e integración IUS Cogens* n.º 10, Universidad de Externado, Bogotá, (2022).

Este Pacto se enmarca y vincula a su vez dentro de los más amplios Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas que, tal y como ha indicado la doctrina, pretenden ser la base de un nuevo «contrato social» a nivel global[52]. El Pacto Verde se presenta y fundamenta en este sentido como una suerte de «New Deal». Así al modo en el que el Presidente norteamericano Roosevelt puso en marcha un nuevo modelo económico en los Estados Unidos tras el crack del 29 y sus consiguientes efectos devastadores para la economía, también la Von de Leyen propuso un nuevo rumbo y un nuevo objetivo bajo la fórmula del Pacto Verde europeo, una destino compartido respetuoso con la Naturaleza, que se definió formalmente como *una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la UE en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos.*

El Pacto Verde Europeo puede considerarse como parte fundamental de la denominada Agenda de Desarrollo Sostenible 2030 aprobada en la Cumbre de las Naciones Unidades en 2015 que fue citada anteriormente. Los elementos clave de este Pacto son: elevar el nivel de ambición climática de la UE para 2030 y 2050; suministro de una energía limpia, asequible y segura; la transición de la industria hacia una economía circular; el uso eficiente de la energía y los recursos constructivos y de renovación de los edificios; la transición hacia una movilidad sostenible; la estrategia «De la granja a la mesa» como parte del cambio a un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medio ambiente; la conservación y restablecimiento de los ecosistemas y la biodiversidad; y hacia una contaminación cero en un entorno sin sustancias tóxicas.

ARANZADI

Ahora bien, como se señala en la Comunicación para sacar adelante el Pacto Verde Europeo se deberá reflexionar, entre otras, sobre las políticas existentes de suministro de energía limpia al conjunto de la economía, la industria, la producción, el consumo, el transporte, la alimentación...Para lograr la neutralidad climática no será suficiente con el establecimiento de medidas para adoptar nuevas políticas sino que fundamentalmente el cam-

52. ALCARAZ, M «Reflexiones generales sobre los objetivos de desarrollo sostenible» en Arrabal Platero, P.; *Los objetivos de desarrollo sostenible y la inteligencia artificial en el proceso judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia:2022. «*Me parece que es en este marco crítico donde debemos ubicar la idea de que los ODS pueden ser el contrato social de la época de la globalización, capaz de aportar seguridad y libertad, las ambiciones que los clásicos del pensamiento político atribuyeron al concepto. El enunciado es atractivo en cuanto que es ambicioso, sintético e incluye, necesariamente, un aspecto insoslayable: el de la participación de la ciudadanía en el acuerdo. Pero, dicho esto, cabe imaginar la cuestión como un proceso, de la misma manera que el hipotético contrato resultante no sería como los que en otras épocas se imaginaron, sino acuerdos inicialmente provisionales, que ataran su finalidad con los medios para alcanzarlos y con los cambios en las estructuras de gobernabilidad y participación social*».

bio deberá apoyarse en una transformación de la economía, esto es, en adoptar un nuevo modo de producción basado en la denominada «economía circular» (donde, a groso modo, los residuos son las nuevas materias primas). Como señala el profesor Camisón «la descarbonización de la economía, en tanto que objetivo concreto del Pacto Verde Europeo y demanda intrínseca del modo de producción capitalista en su evolución a una nueva fase, supone, fundamentalmente, que progresivamente se abandonará el consumo de combustibles fósiles, que ha sido y es elemento central del desarrollo industrial y económico desde la invención de la máquina de vapor hasta nuestros días»[53]. La emisión continuada y cada vez mayor de dióxido de carbono a la atmósfera, fruto de la extensión del capitalismo y del uso de estos combustibles es, como se sabe, la principal causa del calentamiento global; que, a su vez, es el principal y más grave de los varios problemas climáticos que enfrentamos[54].

Sin embargo la descarbonización de la economía que es objetivo central de Pacto Verde, en el marco del Acuerdo Internacional de París, no significa, en los términos en los que se plantea y se concreta actualmente que la UE abandone totalmente la emisión de gases de efecto invernadero; sino a lo que se aspira es a que la Unión sea «climáticamente neutra»[55]. Este compromiso que se adquiere y se juridifica por vía de Reglamento[56] a lo que obliga —que ciertamente no es algo menor— es que llegado el año 2050 toda

ARANZADI

53. CAMISÓN, J. A., *El Pacto Verde Europeo: aportaciones de la UE a la transición ecológica(2023)* en La Unión Europea ante la crisis: Derechos, valores, seguridad y defensa coord. BAR, A. y MARTINEZ, M., ed. Aranzadi, Pamplona, España.
54. Vid. sobre los efectos y peligros de los gases de efecto invernadero que produce el consumo de los combustibles fósiles, Considerando (3) del Reglamento (UE) 2021/1119 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática: *El Informe especial de 2018 del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) relativo a los impactos del calentamiento global de 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del refuerzo de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza, proporciona una base científica sólida para hacer frente al cambio climático e ilustra la necesidad de intensificar rápidamente la acción por el clima y de proseguir con la transición hacia una economía climáticamente neutra. Dicho informe confirma que las emisiones de gases de efecto invernadero deben reducirse con urgencia y que el cambio climático debe limitarse a 1,5 °C, en particular para reducir la probabilidad de que se produzcan fenómenos meteorológicos extremos y se llegue a un punto de inflexión.*
55. Art. 2.1. del Reglamento (UE) 2021/1119 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática: *Las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero reguladas en el Derecho de la Unión estarán equilibradas dentro de la Unión a más tardar en 2050, por lo que en esa fecha las emisiones netas deben haberse reducido a cero y, a partir de entonces, la Unión tendrá como objetivo lograr unas emisiones negativas.*
56. Recordemos que tal y como estable el art. 288 del TFUE el reglamento es una fuente de Derecho comunitario derivada que tiene como rasgos ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros.

vez que se contabilizan todos los gases de efecto invernadero emitidos a la atmósfera por las distintas actividades económicas e industriales europeas y se resta a esta cifra de «gases emitidos» los que de ella la Naturaleza es capaz de absorber (por sí o ayudada por medios técnicos) la cifra resultante debe ser cero. Esto es, no es que la UE deje de contaminar, sino que su contaminación está en situación de ser totalmente reabsorbida.

Como paso intermedio la UE se obliga a que la reducción de dichas emisiones sea para el año 2030 de un 55%[57]. Para poder conseguir esta reducción se han adoptado en la Unión una serie de muy diversas medidas transversales e interconectadas propuestas por la Comisión que se agrupan bajo la denominación de «objetivo 55», entre las que se encuentran proyectos normativos y de actuación en los siguientes ámbitos: el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE, el Reglamento de reparto del esfuerzo, el cambio en el uso de la tierra y silvicultura (UTCUTS), la puesta en marcha de infraestructura para combustibles alternativos, el Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono, el Fondo Social para el Clima, las iniciativas «ReFuelEU Aviation» y «FuelEU Maritime», las normas sobre emisiones de CO2 para turismos y furgonetas, los cambios para una fiscalidad verde de la energía, el más y mejor desarrollo y utilización las energías renovables[58]. Como se ha significado por la doctrina el «objetivo 55» es una manifestación clara y evidente de la firme voluntad de la Unión en seguir avanzando y profundizando en la descarbonización que implica la Transición Verde, en tanto que «prioridad para Europa».

ARANZADI

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto la preocupación por la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible del planeta no fue, en sus inicios, motivo de preocupación ni era considerado un tema prioritario en el proceso de integración europeo. Ahora bien, no cabe duda que a raíz de los cambios de valores que ha asumido la sociedad, sobre a partir de la década de los 70, la Unión Europea ha ido avanzando de manera paulatina hacia una mayor preocupación por el medio ambiente que se cristalizó en las recomendaciones efectuadas a través de diversos instrumentos jurídicos a los

57. Artículo 4 del Reglamento (UE) 2021/1119 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática: (...) *el objetivo de neutralidad climática establecido en el artículo 2, apartado 1, el objetivo climático vinculante de la Unión para 2030 consistirá en una reducción interna de las emisiones netas de gases de efecto invernadero (emisiones una vez deducidas las absorciones) de, al menos, un 55% con respecto a los niveles de 1990, de aquí a 2030.*

58. COMSIÓN EUROPEA; COM (2021) 550 final «Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática; Bruselas 14.7.2021; puede consultarse en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0550&from=nl (última consulta 1.3.2023).

Estados miembros para avanzar en estas cuestiones. No cabe duda que la Cumbre europea de París de 1972 en la que se acogió de forma favorable la iniciativa del año anterior del Consejo para que la Unión adoptara «*un programa comunitario de acción en defensa del medio ambiente*», marcó un punto de inflexión en cuanto al interés por cuestiones ambientales de esta organización. A partir de esta fecha, el proceso de transición ecológica se fue gestando mediante la aprobación de varios programas de acción de medio ambiente que promulgaban la integración de la política ambiental europea.

El año 1992 fue clave en cuanto al proceso de integración de la política ambiental y para el inicio de la transición ecológica a nivel mundial habida cuenta que, a nivel europeo en el Tratado de Maastricht, se incluyó la competencia en materia de medio ambiente para la Unión Europea —eso sí con carácter subsidiario en virtud de la aplicación del principio de subsidiariedad que le otorgaba a los Estados miembros por su mayor cercanía con los ciudadanos prioridad para el ejercicio de la misma— y a escala mundial, se celebró la Cumbre de Río de Janeiro en la que se introdujeron conceptos nuevos como «desarrollo sostenible» que implicaba el inicio de un camino hacia la denominada «transición ecológica».

A comienzos del siglo XXI tanto Naciones Unidas a escala mundial como la Unión Europea a escala regional, intensificaron los trabajos para lograr los objetivos propuestos en cuanto a la mejora de la calidad de vida en el planeta y a la consecución de una transformación del modo de producción que permitiese alcanzar la deseada transición ecológica de la que hablábamos. En este contexto, la Unión Europea aprobó a propuesta de la Comisión en 2019, el proyecto más ambicioso en cuanto a la consecución de la sostenibilidad y la transición ecológica, el Pacto Verde Europeo, cuyo objetivo es ser el primer continente neutro climáticamente hablando en el año 2050.

ARANZADI

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO, J. Las competencias de la Comunidad Europea en materia medioambiental y su incidencia en el ejercicio de las competencias en el ámbito interno en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* año n.º 33 (1998).

ALCARAZ, M. «Reflexiones generales sobre los objetivos de desarrollo sostenible» en Arrabal Platero, P.; *Los objetivos de desarrollo sostenible y la inteligencia artificial en el proceso judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia:2022.

ALONSO, E. *El Derecho ambiental de la Comunidad Europea,* Madrid, Civitas, 2 vol.1993.

CAMISÓN, J. A. El Pacto Verde Europeo: aportaciones de la UE a la transición ecológica (2023) en La Unión Europea ante la crisis: Derechos, valores, seguridad y defensa coord. BAR, A. y MARTINEZ, M., ed. Aranzadi, Pamplona, España.

GARCÍA, A. «De Niza a Lisboa: la gran ampliación y el fracaso de la Constitución Europea (2001-2009)» en Historia jurídica de la Integración Europea, Madrid, Ed. Dykinson, 2019.

KRÄMER, L. Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea, Madrid, España, ed. Marcial Pons.1999.

LÓPEZ, A. *La transición del mercado único a la unión económica y monetaria* (1992-2000) en Historia Jurídica de la Integración Europea, Ed. Dykinson, Madrid, dir. Fernando Bermejo Batanero.2019.

LOPEZ, F. Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental *en Revista de Administración Pública* Núm. 142. 1997.

MARTÍNEZ, R. y TREMOLADA, E. «La lucha contra el cambio climático y a favor de la sostenibilidad ambiental en la Unión Europea: ¿Sigue siendo el European Green Deal una prioridad?»; en Tremolada Álvarez, E.; *Desarrollo sostenible e integración Ius cogens* n.º 10, Universidad de Externado, Bogotá.2022.

ARANZADI

MORENO, A. M. Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España.2006.

PAREJO, L. «Origen y desarrollo del derecho medioambiental en el ordenamiento comunitario europeo», en el vol. col. *Derecho medioambiental de la Comunidad Europea,* Madrid, McGraw-Hill,1996.

PÉREZ DE NANCLARES, J. M., La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados Miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia en *Revista de Derecho comunitario europeo, año n.º 6, volumen 12*.2002.

PÉREZ, N. *Instrumentos jurídicos y programas de la política comunitaria de medio ambiente,* «RAAP», núm. 20.1994.

PLAZA, C. Derecho ambiental de la Unión Europea. Valencia, España, Tirant Lo Blanch. 2005.

SÁNCHEZ, D. (1994): *La política ambiental comunitaria en el Tratado de la Comunidad Europea,* «RDAmb», núm. 12,1994.

VILLALBA, F. G. et CAMISÓN, J. A., El fin de la división europea y el Tratado de la Unión Europea (1986-1992) en Historia Jurídica de la Integración Europea, Madrid, España, Dykinson.2021.

ARANZADI

ARANZADI

Capítulo XII

Las competencias medioambientales tras el tratado de Maastricht: entre lo global y lo local. el ordenamiento comunitario como nexo de unión entre sistemas jurídicos de protección ambiental [1]

María Jesús García García
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia
Titular de la Cátedra Jean Monnet «Servicios Económicos de Interés General en el marco de la cohesión social y territorial» (101047166 SGEI-EU)
Directora del Módulo Jean Monnet Citizens' integration into EU democracy (101047164 CitEUdem)

ARANZADI

SUMARIO: I. LAS IDEAS NUCLEARES DEL MEDIO AMBIENTE. *1. La clave del problema: las connotaciones económicas del medio ambiente. 2. La dimensión local y global del medio ambiente.* II. LA INTERACCIÓN ENTRE LOS DISTINTOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. *1. El impulso internacional. Valoración de los instrumentos internacionales en materia de medio ambiente. 2. La protección del medio ambiente a nivel regional: el papel de la Unión Europea.* 2.1. La evolución de Derecho Ambiental en el ámbito de la Unión Europea. 2.2. Los instrumentos europeos de política ambiental.

1. El presente trabajo se elabora en el marco del Módulo Jean Monnet Citizens' Integration into European Union democracy (101047164 CitEUdem).

2.3. Un ejemplo más en la concreción de los objetivos internacionales en el plano europeo: la Ley de restauración de la naturaleza. III. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EUROPEAS A NIVEL LOCAL: INSTRUMENTOS COMUNITARIOS DE SEGUIMIENTO, FISCALIZACIÓN Y CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS AMBIENTALES POR PARTE DE LOS ESTADOS. *1. Mecanismos institucionales de carácter general. 2. Mecanismos a disposición de los particulares para el cumplimiento de la legislación ambiental.* 2.1. El derecho de petición ante la infracción de normas ambientales por parte de los estados. 2.2. La acción de responsabilidad por incumplimiento de las normas ambientales europeas. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS IDEAS NUCLEARES DEL MEDIO AMBIENTE

1. LA CLAVE DEL PROBLEMA: LAS CONNOTACIONES ECONÓMICAS DEL MEDIO AMBIENTE

En materia de protección y defensa del medio ambiente se dan cita tres ideas nucleares en torno a las cuales se articula el Derecho Ambiental. La primera de ellas alude a la interrelación entre medio ambiente y economía. Los daños al medio ambiente se causan sobre todo por intereses económicos, por eso puede decirse que existe una pugna entre el interés de tutela y defensa del medio ambiente y los intereses económicos. Puede decirse que cualquier actividad humana se presume dañosa para el medio ambiente, pero este axioma se cumple con mayor intensidad en el caso de aquellas actividades realizadas con una finalidad lucrativa y construidas sobre la base de una idea de negocio[2]. Esta idea ha creado una escisión social, que se aprecia sobre todo en aquellos casos controvertidos en los que se debate entre los beneficios económicos que proporciona una actividad y sus efectos medioambientales[3]. Y es que, por primera vez, no hay consenso social en cuanto a la idea de progreso, considerado hasta fechas recientes como sinónimo de avance y cuestionado ahora en muchos casos en tanto en cuanto puesto en relación con el medio ambiente. Estas consideraciones son importantes porque constituyen la realidad previa a la formulación del Derecho

ARANZADI

2. SANZ LARRUGA, F. J., (Dir.), Derecho Ambiental en tiempo de crisis, Tirant lo Blanch, 2017.

3. Así, por ejemplo, se ve en el caso de Villalcañas, o Doñana. En su aplicación concreta a la dimensión urbanística, puede verse PAREJO ALFONSO, L. «La ordenación territorial urbanística y el cambio climático». *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 171, (2021), p. 87.

ambiental[4]. Por esta razón, el Derecho ambiental se define como el derecho de la gestión del riesgo y la incertidumbre (ambiental) que provocan las actividades humanas y su finalidad es la de conciliar los intereses ambientales con los intereses económicos que confluyen invariablemente en los bienes ambientales. En este sentido, es oportuno destacar la triple dimensión del medio ambiente desde un punto de vista económico. Por un lado, es fuente de recursos naturales, ya que suministra todas aquellas materias primas necesarias en los procesos de producción, con los problemas para el entorno natural que ello provoca, dada la capacidad limitada del planeta para producir estos recursos, los problemas de contaminación que su uso conlleva, y el peligro de su sobreexplotación. Por otro lado, el planeta es también un vertedero de residuos originados en el proceso de producción, con los problemas adicionales de contaminación que ello provoca. Finalmente, el medio ambiente es una fuente de servicios, afirmación que se ejemplifica muy bien al pensar en la utilización de la naturaleza como soporte al sector turístico. Todas estas afirmaciones nos llevan a pesar en el medio ambiente como un factor más de producción, expuesto a los ires y venires del mercado y de los intereses económicos que, dada su repercusión, necesita ser objeto de protección específico y desvinculado de su interés económico o lucrativo.

Los problemas medioambientales cuestionan la viabilidad del modelo de crecimiento económico y por esta razón desde las más altas instancias internacionales se apuesta por una política ambiental que garantice el desarrollo sostenible[5], es decir, que desvincule el crecimiento económico y el aumento incesante de los bienes y servicios producidos, del incremento del consumo de recursos, energía y emisión de gases de efecto invernadero. Las soluciones a esta situación pasan por cambios en el modo de consumir, producir y comerciar impulsados bajo el rótulo de la economía circular, la reducción de los residuos producidos apostando por la idea del reciclaje, la apuesta por la eficiencia energética y el uso de energías renovables[6], o la investigación y fomento de la educación ambiental.

ARANZADI

4. La relación entre economía y medio ambiente, abanderada por la idea de sostenibilidad ambiental puede verse en LÓPEZ RAMÓN, F., Manual de derecho ambiental y urbanístico, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2021, pp. 50 y ss.
5. PAREJO ALONSO, L., «Urbanismo y medio urbano bajo el signo del desarrollo sostenible», *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, (2014), pp. 2313-2331.
6. ALENZA GARCÍA, J. F., (Dir.), La regulación de las energías renovables ante el cambio climático, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.Ver también GARCÍA GARCÍA, M. J., «Ordenanzas de captación y aprovechamiento de la energía solar y competencias locales en materia de aprovechamiento energético», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 303, (2016) pp. 117-138.

Las fórmulas jurídicas articuladas para ello son de lo más variadas, siendo uno de los ámbitos de actividad donde se puede apreciar todo el despliegue de mecanismos públicos (licencias, autorizaciones, sanciones, disciplina ambiental) e incluso el papel del sector privado a través de fórmulas de autorregulación y autocontrol[7]. Así pues, los sujetos llamados a tutelar el medio ambiente a través del Derecho ambiental incluyen a las administraciones públicas, jueces y tribunales y particulares, bien en su papel de consumidores (reciclaje, uso eficiente de los recursos), bien en su papel empresarial a través de los sistemas de gestión ambiental, auditorias, o etiquetado ecológico.

2. LA DIMENSIÓN LOCAL Y GLOBAL DEL MEDIO AMBIENTE

El medio ambiente es un problema de alcance global dada su dimensión transnacional, que no conoce fronteras. La gestión medioambiental responde al principio *pensar globalmente, actuar localmente*[8], lo que da origen a la existencia de distintos ordenamientos y sistemas de protección del medio ambiente y a la interacción e interrelación entre ellos. Eso significa que las normas y principios medioambientales deben tener un origen internacional[9], pero después, tales normas y principios deben ser aplicados a nivel o a escala local, o lo que es lo mismo, deben ser aplicadas por los ordenamientos jurídicos nacionales, ya que su eficacia depende de su aplicación por parte de los estados.

ARANZADI

En el caso de España, su pertenencia a una organización supranacional de integración como es la Unión Europea supone que existen tres marcos jurídicos diferentes de protección del medio ambiente: el internacional, el regional o Derecho comunitario, y el derecho interno del Estado español[10]. Estos tres sistemas jurídicos deben coordinarse para lograr los objetivos de defensa y tutela del medio ambiente. La interacción entre estos tres sistemas jurídicos se produce en orden descendente, donde el nivel internacional precede al nivel regional y este a los niveles internos. La forma en que estos tres sistemas jurídicos interactúan recuerda a una fuente con distintos niveles de agua, ya que la relación entre ellos se produce en un orden descendente: en el nivel superior encontramos las normas y principios de derecho interna-

7. ESTEVE PARDO, J., Derecho del medio ambiente, Marcial Pons, 2017, *pp. 137 y ss.* Igualmente, ORTEGA ÁLVAREZ, L. y ALONSO GARCÍA, C., (Dirs.). Tratado de Derecho Ambiental, Tirant lo Blanch, 2012.
8. GALERA RODRIGO, S. y GÓMEZ ZAMORA, M. M. (coord.), Políticas locales de clima y energía, INAP, 2018.
9. Sobre la dimensión internacional del medio ambiente, LOZANO CUTANDA, B., Tratado de Derecho Ambiental, CEF, 2014.
10. LÓPEZ RAMÓN, F., «El medio ambiente en la constitución española, *Revista de Derecho Urbanístico*», núm. 222, (2005), pp. 183-198.

cional. Estas normas internacionales, especialmente los principios y los objetivos por los que se rigen, van a ser recepcionadas por las estructuras regionales de integración, en nuestro caso, la Unión Europea, y los estados. Finalmente, los ordenamientos jurídicos de los estados miembros recepcionan el derecho regional y lo desarrollan en su ámbito interno. El Derecho europeo actúa, pues, como correa de trasmisión del derecho internacional, que, a través de la asimilación de sus principios y objetivos, pasa así al ámbito interno de los estados.

Y este nivel descendente no se solo se refiere a la temporalidad en la producción del derecho, sino también en un sentido jerárquico, ya que las normas de carácter regional y estatal deben respetar el orden internacional, de modo que funcionan como niveles mínimos de protección. Los niveles inferiores deben partir de esos mínimos niveles de protección, e incrementarlos, pero nunca desoírlos.

II. LA INTERACCIÓN ENTRE LOS DISTINTOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

1. EL IMPULSO INTERNACIONAL. VALORACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE

ARANZADI

Los primeros cimientos de protección del medio ambiente fueron elaborados a nivel internacional y de ahí han ido pasando a los niveles regionales y locales. De esta manera, las actuaciones internacionales preceden y abren camino a las actuaciones regional y local. Y ello por dos razones: la transnacionalidad y la reticencia de los estados a adoptar medidas sin que haya un compromiso por parte del resto de los estados en termino similares. Los estados son reacios a aplicar medidas de ámbito nacional sin asegurarse de que los demás estados adoptarán medidas similares.

Así, el impulso internacional es decisivo para la tutela y gestión del medio ambiente. Ya en 1972, la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Humano puso de manifiesto la inquietud de la comunidad internacional sobre esta materia [11]. De ella derivaron el Programa de las Naciones Unidas sobre medio Ambiente y la Carta Mundial de la Naturaleza [12].

11. JUSTE RUIZ, J., «50 años del Derecho internacional ambiental: la participación de la sociedad civil». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 13 (2), (2022), pp. 1-33. Igualmente, GILES CARNERO, R., «La conferencia de Estocolmo y el impulso a la protección jurídica internacional de la atmósfera: de lo transfronterizo a lo global», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 13(2), (2022).
12. Sobre esta materia, puede verse AGUILA, YANN. AND DE BELLIS, M. C. «Un marciano en las Naciones Unidas o reflexiones ingenuas sobre la gobernanzamedioambiental mundial». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 13, (2022), pp. 1-33.

Con todo, el impulso decisivo vendría de la mano de la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. De ella van a resultar dos instrumentos fundamentales: Por un lado, la Declaración de Río, sobre Medio Ambiente y desarrollo, en la que se pondrá de manifiesto el paradigma del desarrollo sostenible, principio inductor de todas las actuaciones ambientales. Sin embargo, conviene no obviar que el término Declaración implica que las partes no deseaban establecer obligaciones vinculantes, sin simplemente dar a conocer determinadas aspiraciones. Por otro lado, la Conferencia de Río de Janeiro, donde se gesta la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, firmada en 1992, que es el primer acuerdo internacional importante para combatir el cambio climático. Fue ratificada por 196 países que incluían todos los de la Unión Europea, más la propia Unión Europea, por lo que tiene la consideración de acuerdo mixto. Se trata de un instrumento internacional de gran relevancia porque a partir de él se van a impulsar las cumbres climáticas anuales, o conferencia de las partes, que han dado lugar a hitos decisivos como el Protocolo de Kioto[13], en 1997, o el Acuerdo de París en 2015[14]. Recientemente, la cumbre del clima de Glasgow[15], la COP26, puso de manifiesto que los esfuerzos para frenar el calentamiento global no son suficientes[16].

Los Acuerdos y convenios internacionales celebrados hasta la fecha ponen de manifiesto el papel del Derecho internacional en la defensa del

ARANZADI

13. En 1997, la Convención fue complementada por el Protocolo de Kioto (COP3), que es un instrumento que contempla obligaciones sustantivas concretas para alcanzar los objetivos generales de la convención marco anterior. Es un acuerdo internacional que establece obligaciones vinculantes para los países industrializados con el fin de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Entró en vigor en 2005 y constituye un nuevo paso para invertir la tendencia mundial al aumento de las emisiones. En él se estableció que los países desarrollados debían reducir sus emisiones de gases causantes del efecto invernadero en un 5,2% entre el año 2008 y el año 2012 respecto de las emisiones del año 1990.
14. Con el objeto de abordar el cambio climático y sus efectos negativos, 197 países adoptaron en la COP21 el Acuerdo de París el 12 de diciembre de 2015, que entró en vigor en 2016 y fue firmado por 55 países. Tiene por objeto reducir de forma sustancial las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero y limitar el aumento global de la temperatura en este siglo a 2 grados Celsius, al tiempo que busca medios de limitar la subida todavía más, a 1,5 grados. Hoy en día, 191 países (190 países más la Unión Europea) se han unido al Acuerdo de París.
15. FAJARDO DEL CASTILLO, T.; CAMPINS ERITJA, *M.*, «La COP26 De Glasgow Sobre El Cambio climático: ¿truco O Trato?», *Revista Catalana de Derecho ambiental*, núm. *12*, (2021), pp. 22 y ss.
16. La cumbre del clima de Glasgow, la COP26, se cerró con el reconocimiento por parte de los casi 200 países que participan en estas negociaciones de la ONU de que los esfuerzos que están previstos para frenar el calentamiento no son suficientes. Por eso en la declaración final se insta a los países a incrementar en 2022 sus objetivos de recorte de emisiones para esta década. Por primera vez, una declaración de cierre de

medio ambiente: por un lado, crea los principios de protección del medio ambiente. Estos principios sirven de inspiración al Derecho ambiental y a las normas de los niveles inferiores de desarrollo. Por otro, crea los paradigmas fundamentales que sirven de hilo conductor a la acción internacional en la materia, esto es la idea de desarrollo sostenible y la idea del cambio climático.

Por lo que se refiere al papel del derecho internacional como creador de los paradigmas ambientales que se aceptan sin cuestionar y que suministran la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento, cabe citar la idea de desarrollo sostenible y cambio climático. Así, el primero va adquiriendo una implicación progresiva como un nuevo principio del Derecho internacional que está llamado a provocar cambios particularmente significativos en el sector ambiental. Tiene su origen en el campo de la ciencia económica y da lugar a la llamada economía ambiental.

El desarrollo sostenible persigue tres objetivos esenciales: un objetivo económico (la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo); un objetivo social y cultural (la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sistemas sociales y la equidad social) y un objetivo ecológico (la preservación de los sistemas físicos y biológicos que sirven de soporte a los seres humanos. Tiene su origen en los trabajos que realizó la Comisión Mundial sobre Medio ambiente y desarrollo respondiendo al encargo de la Asamblea General de la ONU de elaborar un programa global para el cambio. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo proclamó el principio, consagrado como uno de los objetivos fundamentales de la Declaración de Río. Está llamado a convertirse en el criterio principal para la orientación de las políticas y acciones de los estados a escala universal, regional y local para el logro de un desarrollo compatible con la preservación del medio ambiente.

ARANZADI

Por lo que se refiere al cambio climático, se puede decir que aglutina y condensa toda la problemática medioambiental y es una prioridad absoluta a nivel internacional en materia de medio ambiente[17].

---

una conferencia climática ha incluido una referencia explícita al carbón y a los subsidios a los combustibles fósiles, la principal fuente de emisión de los gases de efecto invernadero. Esta mención ha generado una dura pugna y el llamamiento a abandonar esa forma de generar energía se fue rebajando hasta el último momento por las presiones de algunos países. Pero, en contra de lo que esperaban muchos analistas, se acabó manteniendo el texto final. No obstante, y a pesar de esa consideración vinculante para todos los países, numerosos expertos consideran su alcance aún insuficiente. El problema es que los acuerdos firmados en esa cumbre están orientados más a llamar a la acción política de las naciones que a penalizar incumplimiento de los compromisos.

17. SIMOU, S., Derecho local del cambio climático, Marcial Pons, 2020, pp. 54 y ss.

A pesar de todas estas referencias, la protección del medio ambiente desde el punto de vista internacional presenta algunas carencias y deficiencias, que derivan sobre todo de dos cuestiones: la falta de carácter y efecto vinculante de los actos y actuaciones internacionales y la ausencia de mecanismos jurídicos apropiados y pertinentes para la exigencia de los compromisos asumidos por los estados en el ámbito internacional, dada la reticencia de los mismos a someterse a la fiscalización de instancias internacionales. En efecto, la mayoría de las actuaciones desarrolladas hasta la fecha a nivel internacional están orientadas más a llamar la atención política de las naciones que a generar obligaciones jurídicas vinculantes para los estados. Los instrumentos jurídicos en que se plasman estos compromisos evidencian que las partes no desean establecer obligaciones vinculantes, sino simplemente, dar a conocer ciertas aspiraciones. Las declaraciones, son un magnífico exponente de estas ideas. Por otra parte, en los pocos casos en que el Derecho internacional se codifica, o adquiere el carácter de derecho consuetudinario, las obligaciones que se deducen de él son tan genéricas, ambiguas y generales que son difícilmente exigibles a los estados, y aunque así fuera, la ausencia de mecanismos jurídicos de referencia hace prácticamente imposible garantizar el cumplimiento y aplicación de las normas[18].

Y es aquí donde entra en juego el relevante papel del Derecho europeo, que al menos en el entorno comunitario ha tenido un papel transcendental para subsanar las carencias del Derecho internacional y para crear un derecho ambiental que tiene los estándares más altos de protección del mundo. El Derecho europeo ha actuado, así como correa de transmisión que ha convertido las aspiraciones de la comunidad internacional en derecho positivo de carácter vinculante para los estados. España es un buen ejemplo de estas afirmaciones, ya que su derecho ambiental, y por tanto la protección y tutela del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español son obra indiscutible de la integración del derecho comunitario en nuestro ordenamiento jurídico. Ningún otro mérito puede atribuirse el ordenamiento jurídico español, que ha carecido de Derecho Ambiental hasta fechas muy recientes.

ARANZADI

2. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A NIVEL REGIONAL: EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho europeo ha adaptado la legislación internacional al ámbito regional del entorno comunitario, encauzando ese derecho internacional

18. Así, en 1993 se creó una Sala Especial Permanente del Tribunal Internacional de Justicia para asuntos de medio ambiente, que se suprimió en 2006 sin que en sus 13 años de vida tuviera ocasión de conocer de ningún asunto. Igualmente, los esfuerzos por crear un Tribunal Internacional del Medio Ambiente, en el marco de las Naciones Unidas no han dado tampoco los resultados esperados, además de crear controversia en cuanto a su procedencia y a sus efectos en la fragmentación del Derecho internacional.

para su aplicación y ejecución en el ámbito de los estados miembros. En líneas sintéticas y muy generales, puede decirse que la Unión Europea recepciona el Derecho internacional, básicamente a nivel de principios y objetivos generales, y lo adapta a sus peculiaridades regionales, produciendo un efecto transformador de los compromisos internacionales que tiene las siguientes virtualidades:

- Concreta y especifica obligaciones, transformado los compromisos y objetivos generales nacidos en el ámbito internacional en obligaciones concretas y vinculantes.
- Funciona como cadena de transmisión, pues las normas europeas, inspiradas en los principios y paradigmas internacionales se integran así en el ordenamiento jurídico de los estados miembros vinculándolos al cumplimiento de obligaciones concretas.
- Establece instrumentos jurídicos para exigir el cumplimiento de esas obligaciones a los estados. En el ámbito internacional, los estados son reacios a someterse a la fiscalización y el control de órganos judiciales. Esto es más propio de sistemas de integración como el europeo, donde el control y aplicación de las normas europeas está respaldado por el Tribunal de Justicia de la UE. Cuan eficaces sean estos instrumentos es cuestión que analizaremos posteriormente.

ARANZADI

2.1. La evolución de Derecho Ambiental en el ámbito de la Unión Europea

Inicialmente los Tratados no hacían referencia al medio ambiente. El impacto producido por la Declaración de Estocolmo, de 16 de junio de 1972, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano generó una onda de actuaciones internacionales que afectaron también a los estados miembros de las Comunidades Europeas. La primera reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en París en octubre de 1972 proclamó ya la necesidad de formular una política comunitaria del medio ambiente. Esto culminó con la elaboración de un Primer Programa de Acción en materia de Medio Ambiente para el período 1973-1977, al que seguirán otros planes de acción ulteriores hasta llegar al VIII programa de acción recién aprobado[19]. Nótese que, en estas fechas, todavía la hoy UE no tiene personalidad jurídica, ni tampoco competencias en materia de medio ambiente, aunque esto se subsanó por la vía de

19. GARCÍA LUPIOLA, A., «Nuevas estrategias de la Unión Europea para abordar el doble reto de la crisis climática y la dependencia energética». *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 68, (2023), pp. 33-67.

la cláusula de competencias implícitas o vis expansiva como veremos después (artículo 235 del Tratado CEE).

Posteriormente, los Tratados fueron introduciendo progresivas referencias al medio ambiente. Así, el Acta Única Europea incorporó al Tratado CEE un nuevo título VII sobre Medio Ambiente que proporcionaba base jurídica específica y medios de acción precisos. El Tratado de Maastricht actualizó los objetivos de la Comunidad dando entrada al medio ambiente (artículo 2 del TCE) e institucionalizó definitivamente la política comunitaria de medio ambiente (el artículo 3k) elevando formalmente la política de medio ambiente a la categoría de política comunitaria autónoma.

El Tratado de Ámsterdam estableció la obligación de integrar la protección medioambiental en todas las políticas sectoriales de la Unión, con miras a promover el desarrollo sostenible. La lucha contra el cambio climático pasó a ser un objetivo específico con el Tratado de Lisboa, que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Roma, y ambos contendrán alusiones al medio ambiente a partir de entonces. Así, el artículo 3 TUE señala entre los objetivos de la Unión Europea el de lograr un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. El artículo 11 TFUE alude al principio de integración. Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. Y los artículos 191, 192 y 193 del TFUE concretan estos objetivos aludiendo a la calidad del medio ambiente, la salud de las personas y la utilización prudente y racional de los recursos naturales, así como el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático; a la necesidad de alcanzar un nivel de protección elevado, aunque ello se hará teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Igualmente, se recogen los principios internacionales de la política ambiental, tales como el principio de prevención, principio de cautela o precaución, principio de corrección de los daños en la fuente, principio quien contamina paga, así como una referencia a los parámetros a utilizar en la protección ambiental: los datos científicos y técnicos disponibles.

ARANZADI

Se instituye como procedimiento de adopción de decisiones el procedimiento ordinario y se admite la adopción de medidas nacionales de mayor protección (artículo 193 TFUE), reconociendo a la normativa comunitaria el carácter de legislación de mínimos. Los estados pueden establecer niveles de protección superiores, pero deben respetar los mínimos impuestos por la legislación europea.

Merece la pena destacar igualmente como la Unión Europea ha ido asumiendo la preponderancia del medio ambiente, no solo por su importancia *per se*, sino también porque es un factor más de producción. Cuidar y proteger el medio ambiente cuesta dinero, y ello puede influir en la competitividad de los productos, de modo que es importante establecer una normativa que armonice las normas comunes sobre protección del medio ambiente en los diferentes estados para evitar distorsiones al mercado interior. Así lo plasma el artículo 114 TFUE que establece un procedimiento especial de aproximación de las legislaciones de los estados miembros para la consecución de los objetivos del mercado interior.

Todo ello articulado en base al principio de distribución de competencias conforme al artículo 4. 2 e) del TFUE. A pesar de ser una competencia compartida con los estados miembros que se rige por el principio de subsidiariedad, el progresivo agravamiento de los problemas ambientales y la incapacidad de los estados para solventarlos por si solos han llevado a la Unión a legislar en materias que parecerían más propias de la competencia de los estados. En desarrollo de estas competencias, la UE ha venido desarrollando sus políticas sobre medio ambiente, en el marco de las cuales hay que situar todo el conjunto de normas comunitarias llamadas a integrarse en el ámbito de los estados miembros, entre ellos España.

ARANZADI

Por último, no hay que olvidar que, al mismo tiempo, la UE contribuye a la búsqueda de soluciones a los problemas relativos al medio ambiente en el ámbito internacional. Así, desempeña un papel clave en las negociaciones internacionales sobre el medio ambiente y forma parte de numerosos acuerdos globales, regionales o subregionales en materia de medio ambiente. Desde que el Tratado de Lisboa reconoció personalidad jurídica a la UE, ésta puede celebrar acuerdos internacionales de carácter mixto.

2.2. Los instrumentos europeos de política ambiental

Para el desarrollo de su política medioambiental, la Unión Europea cuenta con distintos instrumentos de actuación que van implementando los objetivos generales trazados por las disposiciones de los Tratados[20]. Conviene iniciar esta exposición por la Agenda Estratégica de la Unión Europea para el período 2019-2024. En ella el Consejo Europeo fija para los próximos cinco años las coordenadas de actuación de las instituciones europeas, estableciendo entre ellas el objetivo de alcanzar una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social.

20. GARCÍA LUPIOLA, A., «Nuevas estrategias de la Unión Europea para abordar el doble reto de la crisis climática y la dependencia energética». *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 68, (2023), pp. 39 y ss.

En este contexto se concibe el Pacto Verde Europeo, verdadera hoja de ruta, o marco de futuro en el que la Unión Europea sienta las bases para el futuro de la política ambiental europea bajo el formato de un plan integral para frenar el avance del cambio climático. Es el instrumento que proporciona las herramientas para que la Unión Europea pueda cumplir los compromisos adquiridos en el Acuerdo de Paris que entró en vigor el 4 de noviembre de 2016 y que fue firmado por 55 países[21].

Los objetivos del Pacto Verde Europeo se centran en la consecución de un crecimiento más sostenible y equitativo de los recursos naturales; reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 55% para 2030 y un 0% para 2050; potenciar el ahorro energético y la sustitución de las energías tradicionales por energías renovables, enfocando estas acciones especialmente en la mejora de la eficiencia energética de los edificios y transportes; reducir los residuos y favorecer su reciclaje poniendo en práctica el llamado Plan de Acción para la Economía Circular y reduciendo el uso de recursos naturales, cuya extracción y transformación es responsable de la mitad de las emisiones de gases de efecto invernadero.

Estos objetivos generales han requerido de la implementación y desarrollo de un conjunto de planes y acuerdos que recogían las medidas específicas de adopción necesaria en cada una de estas áreas. Así, el Plan de inversiones para el Pacto Verde Europeo y el Mecanismo de Transición Justa proporcionan los instrumentos financieros necesarios, junto con el programa LIFE[22]. La Ley del Clima Europeo establece el marco legal para llegar a la neutralidad climática en el año 2050 y, a diferencia de los acuerdos celebrados en la esfera internacional, convierte este objetivo en jurídicamente vinculante. A ello hay que sumar la Estrategia Industrial Europea, un plan dirigido a conseguir que las empresas y las industrias europeas lleven a cabo su transición ecológica de forma competitiva[23]. Y desde el punto de vista de la economía circular, se pone en marcha el Plan de Acción para la Economía circular, que establece un conjunto de iniciativas dirigidas a transformar la economía, de modo que se fabriquen productos sostenibles que duren más y sean más sencillos de reutilizar o de reciclar. En este sentido, se establece una garantía de los productos de consumo, que pasan de dos a tres años, y la obligación para las empresas de garantizar piezas de repuesto durante un plazo de diez años, en lugar de los cinco que se establecían hasta ahora. Finalmente, la Estrategia

ARANZADI

21. RODRÍGUEZ-REDONDO, A. J., La progresión en el Acuerdo De París De 2015 Sobre Cambio climático: ¿obligación O estándar De Conducta? *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, núm. 13, (2022), pp. 73 y ss.
22. L'Instrument Financier pour l'Environment.
23. DELGADO PIQUERAS, F.; ROBERTO GALÁN VIOQUE, R.; GARRIDO CUENCA, N.; GONZÁLEZ RÍOS, I., (Dirs.). Los desafíos jurídicos de la transición energética. Aranzadi, 2022.

De la Granja a la Mesa, se centra en la agricultura y en la creación de un sistema alimentario más saludable y sostenible.

El Pacto Verde Europeo se inscribe en el marco del VIII Programa de Acción en materia medioambiental, que establece la planificación para el período 2022-2030. Se trata de un marco de actuación que esboza la orientación general de la política medioambiental de la Unión Europea hasta 2030 y que pretende hacer un seguimiento de los avances hacia la neutralidad climática. El Programa tiene seis objetivos prioritarios: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, la adaptación al cambio climático, el establecimiento de un modelo de crecimiento que devuelve al planeta más de lo que toma de él, la consecución del objetivo de cero emisiones, la recuperación de la biodiversidad y la reducción de las principales presiones climáticas y medioambientales asociadas a la producción y al consumo.

Para la consecución de los mencionados objetivos se prevé el refuerzo de los incentivos positivos para el medio ambiente y la eliminación progresiva de las subvenciones a los combustibles fósiles, lo cual está en línea con la pretensión de limitar el calentamiento global a 1,5 grados centígrados. Para asegurar su eficacia, el Programa prevé su revisión por parte de la Comisión, a los efectos de valorar los avances logrados en cuanto al cumplimiento de los objetivos mencionados. Esta revisión tendrá lugar en 2024 y en ella se hará balance de los progresos realizados cuando finalice el Pacto verde europeo, poniendo en marcha a continuación las medidas necesarias para alcanzar los objetivos de 2030. Una vez realizada esta revisión, la Comisión deberá presentar una propuesta legislativa para añadir un anexo al VIII PAMA, la cual contendrá una lista y un calendario de acciones para el período posterior a 2025.

ARANZADI

A destacar, dentro del referido Programa, el mercado de los derechos de emisión[24], con el que se pretende contribuir a la implementación de los incentivos positivos, sin recurrir a medidas sancionadoras. El régimen de comercio de los derechos de emisión es el primer y mayor mercado internacional del carbono y al mismo tiempo, es el instrumento clave en la lucha contra el cambio climático. Los derechos de emisión vienen a ser una especie de permisos para contaminar que conceden las autoridades a las empresas, y se basan en el principio de limitación y comercio. El mecanismo consiste en la fijación de una limitación del importe total de emisiones de gases de efecto invernadero que pueden producir las más de 11.000 instalaciones

24. MOLINA HERNÁNDEZ, C., El registro y comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, Tirant lo Blanch, 2019. Ver también SANZ RUBIALES, I., Cambio climático y Unión Europea. Presente y futuro del mercado europeo de emisiones, Tirant lo Blanch, 2014.

incluidas en el sistema. Cada una de ellas compra o recibe derechos de emisión. Cada uno de los créditos de derechos de emisión se corresponden con una tonelada de CO2, y pueden negociarse con otras instalaciones si no se usan. El sistema se enfrenta con la dificultad para controlar cuánto contaminan las empresas, amparadas muchas veces por el secreto industrial. Igualmente, durante la pandemia han podido observarse prácticas especulativas, ya que determinadas empresas han acaparado derechos de emisión a muy bajo precio en un momento de parálisis industrial, que después, una vez recuperada la actividad económica, han sido revendidos a precios más altos, lo que indudablemente adultera la filosofía de estímulo positivo que subyace en el diseño del sistema.

2.3. Un ejemplo más en la concreción de los objetivos internacionales en el plano europeo: la Ley de restauración de la naturaleza

En el proceso de elaboración de este trabajo, el Parlamento europeo ha aprobado la mal llamada Ley de Restauración de la Naturaleza[25]. En realidad, se trata de un Reglamento comunitario cuyo procedimiento de aprobación no ha estado exento de polémica y que finalmente ha salido adelante con 336 votos a favor y 330 en contra, lo que pone de manifiesto la polarización que esta materia ha provocado, no solo en sede parlamentaria, sino también y precisamente por ello en el contexto social, con defensores y detractores enfrentados. Finalmente, ha salido adelante in extremis y pendiente todavía de la finalización del procedimiento legislativo y de la intervención de los estados.

ARANZADI

En todo caso, es este un buen ejemplo de las afirmaciones que hemos venido realizando más atrás, respecto a la relevancia de la legislación comunitaria como eslabón normativo y cadena de transmisión de las aspiraciones de la comunidad internacional al plano interno de los estados miembros. Y es que, nos encontramos con un supuesto más en el que la Unión Europea trata de contribuir a positivar en normas concretas y obligaciones específicas los intentos de la comunidad internacional de alcanzar un acuerdo sobre temas de alcance global. De esta manera, el Reglamento ha trasladado al ámbito regional las aspiraciones internacionales de promover la recuperación de los entornos naturales concretando dichas aspiraciones en obligaciones concretas, si bien, inicialmente, tales obligaciones irán dirigidas a los estados miembros, que tendrán que implementar planes nacionales de restauración de aplicación directa para sus destinatarios.

25. Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la restauración de la naturaleza (Texto pertinente a efectos del EEE) {SEC (2022) 256 final} – {SWD (2022) 167 final} – {SWD (2022) 168 final}.

La normativa en cuestión enlaza así con los paradigmas provenientes del Derecho internacional, y en concreto con los intentos de luchar y revertir el cambio climático, ya que según se razona en los considerandos del Reglamento, la restauración de la naturaleza desempeña un papel importante a la hora de limitar el avance del calentamiento del clima mundial. Pero además enlaza con las acciones promovidas en el ámbito internacional para promover la diversidad biológica. En este sentido, hay que remitirse a la Década de las Naciones Unidas sobre la restauración de los ecosistemas. Liderada por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, abarca el período comprendido entre 2021 y 2030 y a través de su declaración trata de facilitar el impulso político necesario para la consecución de sus objetivos. Y no solo a ello, sino que la Ley de Restauración de la Naturaleza es a la vez una aportación de la Unión Europea al Convenio sobre el marco mundial para la diversidad biológica posterior a 2020[26] y a las negociaciones que se están llevando a cabo actualmente con vistas a la adopción de un Marco mundial para la diversidad biológica posterior a 2020, cuya adopción está prevista en la decimoquinta Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica, que se celebrará en Montreal en diciembre de 2023. Finalmente, las conclusiones de la vigésimo sexta Conferencia de las Partes de la Conferencia sobre cambio climático de Glasgow han reactivado la preocupación por la restauración de la naturaleza. Así pues, la Ley de Restauración de la Naturaleza se hace eco de los paradigmas internacionales de lucha contra el cambio climático y también se inscribe en el marco de las aspiraciones ambientales internacionales de protección de la biodiversidad.

ARANZADI

En el marco de este contexto global, la Ley europea no solo tiene el honor de ser la primera norma de este tipo a escala internacional, plasmando como decimos, en obligaciones concretas los difusos objetivos internacionales relativos al problema de la pérdida de biodiversidad, sino que además positiva un nuevo principio de Derecho ambiental: me refiero al principio de la restauración preventiva.

Es cierto que en el derecho internacional y por ende en el derecho europeo ya aplicábamos el principio de prevención, mediante el cual se trata de calibrar y evaluar los daños que una determinada actividad humana es susceptible de causar al medio ambiente, minorarlos si es posible y determinar si son o no asumibles, por medio de los estándares de calidad establecidos en

26. El Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica auspiciado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y entró en vigor en 1993. Se trata de un tratado internacional para la conservación de la biodiversidad, el uso sostenible de los componentes de la biodiversidad y la distribución equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos.

las normas[27]. Se parte de la idea de que toda actividad humana, particularmente de tipo económico, es nociva para el medio ambiente y, por tanto, es un principio de ordenación y gestión de riesgo.

En la Ley de restauración de la naturaleza, restauración es sinónimo de recuperación. Recuperación de ecosistemas degradados, dañados o destruidos con miras a aumentar los elementos naturales y la biodiversidad en todos los ecosistemas naturales, tanto espacios marinos, suelos agrícolas, espacios verdes urbanos, ecosistemas forestales, fluviales, etc. Pero lo importante, en nuestra opinión, no es el concepto en sí, sino cómo y cuándo se aplica el concepto de recuperación. Y es que, hasta la fecha, la reparación había ido ligada a la idea de inmediatez en la producción de daños ambientales, es decir a daños actuales, producidos y constatados en el presente. Lo que sugiere la nueva Ley es la idea de reparación de daños acumulados, partiendo del *status quo* de los ecosistemas actualmente, y sin necesidad de constatación o acaecimiento de un nuevo desastre ambiental en el entorno a reparar. Ello, como decimos, remite a la ida de restauración preventiva, pues hasta la aprobación de la nueva normativa europea, la reparación de los daños al medio ambiente no era una medida de carácter preventivo, sino que actuaba una vez que ya se había causado el daño y trataba de devolver el elemento dañado a su estado inicial. La Ley de restauración de la naturaleza eleva la reparación/restauración al nivel pre-

ARANZADI

27. Junto al principio de prevención, la pléyade de principios ambientales pasan por el principio de precaución, que actúa frente a la incerteza de los daños que una determinada actividad es susceptible de producir y que justifica una especie de estado de excepción, cuando por cautela, se deniegan permisos o autorizaciones, o se revierten las existentes; el principio de participación del público, de acuerdo con el Convenio de Aarhus; el principio de integración, que establece una transversalidad del medio ambiente; y el principio de corrección en origen, que ha sido un revulsivo en el derecho español, al eliminar el principio curativo al que se adecuaba el ordenamiento jurídico español con la normativa sobre actividades nocivas, molestas y peligrosas. Finalmente, el principio de que quien contamina paga, que, en mi opinión, puede formularse de dos formas: el que contamina paga, pero también el que paga contamina; y el que contamina paga, si lo encuentras. Sobre la aplicación de estos principios en el ámbito de las actividades económicas, puede verse DE LA VARGA PASTOR, A., «Tendencias y retos pendientes de la inspección ambiental en el actual contexto de liberalización de las actividades económicas», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 313, (2017), pp. 133-188. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *La autorización ambiental integrada: estudio sistemático de la Ley 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación,* Civitas, *2002.* Sobre los principios e instrumentos de protección ambiental véase también TORRES LÓPEZ, A., Y ARANA GARCÍA, E. (Dirs.). Derecho ambiental, Tecnos, 2018. Igualmente, pero con carácter más específico, PÉREZ GABALDÓN, M., «La evaluación ambiental estratégica como instrumento de protección del medio en el estado autonómico: la Comunitat valenciana como caso de estudio», *Revista de Evaluación de Programas y Políticas públicas,* núm. 8, (2017), pp. 31-53.

ventivo, desplegando sus efectos sobre la base del estado actual de la naturaleza y de los entornos naturales y no sobre la base de la actualización del daño, instaurando así lo que hemos llamado reparación preventiva. Es decir, una restauración o reposición de cosas a su estado anterior que se basa en los daños, pero no en los que en el futuro pudieran producirse, sino en el *status* quo actual de la naturaleza.

Sobre la base de estas premisas, y en un plano estrictamente regional, hay que señalar que la aprobación del Reglamento está en consonancia con el Pacto Verde Europeo, siendo uno de los elementos clave del mismo, en concreto el referente a la Estrategia sobre la Biodiversidad hasta 2030. Igualmente, está también en sintonía con la Estrategia de la granja a la mesa, en la medida en que la nueva norma se nos ha presentado investida de multitud de bondades, objetivos y beneficios. Siendo, desde luego, el principal el referente a sus efectos sobre el cambio climático (por cuanto la norma insiste en reseñar el importante papel que desempeña la restauración de la naturaleza en la limitación sus efectos al incrementar el potencial de la naturaleza para actuar como almacén de carbono, o para neutralizar la virulencia de las catástrofes naturales), se señalan otros que apuntan a la seguridad alimentaria, la salud y el bienestar de las personas. Sus objetivos, son ambiciosos, en la medida en que la norma prevé actuar sobre el 20% de las zonas terrestres y marítimas hasta 2030 y en todos los ecosistemas para 2050.

ARANZADI

No es nuestro objetivo pronunciarnos sobre la viabilidad, o el realismo de estas expectativas ni tampoco analizar técnicamente los efectos de la implantación de tales medidas para la viabilidad de las explotaciones y negocios afectados por la nueva norma. Entendemos que estás valoraciones van más allá de los presupuestos de una aproximación jurídica como la que aquí proponemos. Lo que sí es cierto es que el legislador europeo ha sido plenamente consciente al elaborar la norma de que los ecosistemas naturales son factores de producción, así como de las connotaciones económicas del medio ambiente que señalábamos anteriormente. De esta manera, la norma parte de la idea de que la restauración no excluye la actividad económica. Y no solo eso, sino que partiendo de esta perspectiva integradora entre medio ambiente y economía, se insiste en señalar que cualquier gasto en reparación, restauración, reposición de la naturaleza y el medio ambiente constituye una inversión repercutible directamente sobre aquellos cuyo medio de vida depende directamente de la naturaleza[28], como agricultores, silvicultores y pescadores[29].

28. El estudio de impacto ambiental anterior a la aprobación de la norma establece la siguiente proporción: la inversión en restauración del a naturaleza suma entre 8 y 38 euros en valor económico a cada euro gastado.

29. No obstante, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la restauración de la

Como decimos, no es nuestra intención entrar en la polémica, pues los efectos de la norma sobre las economías directamente dependientes de la naturaleza van más allá de nuestra capacidad de análisis desde un punto de vista jurídico[30]. En lugar de ello, creemos más oportuno en el contexto de este estudio traer a colación uno de los aspectos que da título a este trabajo. Nos referimos a la repercusión de la norma europea en los ordenamientos jurídicos nacionales de los estados miembros. El instrumento jurídico bajo el que se concreta la norma es un Reglamento, que, a pesar de su potencial, solo crea inicialmente como hemos dicho obligaciones jurídicas para los estados miembros. Serán estos quienes deberán elaborar planes de restauración en aplicación de la norma. De esta manera, las preocupaciones internacionales sobre la biodiversidad, el cambio climático y el principio de desarrollo sostenible, se hacen presentes en las legislaciones internas a través del ordenamiento jurídico comunitario, que, en este caso, dada su naturaleza reglamentaria, penetrará directamente en los ordenamientos jurídicos nacionales y será de directa aplicación.

III. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EUROPEAS A NIVEL LOCAL: INSTRUMENTOS COMUNITARIOS DE SEGUIMIENTO, FISCALIZACIÓN Y CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS AMBIENTALES POR PARTE DE LOS ESTADOS

ARANZADI

La eficacia de la política ambiental de la UE depende de su aplicación a escala local. La integración del Derecho europeo en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros se produce en base a dos principios: el de eficacia directa y el de primacía, según el cual las normas comunitarias prevalecen sobre las normas internas desplazándolas e impidiendo la formación válida de derecho interno que contradiga el derecho comunitario. Por otro lado, hay que tener en cuenta también que la potestad de ejecución de las normas europeas recae, salvo excepciones, en los estados.

El derecho español es fiduciario del Derecho europeo en materia ambiental. Como hemos dicho antes, la eficacia de la política medioambiental depende en gran medida de su aplicación y cumplimiento a escala

naturaleza, cuestiona tales afirmaciones y critica que la protección de la biodiversidad recaiga desde el punto de vista económico en agricultores o propietarios de los terrenos sobre los que se asientan los hábitats naturales.

30. El propio Parlamento europeo es consciente de los límites de la Ley y condiciona su aplicación a que la Comisión aporte datos sobre las condiciones necesarias para garantizar a largo plazo la seguridad alimentaria y a que los estados miembros cuantifíquenlas áreas de recuperar para poder alcanzar los objetivos que marca la Ley. Incluso, la eurocámara plantea la posibilidad de posponer los objetivos de la Ley en caso de consecuencias socio económicas excepcionales.

local, es decir, en el ámbito interno de los estados miembros. Por eso es importante tener en cuenta que la legislación europea no solo proporciona contenido a las normas ambientales europeas, sino que también establece una serie de mecanismos que permiten realizar un seguimiento, fiscalización y control del grado de aplicación de las normas comunitarias en el ámbito de los estados miembros. Con la particularidad además de que esos mecanismos de control y fiscalización permiten la participación de los ciudadanos como veremos a continuación.

1. MECANISMOS INSTITUCIONALES DE CARÁCTER GENERAL

El mecanismo institucional por excelencia para controlar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de los estados es el recurso por incumplimiento, regulado en los artículos 258 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, precedido por el procedimiento de infracción.

El sector ambiental es uno de los ámbitos donde es más frecuente el incumplimiento de la normativa comunitaria por parte de los estados, y en este sentido, España no es una excepción. De acuerdo con los datos facilitados por la Comisión europea en 2020, España tenía abiertos un total de 24 expedientes de infracción por este motivo, superada solo por Grecia, con 25 expedientes de infracción en curso. Un dato es que hasta 2019 España había ostentado el primer puesto en el ranking de países incumplidores en el contexto ambiental.

ARANZADI

De los muchos procedimientos abiertos contra España[31], creemos interesante referirnos particularmente a dos asuntos. El primero nos parece relevante por haber llegado a sus últimas consecuencias sancionadoras y por su actualidad y utilización mediática y partidista en la actualidad. Nos referimos al incumplimiento por parte del estado español de la Directiva 91/271/CEE, sobre depuración de aguas residuales. El segundo se refiere al incumplimiento de la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas y la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres en el espacio

31. La Comisión también planteó recurso por incumplimiento frente a España en 2021 por incumplimiento de la Directiva 91/676/CEE del Consejo. En virtud de dicha Directiva, los Estados miembros deben controlar sus aguas y determinar cuáles de ellas están afectadas o pueden verse afectadas por una contaminación debida a nitratos procedentes de fuentes agrarias. También deben designar zonas vulnerables a los nitratos las superficies cuya escorrentía fluye hacia dichas aguas y establecer programas de acción adecuados para impedir y reducir la contaminación por nitratos.

de Doñana. En ambos casos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado sentencia condenando al Reino de España por su incumplimiento.

En relación al primero de los asuntos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció en Sentencia de 14 de abril de 2011 (asunto C-343/10), declarando el incumplimiento del Derecho comunitario por parte de España debido a la existencia de núcleos de población donde todavía no se habían establecido instalaciones de tratamiento de aguas residuales (depuradoras) en los términos establecidos por la Directiva 91/271. La persistencia en el incumplimiento hizo que posteriormente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, asunto C-205/17, condenara a España a sendas multas coercitiva y sancionadora[32] por no haber adoptado en plazo todas las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia declarativa inicialmente citada[33], todo ello de conformidad con el artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se trata de la mayor multa de la historia de la UE a España que sigue creciendo: ya van 53,4 millones por las aguas residuales. Y pese a ello, solo una de las nueve depuradoras pendiente de construcción está en funcionamiento, lo que hace que cada semestre aumente en más de 10 millones de euros la sanción. Según estimaciones del Gobierno, hasta el año 2025 no está previsto dar cumplimiento íntegro a la sentencia, construyendo todas las depuradoras que den servicio a los núcleos de población, con lo que las multas seguirán aumentando hasta entonces.

ARANZADI

El otro asunto a destacar es el relativo al incumplimiento de las Directivas de Aguas y de Hábitats Naturales en el Parque de Doñana que dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2021, asunto C-559/19. Curiosamente, el procedimiento de infracción iniciado por la Comisión con carácter previo a la presentación de demanda por incumplimiento trae causa del ejercicio del Derecho de petición invocado por un ciudadano español frente al Parlamento Europeo. Esto pone de manifiesto como los instrumentos de control y seguimiento del derecho comunitario ambiental por parte de los estados miembros incluyen también la partición de los ciudadanos. En el epígrafe siguiente, se describe con más detalle la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea en el asunto de

32. Concretamente, se condena a España a abonar a la Comisión una multa coercitiva por importe de 171217, 2 euros por cada día de retraso en la ejecución de la sentencia de 14 de abril de 2011; y una suma a tanto alzado de 19.303,9 euros por día, a contar desde la fecha en que se dictó la sentencia de 14 de abril de 2011 y hasta la fecha de la sentencia de 25 de julio de 2018.

33. Hay que señalar que, en el ámbito interno, ello dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo 3358/2021, de 29 de julio de 2021, en la que se dirimió la responsabilidad por el incumplimiento entre el Estado y las comunidades autónomas.
Sobre el reparto competencial en el ámbito interno, puede verse MUÑOZ MACHADO, S., Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general, tomo VIII, Agencia estatal BOE, 2015.

Doñana. Por el momento, simplemente decir que las actuaciones previstas por parte del Gobierno andaluz, relativas a la aprobación de una Ley de Regadíos, han reavivado la polémica y la necesidad de dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia, dado que, en otro caso, nos arriesgamos nuevamente a una sanción histórica por parte de la Unión Europea.

Los supuestos anteriores son solo un ejemplo entre otros muchos que sirven para constatar que la amenaza pecuniaria, vía sanciones o multas coercitivas, no parece ser lo suficientemente disuasoria como para evitar que los estados persistan en su incumplimiento. A falta de otros mecanismos más expeditivos, la Unión Europea no tiene otra forma de atajar la indisciplina de los estados que la imposición de multas, pero el mecanismo no consigue por sí solo, al menos en la mayoría de los casos, que los estados cesen en su incumplimiento. De otro lado, la dificultad de dotar de eficacia directa a las Directivas en los supuestos en que los gobiernos incumplen su obligación de transposición o ejecución comporta que los estados sean en última instancia los que deciden cómo y cuándo cumplen con el Derecho comunitario. Así resulta, por ejemplo, de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2022, asunto C-61/21 que interpreta restrictivamente los presupuestos para atribuir efectos jurídicos directos a un conjunto de Directivas sobre calidad del aire, basándose en la circunstancia de que no otorgan derechos a los ciudadanos y que analizamos en el epígrafe siguiente.

ARANZADI

2. MECANISMOS A DISPOSICIÓN DE LOS PARTICULARES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL

Con todo, la principal novedad que aportan las normas europeas es el gran papel otorgado a los ciudadanos en la defensa ambiental, lo que se instrumentaliza a través de diferentes vías. Excluimos, sin embargo, de estos mecanismos a la iniciativa ciudadana europea, que permite a un millón de ciudadanos residentes en siete países distintos de la Unión Europea presentar una propuesta normativa a la Comisión europea para que la estudie e inicie en su caso, un procedimiento legislativo ante el Consejo y el Parlamento europeo[34]. Dicho mecanismo no faculta a los ciudadanos para

34. Como ejemplo del ejercicio de dicha iniciativa cabe hacer referencia a la Decisión de ejecución (UE) 2021/1969 de la Comisión de 27 de octubre de 2021 sobre la solicitud de registro de la iniciativa ciudadana europea titulada Llamamiento a la acción-Protección del medio ambiente en todas las políticas, que se presenta de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo. A través de dicha Decisión, la Comisión Europea decidió registrar la iniciativa mencionada. Igualmente, puede verse SALAZAR ORTUÑO, E.; VICENTE GIMÉNEZ, T., «La Iniciativa Legislativa Popular Para El Reconocimiento De Personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su Cuenca». *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, núm. 13, (2022).

exigir el cumplimiento de la normativa ambiental europea, sino para proponer la aprobación de nuevas normas, por lo que no se han incluido en los siguientes epígrafes.

2.1. El derecho de petición ante la infracción de normas ambientales por parte de los estados

La mayor potencialidad de la acción de los ciudadanos en materia ambiental que hemos visto hasta la fecha se ha producido a través del ejercicio de derecho de petición ante el Parlamento europeo, concretamente en relación con el parque de Doñana. El derecho de petición está regulado en el artículo 227 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y permite a cualquier persona, física o jurídica que resida en un estado miembro de la UE dirigirse a la Comisión de Peticiones del Parlamento europeo para formular una reclamación o petición sobre un asunto que le afecte y que se refiera a la forma en que el Derecho comunitario está siendo aplicado en el ámbito de un estado miembro. En relación con el ámbito que nos ocupa, cabe hacer referencia a la Petición 0907/2009, presentada por un ciudadano español en la que se denunciaba el estado de deterioro del Parque de Doñana a causa del incumplimiento de la legislación medioambiental europea por parte de España. El incumplimiento que se denuncia se refiere a la Directiva sobre hábitats, 92/43/CEE1, la Directiva sobre aves, 2009/147/CE2, y la Directiva marco sobre el agua, 2000/60/CE. Al constatarse por parte del Parlamento Europeo un posible incumplimiento de las citadas normas, se da traslado a la Comisión europea, que inicia actuaciones dirigidas a ampliar la información sobre el tema e inicia un procedimiento de infracción contra España, que finalmente da lugar a la presentación de un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal, en sentencia C-559/19 de 24 de junio de 2021 estima parcialmente el recurso interpuesto por la Comisión. Declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva marco sobre el agua en dos aspectos. En primer lugar, España no tuvo en cuenta las extracciones de agua ilegales y las extracciones de agua para el abastecimiento urbano en la estimación de las extracciones de agua subterránea de la comarca de Doñana en el marco del Plan Hidrológico del Guadalquivir 2015-2021. En segundo lugar, España no previó, dentro del programa de medidas establecido en dicho Plan Hidrológico, ninguna medida para evitar la alteración de los tipos de hábitats protegidos situados en las zonas de especial protección de «Doñana Norte y Oeste» y «Dehesa del Estero y Montes de Moguer» provocada por las extracciones de agua subterránea del Espacio Natural protegido de Doñana a partir de esa fecha.

ARANZADI

El periplo descrito pone de manifiesto el potencial de los instrumentos puestos a disposición de los ciudadanos para la defensa del medio ambiente en el ámbito comunitario. Con todo, la problemática ambiental en Doñana ha vuelto a intensificarse tras el anuncio de la aprobación de una ley de regadíos por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2.2. La acción de responsabilidad por incumplimiento de las normas ambientales europeas

Con todo, el instrumento descrito no es el único a disposición de los ciudadanos para potenciar el cumplimiento de la legislación europea en el ámbito interno de los estados miembros. La responsabilidad patrimonial del Estado por el incumplimiento de normas europeas es otra vía abierta a la ciudadanía para conseguir que los estados asuman los daños causados por la inaplicación del derecho comunitario, e indirectamente para potenciar la aplicación de las normas europeas por parte de los estados miembros, aunque en el caso de las directivas, ello está supeditado a la circunstancia de que éstas confieren a los particulares derechos individuales. Esta cuestión ha sido objeto de una reciente interpretación jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha adoptado una postura muy restringida al respecto, contradiciendo las conclusiones elaboradas previamente por el Abogado General. Nos referimos a la Sentencia de 22 de diciembre de 2022, asunto C-61/21, que descarta que determinados artículos de una serie de Directivas sobre protección de la calidad del aire[35] confieran derechos individuales a los ciudadanos que les faculten para reclamar una indemnización a un estado miembro en virtud del principio de responsabilidad por daños causados a los particulares como consecuencia de violaciones del Derecho de la Unión que le sean imputables. La sentencia resuelve así una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de apelación francés, en el marco del litigio presentado por un ciudadano de este estado que reclamaba una indemnización por los daños causados en su salud como consecuencia del deterioro de la calidad del aire en París.

ARANZADI

35. Se trata de los artículos 3 y 7 de la Directiva 80/779/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1980, relativa a los valores límite y a los valores guía de calidad atmosférica para el anhídrido sulfuroso y las partículas en suspensión; los artículos 3 y 7 de la Directiva 85/203/CEE del Consejo, de 7 de marzo de 1985, relativa a las normas de calidad del aire para el dióxido de nitrógeno; los artículos 7 y 8 de la Directiva 96/62/CE del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente; los artículos 4, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 1999/30/CE del Consejo, de 22 de abril de 1999, relativa a los valores límite de dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno y óxidos de nitrógeno, partículas y plomo en el aire ambiente, y los artículos 13, apartado 1, y 23, apartado 1, de la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa.

Como decimos, la sentencia contrasta con las conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, presentadas el 5 de mayo de 2022, para quien la finalidad de los valores límite de la Unión y de las obligaciones de los Estados miembros en cuanto a la mejora de la calidad del aire es proteger la salud humana y conferir derechos a los particulares. En su escrito de conclusiones, la Abogada General mantiene que el incumplimiento de los valores límites establecidos en el Derecho de la Unión para proteger la calidad del aire puede fundamentar un derecho de indemnización frente al Estado, si bien, las dificultades prácticas para el ejercicio de los derechos de resarcimiento afectan al tercer requisito, es decir, a la prueba de una relación de causalidad directa entre la violación de las normas relativas a la calidad del aire y los daños concretos a la salud.

El pronunciamiento de Tribunal tiene repercusiones más allá de la responsabilidad patrimonial de los estados, porque compromete también la eficacia y aplicación del derecho comunitario en los estados miembros, especialmente en aquellos casos en que es más necesario por la falta de transposición de las directivas. Al rechazar que las Directivas sobre calidad del aire confieran derechos a los particulares, la sentencia en cuestión está cercenando uno de los tres requisitos que permiten la aplicación del principio de responsabilidad del estado por los daños causados a los particulares como consecuencia de vulneraciones del Derecho de la Unión Europea[36], aun cuando sí concurran el resto de los presupuestos[37]. Pero esta no es la única consecuencia que se deriva de esta restrictiva interpretación, ya que ello impide atribuir eficacia directa a estas Directivas (u otras que pudieran aprobarse en el futuro), dado que uno de los requisitos para la aplicación y efecto directo de las directivas es el mismo que el que resulta exigible para invocar el principio de responsabilidad: que dichas normas confieran derechos a los ciudadanos, susceptibles de ser invocados ante los tribunales sin necesidad de acto previo de transposición. Esta interpretación priva a los ciudadanos de capacidad de acción para reclamar sus derechos,

ARANZADI

36. Según reiterada jurisprudencia, los requisitos para aplicar el principio de responsabilidad del estado por incumplimiento del derecho europeo son: que la norma europea incumplida confiera derechos a los particulares que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia, que la norma tenga un contenido concreto y no sujeto a condición y que exista una relación de causalidad entre la infracción de la norma y el daño sufrido por los particulares. Si falla cualquiera de estos requisitos, la responsabilidad por daños derivados de la infracción del ordenamiento comunitario no será de aplicación.

37. Así, por ejemplo, la sentencia reconoce que las normas «establecen obligaciones bastante claras y precisas en cuanto al resultado que los estados miembros deben garantizar, tanto en lo que se refiere a los valores límites, como en lo que se refiere a la obligación, cuando se superen estos valores de establecer medidas dirigidas a subsanar tales deficiencias, como es por ejemplo la aprobación de planes de calidad del aire».

e invocar el cumplimiento de la norma por esta vía, pero también impide el otorgamiento de eficacia directa por parte de los órganos judiciales internos y, por ende, el reconocimiento de derechos individuales a los ciudadanos. Lógicamente, ello limita la eficacia jurídica de estas normas en aquellos casos en que los estados no han realizado una transposición en plazo, o la transposición es incorrecta, actuaciones por otra parte, muy frecuentes en la práctica de los estados en relación con el derecho comunitario, ambiental, o no. Un buen ejemplo de estas afirmaciones, lo proporciona el caso de España. Y es que, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que venimos analizando se produce el mismo día que España resulta condenada por una nueva infracción ambiental relacionada igualmente con las Directivas sobre protección de la calidad del aire. Nos referimos a la Sentencia de 22 de diciembre de 2022, asunto C-125/20 que declara la vulneración por parte del Reino de España de los niveles de contaminación del aire en Madrid, Barcelona área metropolitana y el Bajo Llobregat.

La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-61/21 no excluye sin embargo el recurso a los mecanismos del Derecho interno para obligar al Estado francés a asumir las obligaciones que derivan de las Directivas en cuestión, pero limita considerablemente los instrumentos comunitarios para garantizar el cumplimiento de las normas de derecho europeo.

ARANZADI

En definitiva, podemos decir que los mecanismos establecidos en la legislación europea para asegurar la aplicación y ejecución de la normativa ambiental comunitaria presentan las limitaciones consustanciales a una estructura de integración voluntaria, donde los estados se someten a las normas comunes, pero sin renunciar a su soberanía como estados. En este contexto, los mecanismos de fiscalización y control solo pueden doblegar la voluntad de los estados a través del recurso a medidas económicas de carácter sancionador o coercitivo. Mecanismos más expeditivos que atentaran a la idea de unidad o continuidad del proyecto europeo quedan fuera de la ecuación. Nótese, además, que ni siquiera resulta de aplicación el mecanismo del artículo 7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, previsto para los supuestos de vulneración grave y persistente de los principios en los que se basa la Unión Europea[38]. Así pues, cabe coerción, pero no coacción porque

38. El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea permite suspender los derechos como miembro de la Unión Europea (como los derechos de voto en el Consejo de la Unión Europea) si un país infringe de forma grave y persistente los principios en los que se basa la UE según lo dispuesto en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos fundamentales, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías). Con todo, las obligaciones de ese país como miembro de dicha organización siguen siendo vinculantes.

el proyecto comunitario se sustenta, en la buena voluntad de las partes, que es en definitiva a lo que remite el principio de cooperación leal.

Sin embargo, no se puede negar que, a pesar de las limitaciones de la Unión Europea para exigir y controlar el cumplimiento de sus normas, hay una realidad constatada y es que el Derecho comunitario da lugar a normas de contenido jurídico vinculante para los estados (normalmente con el carácter de mínimos), que es más de lo que se puede decir del Derecho internacional, sustentado en la mayoría de las ocasiones en declaraciones de intenciones y objetivos difusos, soft law en definitiva[39].

Desde esta perspectiva, los estados se ven sujetos al cumplimento de sus obligaciones y a implementar una normativa que trae causa del ordenamiento jurídico internacional, y que, en muchos casos, muy probablemente no asumirían motu propio. Tal es el caso de España, cuyo Derecho ambiental es fiduciario de la normativa europea.

En la mayoría de los casos, la obligación de los estados se traduce inicialmente en la mera obligación de transposición de las directivas ambientales, pero ello es el primer paso para introducir la normativa europea, y por ende internacional, en el ámbito interno de los estados miembros. Lógicamente, pronunciamientos como el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2022, en el asunto C-61/21, descartando el reconocimiento de derechos individuales procedentes de una Directiva comunitaria entorpecen y menoscaban la eficacia jurídica de las normas europeas, que, por efecto del principio de eficacia directa, podrían ser de directa aplicación en el ámbito interno, aun en el caso de su falta de transposición.

ARANZADI

IV. CONCLUSIONES

1. El Derecho ambiental se define como el derecho de la gestión del riesgo y la incertidumbre (ambiental) que provocan las actividades humanas y su finalidad es la de conciliar los intereses ambientales con los intereses económicos que confluyen invariablemente en los bienes ambientales.

2. El medio ambiente ha de ser considerado como un factor más de producción, expuesto a los ires y venieres del mercado y de los intereses económicos que, dada su repercusión, necesita ser objeto de protección específico y desvinculado de su interés económico o lucrativo.

3. Los problemas medioambientales cuestionan la viabilidad del modelo de crecimiento económico y por esta razón desde las más altas instancias

39. Una valoración sobre el llamado *soft law* en derecho internacional puede verse en JUSTE RUÍZ, J., La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y europeo. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 39 y ss.

internacionales se apuesta por una política ambiental que garantice el desarrollo sostenible, es decir, que desvincule el crecimiento económico y el aumento incesante de los bienes y servicios producidos, del incremento del consumo de recursos, energía y emisión de gases de efecto invernadero.

4. Existen tres marcos jurídicos diferentes de protección del medio ambiente: el internacional, el regional o Derecho comunitario, y el derecho interno de los estados. Estos tres sistemas jurídicos deben coordinarse para lograr los objetivos de defensa y tutela del medio ambiente.

5. Las normas y principios medioambientales deben tener un origen internacional, pero después, tales normas y principios deben ser aplicados a nivel o a escala local, o lo que es lo mismo, deben ser aplicadas por los ordenamientos jurídicos nacionales, ya que su eficacia depende de su implementación por parte de los estados. La interacción entre estos tres sistemas jurídicos se produce en orden descendente, donde el nivel internacional precede al nivel regional y este a los niveles internos.

6. Las normas de carácter regional y estatal deben respetar el orden internacional, de modo que funcionan como niveles mínimos de protección. Los niveles inferiores deben partir de esos mínimos niveles de protección, e incrementarlos.

ARANZADI

7. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, firmada en 1992, es el primer acuerdo internacional importante para combatir el cambio climático. Fue ratificada por 196 países que incluían todos los de la Unión Europea, más la propia Unión Europea, por lo que tiene la consideración de acuerdo mixto. Se trata de un instrumento internacional de gran relevancia porque a partir de él se van a impulsar las cumbres climáticas anuales, o conferencia de las partes, que han dado lugar a hitos decisivos como el Protocolo de Kioto, en 1997, o el Acuerdo de París en 2015.

8. Cabe atribuir al derecho internacional la creación de los paradigmas y principios ambientales que suministran la base y modelo para resolver problemas y avanzar en la protección del medio ambiente: la idea de desarrollo sostenible y cambio climático, ideas que se aceptan sin cuestionar y que son el punto de partida de cualquier ordenamiento jurídico ambiental. En particular, se puede decir que la idea de cambio climático aglutina y condensa toda la problemática medioambiental y es una prioridad absoluta a nivel internacional en materia de medio ambiente.

9. La protección del medio ambiente desde el punto de vista internacional presenta algunas carencias y deficiencias, que derivan sobre todo de dos cuestiones: la falta de carácter y efecto vinculante de los actos y actuaciones

internacionales y la ausencia de mecanismos jurídicos apropiados y pertinentes para la exigencia de los compromisos asumidos por los estados en el ámbito internacional, dada la reticencia de los mismos a someterse a la fiscalización de instancias internacionales.

10. El Derecho comunitario europeo ha tenido un papel transcendental para subsanar las carencias del Derecho internacional y para crear un derecho ambiental que tiene los estándares más altos de protección del mundo. El Derecho europeo ha actuado, así como correa de transmisión que ha convertido las aspiraciones de la comunidad internacional en derecho positivo de carácter vinculante para los estados.

11. El Derecho europeo ha adaptado la legislación internacional al ámbito regional del entorno comunitario, encauzando ese derecho internacional para su aplicación y ejecución en el ámbito de los estados miembros. La Unión Europea recepciona el Derecho internacional y lo adapta a sus peculiaridades regionales, produciendo un efecto transformador de los compromisos internacionales que tiene las siguientes virtualidades:

- Concreta y especifica obligaciones, transformado los compromisos y objetivos generales nacidos en el ámbito internacional en obligaciones concretas y vinculantes.
- Funciona como cadena de transmisión, pues las normas europeas, inspiradas en los principios y paradigmas internacionales se integran así en el ordenamiento jurídico de los estados miembros vinculándolos al cumplimiento de obligaciones concretas.
- Establece instrumentos jurídicos para exigir el cumplimiento de esas obligaciones a los estados.

ARANZADI

12. La Unión Europea ha ido asumiendo la preponderancia del medio ambiente, no solo por su importancia *per se*, sino también porque es un factor más de producción. Cuidar y proteger el medio ambiente cuesta dinero, y ello puede influir en la competitividad de los productos, de modo que es importante establecer una normativa que armonice las normas comunes sobre protección del medio ambiente en los diferentes estados para evitar distorsiones al mercado interior.

13. A pesar de ser una competencia compartida con los estados miembros, que se rige por el principio de subsidiariedad, el progresivo agravamiento de los problemas ambientales y la incapacidad de los estados para solventarlos por si solos han llevado a la Unión a legislar en materias que parecerían más propias de la competencia de los estados.

14. La legislación europea no solo proporciona contenido a las normas ambientales europeas, sino que también establece una serie de mecanismos que permiten realizar un seguimiento, fiscalización y control del grado de aplicación de las normas europeas en el ámbito de los estados miembros.

15. Los mecanismos establecidos en la legislación europea para asegurar la aplicación y ejecución de la normativa ambiental comunitaria presentan las limitaciones consustanciales a una estructura de integración voluntaria, donde los estados se someten a las normas comunes, pero sin renunciar a su soberanía como estados. En este contexto, los mecanismos de fiscalización y control solo pueden doblegar la voluntad de los estados a través del recurso a medidas económicas de carácter sancionador o coercitivo.

16. A falta de otros mecanismos más expeditivos, la Unión Europea no tiene otra forma de atajar la indisciplina de los estados que la imposición de multas, pero el mecanismo no consigue por sí solo, al menos en la mayoría de los casos, que los estados cesen en su incumplimiento, como lo demuestra el persistente incumplimiento de las obligaciones ambientales de los estados, y entre ellos España.

17. La novedad que aportan las normas europeas es el gran papel otorgado a los ciudadanos en la defensa ambiental, lo que se instrumentaliza a través de diferentes vías. La primera de ellas es del ejercicio de derecho de petición ante el Parlamento europeo. El ejercicio de este derecho dio pie al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europa C-559/19 de 24 de junio de 2021, relativo a la declaración de incumplimiento y a la imposición de multas coercitivas y sancionadoras a España en el asunto de Doñana.

ARANZADI

18. La responsabilidad patrimonial del Estado por el incumplimiento de normas europeas es otra vía abierta a la ciudadanía para conseguir que los estados asuman los daños causados por la inaplicación del derecho comunitario, e indirectamente para potenciar la aplicación de las normas europeas por parte de los estados miembros, aunque en el caso de las directivas, ello está supeditado a la circunstancia de que éstas confieren a los particulares derechos individuales.

19. La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2022, asunto C-61/21 ha adoptado una interpretación muy restrictiva al descartar que determinados artículos de una serie de Directivas sobre protección de la calidad del aire confieran derechos individuales a los ciudadanos que les faculten para reclamar una indemnización en virtud del principio de responsabilidad como consecuencia de violaciones del Derecho de la Unión que le sean imputables a los estados.

20. El pronunciamiento de Tribunal tiene repercusiones más allá de la responsabilidad patrimonial de los estados, porque compromete también la eficacia y aplicación del derecho comunitario en los estados miembros, especialmente en aquellos casos en que es más necesario por la falta de transposición de las directivas. Pronunciamientos como éste menoscaban la eficacia jurídica de las normas ambientales europeas, que por aplicación del principio de eficacia directa podrían ser invocadas en el ámbito interno de los estados miembros, aun en el caso de falta de transposición de las mismas.

21. Con todo, y a pesar de las limitaciones de la Unión europea para controlar y exigir el cumplimiento de sus normas, hay una realidad contrastada y es que el Derecho comunitario da lugar a normas de contenido jurídico vinculante para los estados, que es más de lo que se puede decir en la mayoría de los casos del Derecho internacional. Desde esta perspectiva, los estados están sujetos al cumplimiento de obligaciones que probablemente no asumirían de motu propio en un contexto internacional. El Derecho comunitario actúa, así como cadena de transmisión entre lo global y lo local.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILA, YANN AND DE BELLIS, M. C., «Un marciano en las Naciones Unidas o reflexiones ingenuas sobre la gobernanza medioambiental mundial». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 13 (2022), pp. 1-33.

ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.), La regulación de las energías renovables ante el cambio climático, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

DE LA VARGA PASTOR, A., «Tendencias y retos pendientes de la inspección ambiental en el actual contexto de liberalización de las actividades económicas», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 313 (2017), pp. 133-188.

DELGADO PIQUERAS, F.; ROBERTO GALÁN VIOQUE, R.; GARRIDO CUENCA, N.; GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dirs.). Los desafíos jurídicos de la transición energética. Aranzadi, 2022.

ESTEVE PARDO, J., Derecho del medio ambiente, Marcial Pons, 2017.

FAJARDO DEL CASTILLO, T.; CAMPINS ERITJA, M., «La COP26 De Glasgow Sobre El Cambio climático: ¿truco O Trato?», *Revista Catalana de Derecho ambiental*, núm. *12* (2021), pp. 1-33.

GALERA RODRIGO, S. y GÓMEZ ZAMORA, M. M. (coord.), Políticas locales de clima y energía, INAP, 2018.

ARANZADI

GARCÍA GARCÍA, M. J., «Ordenanzas de captación y aprovechamiento de la energía solar y competencias locales en materia de aprovechamiento energético», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 303 (2016) pp. 117-138.

GARCÍA LUPIOLA, A., «Nuevas estrategias de la Unión Europea para abordar el doble reto de la crisis climática y la dependencia energética». *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 68 (2023), pp. 33-67.

GILES CARNERO, «La conferencia de Estocolmo y el impulso a la protección jurídica internacional de la atmósfera: de lo transfronterizo a lo global», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 13(2) (2022).

JUSTE RUIZ, J., La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y europeo. Tirant lo Blanch, 2017.

JUSTE RUIZ, J., «50 años del Derecho internacional ambiental: la participación de la sociedad civil». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 13(2) (2022), pp. 1-33.

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *La autorización ambiental integrada: estudio sistemático de la Ley16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación,* Civitas*, 2002.*

LÓPEZ RAMÓN, F., «El medio ambiente en la constitución española, *Revista de Derecho Urbanístico*», núm. 222 (2005), pp. 183-198.

LÓPEZ RAMÓN, F., Manual de derecho ambiental y urbanístico, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2021.

LOZANO CUTANDA, B., Tratado de Derecho Ambiental, CEF, 2014.

MARTÍN MATEO, R., Tratado de Derecho Ambiental, Trivium, vols. I y II, 1992.

MOLINA HERNÁNDEZ, C., El registro y comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, Tirant lo Blanch, 2019.

MUÑOZ MACHADO, S., Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general, tomo VIII, Agencia estatal BOE, 2015.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. y ALONSO GARCÍA, C. (Dirs.). Tratado de Derecho Ambiental, Tirant lo Blanch, 2012.

PAREJO ALONSO, L., «Urbanismo y medio urbano bajo el signo del desarrollo sostenible», *Revista vasca de Administración Pública,* núm. 99-100 (2014), pp. 2313-2331.

ARANZADI

PAREJO ALFONSO, L., «La ordenación territorial urbanística y el cambio climático». *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, 171, 2021.

PÉREZ GABALDÓN, M., «La evaluación ambiental estratégica como instrumento de protección del medio en el estado autonómico: la Comunitat valenciana como caso de estudio», *Revista de Evaluación de Programas y Políticas públicas,* núm. 8 (2017), pp. 31-53.

RODRÍGUEZ-REDONDO, A. J., La progresión en el Acuerdo De París De 2015 Sobre Cambio climático: ¿obligación O estándar De Conducta? *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, núm. 13 (2022).

SANZ LARRUGA, F. J. (Dir.), Derecho Ambiental en tiempo de crisis, Tirant lo Blanch, 2017.

SANZ RUBIALES, I., Cambio climático y Unión Europea. Presente y futuro del mercado europeo de emisiones, Tirant lo Blanch, 2014.

SALAZAR ORTUÑO, E.; VICENTE GIMÉNEZ, T., «La Iniciativa Legislativa Popular Para El Reconocimiento De Personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su Cuenca». *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, núm. 13 (2022).

TORRES LÓPEZ, A. y ARANA GARCÍA, E. (Dirs.). Derecho ambiental, Tecnos, 2018.

ARANZADI

SIMOU, S., Derecho local del cambio climático, Marcial Pons, 2020.

Capítulo XIII

El principio de proporcionalidad en la restricción de las libertades económicas europeas: evolución desde su reconocimiento expreso en el tratado de Maastricht

Clàudia Gimeno Fernández
Profesora Ayudante Doctora. Universitat de València - Estudi General

ARANZADI

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EUROPEAS Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: FUNDAMENTOS. *1. Desarrollo del principio de proporcionalidad en la Unión Europea. 2. Las partes del principio de proporcionalidad. 3. La consistencia de las medidas.* III. PROPORCIONALIDAD Y RESTRICCIONES A LAS LIBERTADES DEL MERCADO ÚNICO. *1. Los problemas de la aplicación generalizada del principio de proporcionalidad. 2. El contrapeso a las críticas al uso del principio para la limitación de las libertades del mercado interior.* IV. ELEMENTOS PROCESALES RELEVANTES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO: LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EUROPEAS Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Desde sus inicios, el objetivo prioritario de la Comunidad Económica Europea ha sido la construcción de un mercado interno. Un mercado interno que, para serlo realmente, debía de conseguir la abolición de cualquier tipo de obstáculo a la libre circulación de bienes, personas, servicios

y capitales entre los Estados miembros firmantes[1]. La idea subyacente a los Tratados originarios era que la eliminación de las barreras que dividían Europa aseguraría el progreso económico y social de sus países integrantes y, correlativamente, la mejora de las condiciones de vida de la ciudadanía europea.

En este sentido, las finalidades de la entonces Comunidad Económica Europea en el ámbito económico se confiaron en tres líneas de actuación: (1), la creación de un mercado interior, a través del pleno desarrollo de las cuatro libertades comunitarias de libre circulación (bienes, personas, servicios y capitales) y de las políticas comunes y las medidas complementarias previstas en los Tratados; (2), la instauración de un régimen común de disciplina de la competencia, y (3), el establecimiento de una unión económica y monetaria[2].

Con el tiempo, y especialmente a partir de la década de los años ochenta, las libertades del mercado interior europeo han visto crecer su alcance inicialmente previsto por los Tratados originarios como consecuencia de las sucesivas modificaciones de estos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la ahora Unión Europea y el desarrollo del Derecho derivado. Asimismo, si bien originariamente los Tratados tenían el deber de proteger y desarrollar las libertades fundamentales y los principios de libre mercado y competencia, dejando en manos de los Estados miembros la gradación en la implementación del Estado social mediante el ejercicio de potestades públicas de intervención en el sistema económico, este planteamiento cambia cuando las distintas modificaciones de los Tratados amplían las bases para adoptar normas en el seno de las Comunidades europeas y el Tribunal de Justicia adopta una actitud más abierta a la intervención comunitaria respecto al ejercicio de estas potestades.

ARANZADI

1. Artículos 2 y 3 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957. El mercado interior todavía hoy es fundamental en la consecución de los objetivos de la Unión Europea. Así, tanto el Tratado de la Unión Europea, en su art. 3(3), que prevé que la Unión «establecerá un mercado interior», como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su art. 4(2), que establece que la Unión y los Estados miembros tienen competencias compartidas en el área del mercado interior y contemplan disposiciones dirigidas específicamente a garantizar su existencia. El art. 26 TFUE completa estos artículos describiendo el mercado interno como un «espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados».
2. ALBERTÍ ROVIRA, E., «La constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV) Aniversario de la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71 (2004), pp. 123-159; p. 130.

Por lo que hace al alcance de las libertades económicas europeas, el Tribunal de Justicia lo amplía principalmente a través de dos vías. En primer lugar, mediante una interpretación muy amplia del requisito de existencia de un elemento transfronterizo para entender aplicable el derecho europeo a cualquier caso en que estas puedan resultar potencialmente afectadas[3]. Y, en segundo, con la ampliación del concepto de limitación a las libertades de circulación en sí mismo, que pasa de exigir la existencia de una discriminación hacia las nacionales de otros Estados miembros para entender que se están vulnerando estas libertades a comprender también cualquier medida que obstaculice de forma injustificada y desproporcionada el acceso al mercado europeo (la conocida como regla de las restricciones o de acceso al mercado)[4].

Como resultado, se profundiza en las libertades y ahora se entiende que cualquier medida que, aunque no discrimine por motivos de nacionalidad, prohíba, impida o haga menos atractivo el ejercicio de las libertades económicas constituye una restricción u obstáculo a estas. La consecuencia de

3. OLIVER, P., Y ROTH, W-H., «The Internal Market and the Four Freedoms», *Common Market Law Review*, núm. 41 (2004), pp. 407-441; BARNARD, C., «Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?», en BARNARD, C., Y ODUDU, O. (eds.), *The outer limits of European Law*, pp. 273-306, Hart Publishing, 2009; BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms* (sexta edición), Oxford University Press, 2019; HATZOPOULOS, V., «The Court's Approach to Services (2006-2012): From Case Law to Case Load?», *Common Market Law Review*, núm. 50 (2013), pp. 459-50; TRYFONIDOU, A., *Reverse Discrimination in EC Law*, Wolters Kluwer, 2009; y SCHARPF, F. W., «The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a "social market economy", *Socio-Economic Review*, núm. 8 (2010)», pp. 211-250.

ARANZADI

4. Así, aunque al principio estas libertades se caracterizaron por el TJUE exclusivamente como la forma de asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida en un momento en que las disposiciones aplicables a los distintos Estados miembros no se encontraban suficientemente armonizadas, poco a poco el contenido de las libertades ha mutado. A rebufo de cambios en relación con la libre circulación de bienes (Sentencias de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74, EU:C:1974:82; de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, EU:C:1979:42, y de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, 60 y 61/84, EU:C:1985:329), con el tiempo se ha entendido que las libertades económicas europeas se oponen al hecho que cualquier Estado miembro obstaculice el acceso al mercado europeo a personas de manera injustificada y desproporcionada. En este sentido, BARNARD, C. y DEAKIN, S., «Market Access and Regulatory Competition», en BARNARD, C., y SCOTT, J., (eds.), *The Law of the Single Market: Unpacking the Premises*, pp. 197-224, Hart Publishing, 2002; BARNARD, C., «Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?», en BARNARD, C., y ODUDU, O. (eds.), *The outer limits of European Law*, pp. 273-306, Hart Publishing, 2009; OLIVER y ROTH (2004); SCHARPF (2010); ADAMS, Z. y DEAKIN S., «Freedom of Establishment and Regulatory Competition», en ARNULL, A. y CHALMERS, D. (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law*, pp. 537-561, Oxford University Press, Oxford 2015; y UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., «Market freedoms and private interactions under EU law», *China-EU Law Journal*, núm. 6 (2019), pp. 141-162.

ello es que la medida deberá justificarse en razones imperiosas de interés general relacionadas con intereses públicos, deberá ser apropiada para alcanzar el objetivo que persigue y no deberá ir más allá de lo necesario para lograrlo[5]. Es decir, la medida deberá ser proporcionada. Esencial a la cuestión de las libertades económicas europeas, como por otra parte ha advertido el TJUE en numerosas ocasiones, deviene por tanto el principio de proporcionalidad, que se erige en el principal requisito que debe cumplir cualquier medida que las restrinja[6].

Con la finalidad de clarificar su régimen jurídico y la manera en que se ha aplicado por los Tribunales en las restricciones a las libertades del mercado interior, este capítulo se centrará en el análisis del principio de proporcionalidad en el contexto europeo, cuyo estudio en esta obra cobra además especial importancia porque es en el Tratado de Maastricht en el que este se reconoció por primera vez en los Tratados europeos. Con esta finalidad, se estudiarán, en primer lugar, los elementos básicos fundamentales del principio de proporcionalidad. Esto es, la manera en que este se ha desarrollado en la Unión Europea y sus principales elementos. En segundo lugar, se analizará la específica relación entre el principio de proporcionalidad y las libertades del mercado único, haciendo especial énfasis en la función de este principio en el contexto de las limitaciones introducidas por los Estados miembros a las libertades europeas con la finalidad de salvaguardar los intereses y valores nacionales. Finalmente, se examinarán elementos procesales relacionados con la aplicación de este principio, especialmente importantes en un contexto como el de su aplicación en el que (1), la justificación del principio es clave para la fundamentación de las restricciones a las libertades (2) los intereses en juego son de difícil análisis y (3), no hay directrices sobre estos los elementos de Derecho procesal en el seno de la Unión Europea.

ARANZADI

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: FUNDAMENTOS

En caso de conflicto entre una medida nacional restrictiva de las libertades económicas europeas y estas el análisis que lleva a cabo el TJUE es bifásico. En primer lugar, el Tribunal determina si las libertades han sido restringidas de alguna forma y, en segundo lugar, comprueba si concurre alguna excepción que justifique esta restricción. Teniendo en cuenta los intereses en juego —tanto en la restricción como en la excepción—, el Tribunal analiza si las medidas previstas por la norma son adecuadas para

5. Entre otras, Sentencias de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411; de 8 de abril de 2003, *Hartlauer*, C-44/01, EU:C:2003:205; de 5 de octubre de 2004, *CaixaBank Francia*, C-442/02, EU:C:2004:586; de 21 de abril de 2005, *Comisión contra Grecia*, C-140/03, EU:C:2005:242, y de 18 de noviembre de 2010, *Comisión contra Portugal*, C-458/08, EU:C:2010:692.
6. BARNARD (2009).

lograr la justificación aducida y si no van más allá de lo necesario para conseguirla[7]. Esta actividad, mediante la cual el Tribunal contrapone y da más peso a alguno(s) de los intereses, es lo que se conoce como análisis de la proporcionalidad de las medidas.

1. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

El principio de proporcionalidad se origina en la UE de las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Específicamente, su origen puede encontrarse en el derecho público alemán —donde está considerado un principio general del Derecho administrativo y constitucional—, el Derecho administrativo francés —especialmente, la *theorie du billan*— y, en menor medida, del concepto inglés de *reasonableness*[8].

Este principio, utilizado tradicionalmente para guiar al poder judicial a la hora de controlar la acción administrativa y proteger los derechos individuales, es incorporado por el Tribunal en su jurisprudencia en la década de los años setenta, especialmente en relación con la revisión de medidas de las instituciones comunitarias en materia de agricultura y regulación económica[9]. Su atractivo está en que es versátil y maleable y permite a los Tribunales condicionar la intervención estatal al respeto de derechos fun-

ARANZADI

7. ARROYO JIMÉNEZ, L. «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2 (2009).
8. BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 135 (1994), pp. 495-538; BLANCA MIRANDA, I., «La protección a la economía de mercado en la concepción europea sobre los derechos humanos: algunas consideraciones respecto a la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las "Libertades Económicas"», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 54 (2021); JACOBS, F. G., «Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justifce», *Texas International Law Journal*, núm. 38 vol. 3 (2003), pp. 547-556; y PORTUESE, A., «Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency», *European Law Journal*, núm. 19 vol. 5 (2013), pp. 612-635.
9. TRIDIMAS, T., «The Principle of Proporcionality», en SCHÜTZE, T. Y TRIDIMAS, T. (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law. The European Union Legal Order: Volume Y*, pp. 243-264, Oxford University Press, Oxford 2018. Mencionado por primera vez por la Directiva 70/50/ECC, de 22 de diciembre de 1969, sobre la supresión de las medidas que tengan un efecto equivalente a restricciones cuantitativas a las importaciones y no estén cubiertas por otras disposiciones adoptadas en aplicación del Tratado CEE, fue pronto adoptado por el TJUE en sus primeras decisiones. Como BARNÉS VÁZQUEZ (1994, p. 516) apunta, la primera sentencia del Tribunal que nombra expresamente el principio de proporcionalidad es la de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, EU:C:1970:114. Luego le seguirán otras muchas sentencias que consolidarán el principio de proporcionalidad en el ámbito europeo, de forma paralela a lo que sucede también en relación con la aplicación del

damentales y otros valores o principios. Su uso ha sido exponencial, hasta llegar a convertirse en un principio elemental que ha impregnado prácticamente todas las áreas del Derecho europeo. No en vano, Tridimas sostiene que el principio de proporcionalidad es el más invocado y, en lo que se refiere a su papel en la adjudicación constitucional, el principio más influyente del derecho de la UE[10]. Asimismo, el Tribunal lo ha tratado como un principio general del derecho en el orden legal europeo, lo que le ha permitido no tener que invocar normas y principios estatales a la hora de fundamentar sus sentencias, sino simplemente recurrir a este orden legal europeo autónomo y autosuficiente para dar respuesta a los conflictos que se presentan ante él[11].

El principio se reconoció por primera vez en los Tratados tras la modificación operada en estos por el Tratado de Maastricht. Es, desde entonces, de rango superior al derecho derivado y se suele utilizar por el TJUE de forma constante, tanto de forma explícita como implícita en la *ratio decidendi* de las sentencias[12]. Actualmente, se reconoce en el art. 5 TUE como principio fundamental del orden constitucional europeo y en el Protocolo número 2 de los Tratados sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Respecto del principio de proporcionalidad, el Protocolo establece la obligación de que los proyectos de actos legislativos que impliquen cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o la ciudadanía se motiven en relación con este principio en una ficha específica.

ARANZADI

Sus funciones dentro del contexto del DUE han devenido fundamentales. En este sentido, el principio actúa como (1) un mecanismo de integración del mercado europeo que se utiliza para comprobar la legalidad de las restricciones nacionales; (2), un instrumento para la protección de las libertades civiles y los derechos fundamentales y (3), de acuerdo con el art. 5(4)

Convenio Europeo de Derechos Fundamentales, que considera ilícitas las limitaciones de derechos y libertades que no sean imprescindibles para la protección de los intereses de la colectividad.

10. TRIDIMAS (2018).

11. PORTUESE (2013). BIGLINO CAMPOS, P., «De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 97 (1997), pp. 71-103, apuntaba antes de la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que la ausencia de una declaración de derechos en el ordenamiento comunitario forzaba al órgano jurisdiccional europeo a utilizar, casi como único medio de argumentación en derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad.

12. TRIDIMAS, T., «Proportionality in Community Law: Searching for the Appropiate Standard of Scrutiny», en ELLIS, E. (ed.), *The principle of Proportionality in the Laws of Europe* (quinta edición), pp. 65-84, Hart, 2011.

TEU, un principio de gobierno que busca limitar el alcance y la intensidad de la acción de la Unión Europea[13].

2. LAS PARTES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad es un principio de naturaleza controvertida que constituye un parámetro de la legalidad o justicia material de una medida que se estructura en tres partes[14]. La primera consiste en el análisis de si la medida es adecuada para conseguir la finalidad que predica. La segunda, el examen de si la medida es necesaria para alcanzar el objetivo y no existen otras medidas menos agresivas capaces de producir el mismo resultado. Finalmente, en la tercera se procede al escrutinio de si la medida tiene un efecto excesivo en la restricción de las libertades afectadas —lo que se conoce como el análisis de proporcionalidad en sentido estricto—.

En cuanto al requisito de adecuación o idoneidad, este exige comprobar que los medios previstos por la medida son razonables para alcanzar los objetivos o finalidades aducidas para justificarla —si realmente la medida tiene el efecto que se busca—. Esto implica fijarse en el ánimo que motivó la introducción de la medida y comprobar si la medida es apta para conseguir el resultado deseado. De lo contrario, la medida será desproporcionada.

Sin embargo, *de facto*, este requisito se aplica de un modo atenuado. Así, es generalmente necesario que la inidoneidad sea manifiesta o absoluta para poder declarar la nulidad de la medida, y no se entiende que este análisis de idoneidad deba realizarse desde una perspectiva *ex post*, sino *ex ante*, lo que significa que se reconoce el derecho a equivocarse en el pronóstico[15]. Por tanto, en este primer requisito, las facultades de revisión judicial son limita-

ARANZADI

13. TRIDIMAS (2018) puntualiza que este art. 5(4) fue introducido como una herramienta para complementar la subsidiariedad y proteger los intereses de los EM frente al crecimiento de competencias de la UE.
14. Aunque normalmente se entiende como un principio de naturaleza procesal, MULDER, J., *Social Legitimacy in the Internal Market: A Dialogue of Mutual Responsiviness*, Hart, 2018a, indica que el Tribunal ha utilizado dos versiones del test, una más sustantiva —basada en la comparación entre las soluciones adoptadas por otros EM— y una más procedimental —basada en el contexto procedimental en el que las medidas se han adoptado—. El criterio para distinguir entre cuál será de aplicación es arbitrario, y no se explicitan los motivos de esta diferenciación en las sentencias del Tribunal. El alcance y grado en que el Tribunal aplica la prueba de proporcionalidad sustantiva no es coherente y parece depender en cierto modo de la «sensibilidad» de la medida en que se está revisando, como también critican JANS, J., «Proportionality Revisited», *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 27 vol. 3 (2000), pp. 239-265, y DE BÚRCA, G., «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *Yearbook of European Law*, núm. 13 vol.1 (1993), pp. 105-150.
15. Deducido, en parte, del derecho alemán, conforme BARNÉS VÁZQUEZ (1994, p. 520) sistematiza. Así, teóricamente carece de relevancia demostrar a posteriori la ineficacia

das (juicio de razonabilidad de la medida, más que de eficacia u oportunidad) y se reconoce, en atención al principio de división de poderes, un amplio margen de apreciación en manos de los EM y las Instituciones europeas para su valoración, especialmente cuando se trata de revisar normas jurídicas[16]. Esto hace que, tradicionalmente, este elemento del principio haya sido relativamente fácil de acreditar. Con todo, Barnard ha observado que cada vez más el Tribunal está refinando el análisis llevado a cabo en esta fase y ha empezado a rechazar la legislación nacional por no ser adecuada[17].

En relación con la segunda fase del *test*, en ésta el Tribunal analiza si la medida es necesaria porque no existen otras medidas alternativas que pueden servir al interés público igualmente de forma menos restrictiva que la propuesta[18]. *De facto*, se aplica de forma más rigurosa para analizar la proporcionalidad de restricciones nacionales en el libre movimiento que para cuestionar la legalidad de la acción de la UE. Además, se ha indicado que es, en realidad, extremadamente difícil de llevar a cabo y que los Tribunales no tienen herramientas, experiencia ni competencias para llevar a cabo un análisis cuidadoso de estas cuestiones[19].

El tercer criterio —el de proporcionalidad en sentido estricto— analiza que los costes y beneficios de la norma guardan un equilibrio entre ellos. Esto implica ponderar los bienes e intereses en conflicto. Es decir, analizar si los perjuicios o sacrificios que la medida supone compensan o guardan una relación razonable con los beneficios que comporta y los daños que se generarían de no aprobarse[20]. Por lo tanto, contrariamente a lo que sucede con el caso de la necesidad de la medida, este juicio en sentido estricto no tiene en cuenta las diversas medidas alternativas, sino únicamente la medida objeto de control y su finalidad[21].

ARANZADI

---

de una medida y sólo decaen medidas que incurren en un error manifiesto en la previsión de su evolución futura y sus efectos.

16. BARNÉS VÁZQUEZ (1994).
17. BARNARD (2019).
18. De forma muy clara se ha expresado el AG Van Gerven en las conclusiones presentadas el 22 de noviembre de 1990 en el asunto *Conforama*, C-312/89, EU:C:1990:418, indicando que «(l)a exigencia de necesidad implica dos cosas: Primero, que la normativa nacional de que se trate sea realmente pertinente en relación con el objetivo fijado, es decir, que exista al menos potencialmente una relación de causalidad entre la medida adoptada y el objetivo que se persigue; en segundo lugar, que no exista para la normativa de referencia una alternativa que, teniendo la misma eficacia, ocasione menos obstáculos al comercio intracomunitario (criterio de la alternativa menos restrictiva)» (par. 14).
19. TRIDIMAS (2018).
20. BARNÉS VÁZQUEZ (1994).
21. Como indica GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (segunda edición), Aranzadi, Cizur Menor 2015,

Aunque el TJUE suele enunciar el análisis de la proporcionalidad de una medida como este *test* trifásico, la realidad es que el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto no se ha realizado de forma sistemática por el Tribunal[22]. Este se ha limitado prácticamente a analizar la concurrencia de los requisitos de necesidad y adecuación, completados con el análisis de coherencia, consistencia y sistematicidad de las medidas y suele entender que una medida es proporcionada sin realmente analizar y buscar si existen alternativas menos gravosas[23]. Esto ha llevado a la doctrina a manifestar que en realidad no existe esa tercera fase pero que, en el fondo, esto es positivo, puesto que, de generalizarse, ésta frustraría los intereses nacionales que no se alinean con las políticas UE, y supondría mayor poder para el poder judicial (tanto de la UE como el nacional) y para la UE en general. Y esto porque se entienden las dos primeras fases del *test* de proporcionalidad como «internas» en el orden nacional legal en cuestión, dado que tienden a valorar la medida nacional contra alternativas que el Estado podría haber adoptado para alcanzar el objetivo en cuestión, y es, en cambio, en esa tercera fase en la que se entraría teóricamente a tener en cuenta la medida en relación con los intereses económicos europeos[24].

---

se trata de determinar si esta medida es excesiva teniendo en cuenta la importancia de la finalidad perseguida con ella.

ARANZADI

22. TRIDIMAS (2011, p. 551), y TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law* (segona edició), Oxford University Press, 2006. HATZOPOULOS, V., «Justifications for Restrictions to Free Movement: Towards a Single Normative Framework?», en ANDENAS, M., BEKKEDA, T., y PANTALEO, L. (eds.), *The Reach of Free Movement,* pp. 131-156, TMC Asser Press, 2017, indica que sólo se ha aplicado en cierta sistematicidad cuando las libertades comunitarias se enfrentan a derechos fundamentales, y esto es sintomático que el contenido del principio de proporcionalidad es todavía debatido en la UE. TRIDIMAS (2018), MULDER, J., «Unity and Diversity in the European Union's Internal Market Case Law: Towards Unity in "Good Governance'?"», *Utrecht Journal of International and European Law*, núm. 34 vol. 1 (2018b), 4-23, p. 13, y CRAIG, P., «The Evolution of the Single Market», en CRAIG, P., y DE BÚRCA, G. (eds.), EU Law, Text, Cases and Materials (cinquena edició), pp. 1-40, Oxford University Press 2011, p. 551, apuntan que la tercera parte del test no ha sido aplicada por el TJUE, que sólo la considera cuando el denunciante ha basado un argumento expresamente en esta cuestión.

23. HATZOPOULOS (2017) indica que esta tercera fase sólo se ha llevado a cabo de manera efectiva en algunas ocasiones por el TJUE: en las Sentencias de 25 de julio de 1991, *Säger*; de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni,* C-165/98, EU:C:2001:162; de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construçoes,* C-164/99, EU:C:2002:40; de 11 de diciembre de 2007, *Viking,* y de 18 de diciembre de 2007, *Laval.* DE BÚRCA, G., «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *Yearbook of European Law*, núm. 13 vol.1 (1993), pp. 105-150, subraya que de las tres fases del test la segunda es la más prominente en el razonamiento del TJUE.

24. DE BÚRCA (1993) y SNELL, J., y ANDENAS, M., «Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement», *European Business Law Review*, núm. 10 vol. 7/8 (1999), pp. 252-283. En cambio, un control de proporcionalidad «externo», basado en esa

3. LA CONSISTENCIA DE LAS MEDIDAS

Durante los últimos veinte años, el TJUE ha introducido un nuevo criterio que exige que cualquier medida adoptada debe de ser coherente con el resto de normativas y/o políticas adoptadas por la institución en cuestión, sugiriendo que la restricción a las libertades económicas es apropiada solo si genuinamente refleja una preocupación por alcanzar un determinado objetivo de una forma consistente y sistemática[25]. Este criterio, que se conoce como el de la hipocresía —puesto que presupone que las medidas adoptadas, toleradas o facilitadas no pueden perseguir a la vez objetivos contradictorios y ayuda a identificar medidas estatales proteccionistas—, ha sido utilizado por el TJUE en numerosos asuntos (Sentencias de 6 de marzo de 2007, *Placanica*, C-338, 359 y 360/04, EU:C:2007:133, par. 53 y 58; de 17 de julio de 2008, *Corporación Dermoestética*, C-500/06, IU:C:2008:421, par. 39 y 40; de 11 de marzo de 2010, *Attanasio*, C-384/08, EU:C:2010:133, par. 51; de 8 de abril de 2003, *Hartlauer,* C-44/01, EU:C:2003:205, par. 36, 55, 63 y 64; de 19 de mayo de 2009, *Comisión contra Italia*, C-531/06, EU:C: 2009:315, par. 62, 63, 66, 84, 86, y, finalmente, de 8 de septiembre de 2010, *Markus Stoß y otros*, C-316, 358, 359, 360, 409 y 410/07, EU:C:2010:504).

Entre sus puntos fuertes encontramos que es un análisis de coherencia puramente interno de los EM, lo que evita la competición reguladora o la desregulación a la baja que no [illegible] implican los juicios absolutos de proporcionalidad y que evidencia (y presiona para hacer desaparecer) las deficiencias de los sistemas nacionales normativos, favoreciendo así la mejora normativa.

ARANZADI

Pese a que este requisito podría ubicarse fuera del *test* de proporcionalidad, la doctrina entiende que forma parte del mismo[26], específicamente del elemento de adecuación[27], y ha diferenciado entre la consistencia de una medida —que implica la inexistencia de medidas que contrarrestan consecución del interés público aducido por la medida restrictiva de las libertades

tercera parte del test traslada el poder de las legislaturas nacionales a los jueces que aplican la normativa de la UE, que se convierten en el último arbitraje de los costes y beneficios de la regulación. Además, este desarrollo transferiría el poder de los Estados miembros al Tribunal de Justicia, puesto que este tendría derecho, en base a un ejercicio de peso poco claro, a rebajar y controlar las opciones reguladoras nacionales. Esta ponderación pondría en juego intereses a menudo heterogéneos o incluso inconmensurables, como ha indicado HATZOPOULOS (2013, p. 498).

25. TRIDIMAS, T., «Proportionality in Community Law: Searching for the Appropiate Standard of Scrutiny», en ELLIS, E. (ed.), *The principle of Proportionality in the Laws of Europe* (quinta edición), pp. 65-84, Hart, 2011.
26. MATHISEN, G., «Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement», *Common Market Law Review*, núm. 47 (2010), pp. 1021-1048.
27. HATZOPOULOS (2017).

y, por tanto, la ausencia de contradicciones en la consecución de este objetivo[28]— y su coherencia, que implica que la medida tiene sentido, encaja y se encuentra relacionada con el resto del ordenamiento jurídico. Así, el hecho de que el *test* de proporcionalidad suponga que una medida restrictiva debe ser adecuada para alcanzar el objetivo que persigue hace que este requisito de coherencia y consistencia se encuentre en la esencia de este *test*.

Con todo, el TJUE ha entendido que, en determinados casos, es posible perseguir ánimos contradictorios o contrapuestos. Esto es, que haya políticas o medidas de los Estados miembros que persigan objetivos que, aparentemente, se encuentran en contradicción con otras medidas adoptadas por ese mismo Estado. En ese caso, el *test* utilizado pasa de uno de consistencia a uno de ponderación entre los diferentes ánimos contradictorios (los ejemplos más evidentes de esta cuestión se encuentran en las medidas adoptadas para expansión controlada de juegos de azar, analizadas por el Tribunal de Justicia en, entre otras, la Sentencia de 3 de junio de 2010, *Ladbrokes*, C-258/08, EU:C:2010:308.

En general, el requisito de consistencia puede ser considerado como clave a la hora de motivar y dar más fuerza a las medidas nacionales a adoptar. Y es que, en el momento de justificar si una medida es compatible o no con el Derecho europeo será un argumento de peso que ésta se persiga mediante distintas estrategias urbanísticas y políticas (por ejemplo, si se quiere hacer frente a la turistificación, que no sólo se prevean medidas restrictivas en relación con una clase específica de establecimiento, sino respecto de todos los que generan molestias, o que se acompañen las medidas restrictivas con otras incentivadoras de los usos que sí queridos o de fomento de las actividades que quieren potenciarse) y que no haya otras que contradigan y vayan en contra del objetivo de la medida adoptada. Así, el hecho de que la medida se persiga de forma consistente puede servir como motivo y prueba de que la institución en cuestión trata de conseguir ese interés público de forma seria y no con un objetivo proteccionista o puramente restrictivo de las libertades económicas.

ARANZADI

III. PROPORCIONALIDAD Y RESTRICCIONES A LAS LIBERTADES DEL MERCADO ÚNICO

Las libertades europeas se interpretan cada vez más expansivamente para cubrir todas las normas y medidas de los Estados miembros capaces de obstaculizarlas de cualquier modo. Paralelamente, los motivos que justifican las

28. FRANKLIN, C., «The Burgeoning Principle of Consistency in EU Law», *Yearbook of European Law*, núm. 30 (2011), pp. 42-85.

restricciones a estas libertades también han crecido[29]. Esto hace que la cuestión sobre la existencia de restricciones y justificaciones pierda cierta importancia y, al mismo tiempo, eleva la proporcionalidad al principal criterio para determinar la línea entre las barreras aceptables y las no aceptables[30]. En este sentido, puede afirmarse que no hay espacio en las libertades europeas que se sitúe fuera de la proporcionalidad.

Sin embargo, la extensión del principio de proporcionalidad tiene riesgos. El Tribunal se enfrenta a varios problemas, como la inconmensurabilidad de todas las consideraciones, la subjetividad en la resolución de una operación de este tipo y un cierto déficit de legitimidad institucional[31].

1. LOS PROBLEMAS DE LA APLICACIÓN GENERALIZADA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En primer lugar, se ha puesto de manifiesto la dificultad que supone trasladar un instrumento creado por y desde el Derecho administrativo hacia el control del legislador, porque su utilización (especialmente, el análisis de proporcionalidad estricto) puede reducir de forma apreciable la libertad de configuración política que lo define[32]. El principio de proporcionalidad facilita un rol muy activo de los Tribunales en la revisión de las medidas adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo que rompe, a menudo, la premisa básica de toda teoría democrática: que debe haber una distinción entre lo que les decisores políticos hacen a la hora de adoptar una medida o tomar una decisión y lo que los tribunales pueden hacer cuando analizan si esta es correcta[33].

ARANZADI

29. BARNARD (2009 y 2019), y CHALMERS, D., HADJIEMMANUIL, C., MONTI, G., y TOMKINS, A., *European Union Law: Text and Materials* (cuarta edición), Cambridge University Press, 2019.
30. HATZOPOULOS (2017) llevó a cabo un estudio cuantitativo en relación con la libre prestación de servicios en el que detectó que, de 466 medidas que llegan ante el TJUE sólo en 19 no se aprecia que afecten a la libre prestación de servicios. Prácticamente todas ellas se analizan bajo el espectro de si son justificables.
31. BIGLINO CAMPOS (1997) y MARZAL, T., «From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 15 vol. 3 (2017), pp. 621-648.
32. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1996, p. 137.
33. BOIX PALOP, A., *Contra la ponderación: un repaso a las dudas sobre la extensión de los mecanismos ponderativos para integrar las normas de control judicial respecto de las decisiones administrativas con contenidos discrecionales* [ponencia en congreso]. Seminario de Teoría y Método, Universitat de Barcelona 2014; y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Normas de conducta y normas de control: Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2015).

Y esto, porque los Tribunales tienen una naturaleza no representativa y su decisión se toma en un contexto donde los límites institucionales, procedimentales y de evidencia son generalmente más reducidos que los de los demás poderes; lo que hace que un Tribunal no tenga las mismas capacidades o conocimientos para adoptar decisiones en relación con determinados tipos de aspectos como sí las tienen los cuerpos políticamente responsables. En este sentido, Tridimas critica que este es un principio que puede permitir al poder judicial imponer sus propias preferencias políticas y se pregunta cómo puede justificarse que unos jueces no elegidos democráticamente den preferencia a una u otra cuestión social o económica haciendo decaer una medida que representa el resultado de un proceso político[34].

Por todo esto, se entiende que una interpretación amplia de este *test* hace sustituir la libertad del legislador y la discrecionalidad administrativa por la judicial[35]. En el contexto de las libertades comunitarias, aparte, todo cuanto se ha indicado supone la imposición del sesgo que tienen las Instituciones europeas —que priorizan tendencialmente las libertades económicas sobre las políticas nacionales[36]— y la eliminación o convergencia a la baja de las políticas reguladoras estatales.

Además, la revisión judicial en casos de potestades discrecionales, como la normativa, es especialmente compleja a consecuencia de la heterogeneidad de fines que una normativa cualquiera puede perseguir y la dificultad de aislar los medios previstos para alcanzarlos[37]. Esto se explica, en parte, en que estos son conflictos diagonales que —a diferencia de los verticales que se pueden resolver haciendo referencia a la supremacía del Derecho europeo— son más difíciles de resolver, puesto que las normas en conflicto tienen objetivos, significados y características distintas. Por ello, se ha señalado que el análisis de la adecuación del medio a la finalidad perseguida debe reservarse para casos de irracionalidad patente. Este es uno de los motivos también de la escasa utilización del juicio de proporcionalidad «en sentido estricto», del que se ha afirmado que conduce a un «puro decisionismo», ya que la ponderación sobre el interés público y el privado es, sobre todo, una decisión de naturaleza política[38].

ARANZADI

34. TRIDIMAS (2018).
35. Esto plantea numerosos riesgos en un sistema en el que se evidencia, además, una escasa formación de los jueces en el ámbito del derecho público (BARNÉS VÁZQUEZ, 1994).
36. DE WITTE, F., «Sex, Drugs & EU Law: The Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law», *Common Market Law Review*, núm. 50 (2013), pp. 1545-1578.
37. BARNÉS VÁZQUEZ (1994).
38. MEDINA GUERRERO (1996, p. 141). JIMÉNEZ CAMPO (1999, p. 72), ha señalado que «juzgar la proporcionalidad de una medida, legal o no, es tan sólo, en síntesis,

Por otra parte, se ha entendido que, mediante la utilización del principio, los Tribunales europeos han alterado radicalmente la sustancia del Derecho europeo, tanto en el ámbito nacional como en el supranacional, al asignarle, al derecho de propiedad y al de empresa, un peso constitucional concreto a través de las cuatro libertades comunitarias y el principio de libre competencia[39]. Esta crítica se ve reforzada, de nuevo, por las voces que señalan el sesgo detectado en las Instituciones europeas hacia el libre comercio y la desregulación, y que hace perder peso a la regulación de carácter más social[40].

Y es que, el TJUE, a la hora de resolver los casos que implican restricciones al mercado interior, lo primero que hace es analizar si existe una limitación a una libertad de movimiento para después ver si hay una justificación legítima a esta restricción y si esta puede considerarse proporcionada en relación con sus objetivos legítimos. Esto comporta que es inherente al *test* de proporcionalidad la subordinación de los objetivos de política social en el mercado. En este sentido, de forma generalizada se ha indicado que los intereses sociales fundamentales parecen estar subordinados —o convertidos en una obstrucción, un problema— a los objetivos económicos de la UE —que se han transformado en un derecho fundamental—, y que la prevalencia de los intereses económicos desplaza sistemáticamente a los valores tradicionales sociales de Europa[41].

ARANZADI

comparar, sopesar o ponderar "pérdidas" y "ganancias" que, en lo jurídico, no son racionalmente medibles y que en apenas dejan margen —eso es lo que importa— a la argumentación y contraargumentación según criterios dotados de alguna objetividad. Por juiciosa que sea, la conclusión sobre la proporción o desproporción de una ley es sólo una opinión, sustraída, en cuanto tal, de cualquier réplica que no sea la opinión contraria».

39. MARZAL (2017).

40. MULDER, J., «(Re) Conceptualising a Social Market Economy for the EU Internal Market», *Utrecht Law Review*, núm. 15 vol. 2 (2019), pp. 16-31; y DAVIES, G., «Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence», *European Law Journal*, núm. 21 (2015), pp. 2-22.

41. BARNARD, C., «Viking and Laval: An Introduction», en BARNARD, C., Y ODUDU, O. (eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 10*, pp. 463-464, Bloombsury Publishing, 2008; JOERGES, C. y RÖDL, F., «Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval», *European Law Journal*, núm. 15 vol. 1 (2009), pp. 1-19; DAVIES, G., *Internal Market Adjudication and the Quality of Life in Europe*, EUI Working Paper Law 2014, (2014), https://cadmus.eui.eu/handle/1814/31951; MULDER (2018b); DASHWOOD, A., «Viking and Laval: Issues of Horizontal Direct Effect», en BARNARD, C., y ODUDU, O. (eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 10*, pp. 525-540, Bloomsbury, 2008; SYRPIS, P. y NOVITZ, T., «Economic and Social Rights in Conflict: Political and Judicial Approaches to their Reconciliation», *European Law Review*, núm. 33 (2008), pp. 411-426; y SOMEK, A., «The Argument From Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement», *European Law Journal*, núm. 16 (2010), pp. 315-320.

Es intuitivo pensar, entonces, que la atribución del carácter de derecho fundamental a las libertades económicas derivadas del Tratado que se imponen por la supremacía del derecho europeo denigra la sustancia de los derechos fundamentales de primera generación a nivel normativo[42], y que este modelo adjudicativo amenaza la cohesión social, la solidaridad y la identidad de los Estados miembros[43]. En este sentido se ha indicado que, en su énfasis en la ponderación, la proporcionalidad arriesga en la relativización de los derechos[44].

Por último, debe remarcarse que los Tribunales, al considerar la proporcionalidad de una medida, no siempre examinan la justificación de ésta con el mismo grado de rigor y en ocasiones son más deferenciales en relación con algunos tipos de disposiciones. Generalmente, se ha indicado que el TJUE se ve influido no sólo por lo que considera que es la naturaleza e importancia del interés o derecho reclamado y la del objetivo alegado, sino también la de la autoridad que toma la decisión[45].

Así, si el Tribunal analiza una alegación en contra del poder discrecional de una Institución de la UE, generalmente realiza un control más débil —centrado en el análisis de si una medida es manifiestamente inapropiada— que en relación con casos contra EM, en los que el grado de

ARANZADI

42. SHUIBHNE, N. N., «The Outer Limits of EU Citizenship: Displacing Economic Free Movement Rights?», en BARNARD, C., y ODUDU, O. (eds.), *The outer limits of European Law*, pp. 167-195, Hart Publishing, 2009, p. 186. CRAIG, P., y DE BÚRCA, G., *EU Law: Text, Cases and Materials* (cuarta edición), Oxford University Publishing, 2007, p. 410, consideran que el Tribunal sólo ha avanzado los objetivos comerciales del mercado común, sesgado hacia «derechos de mercado» en lugar de proteger los valores que son verdaderamente fundamentales para la condición humana.
43. MULDER (2018a).
44. TRIDIMAS (2018). MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., «The Guardianship of European Constitutionality: A Structural Critique of European Constitutional Review», en ANDENAS, M., BEKKEDA, T., y PANTALEO, L. (eds.), *The Reach of Free Movement,* pp. 173-203, TMC Asser Press, 2017, ha ido más allá y ha afirmado que esta situación deja fuera de lo constitucionalmente posible —mediante el encajonamiento de la discrecionalidad reguladora de los EM— políticas públicas sin las cuales algunos de los bienes colectivos fundamentales que están en el corazón del estado social y democrático son muy vulnerables. Menéndez es muy crítico con esta jurisprudencia y entiende que, desde el asunto *Casis de Dijon,* el contenido de las cuatro libertades y la libre competencia se ha emancipado del derecho sustantivo constitucional y el TJUE ha creado un contenido autónomo y sustantivo de estas libertades haciendo referencia a un entendimiento maximalista del derecho de propiedad y de la libertad de empresa.
45. SAUTER, W., «Proportionality in EU Law: A Balancing Act?», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 15 (2013), pp. 439-466; VAN GERVEN, W., «The effect of proportionality on the actions of Member states of the European Community: National Viewpoints from continental Europe», en ELLIS, E. (ed.), *The principle of Proportionality in the Laws of Europe* (quinta edición), pp. 37-64, Hart Publishing, 1999, y DE BÚRCA (1993).

rigor en el que se realiza el *test* de proporcionalidad dependerá de la naturaleza e importancia —para el TJUE— de los intereses en conflicto[46] o inclusive del desajuste que el pronunciamiento puede causar en el delicado contrapeso de poderes y competencias estatales y comunitarias[47]. Además, se ha indicado que, de forma sistemática, en áreas donde existe consenso entre los EM, el TJUE sigue este consenso en su solución jurídica al caso concreto (p. ej., en Sentencia de 28 de enero de 2010, *Comisión contra Francia,* C-333/08, EU:C:2010:44, par. 105).

En cambio, si entre los EM con mayor influencia en el gobierno de la UE no existe consenso, el TJUE declina su jurisdicción o decide según cuestiones técnicas[48]. Esto es lo que se ha llamado por Poiares Maduro «activismo mayoritario», que tiende a observar vulneraciones del Tratado cuando la medida analizada es dominante entre los diferentes EM y que implica el desarrollo de un proceso de «armonización judicial» en el seno de la UE[49]. A tal fin, el Tribunal pide a la Comisión, sistemáticamente y como parte de los elementos de prueba a practicar en estos asuntos, proporcionar un análisis de derecho comparado relativo a la medida en cuestión. Adicionalmente, Tridimas ha añadido a los factores que hacen cambiar el tipo de *test* de proporcionalidad que aplica el Tribunal a si ha habido un daño real, el efecto temporal de la medida, la urgencia de la situación, la tecnicidad de la materia y el grado de conocimientos necesarios para adoptarla[50].

ARANZADI

46. Así, un tipo de test menos incisivo también ha sido identificado por DE WITTE (2013) en relación con cuestiones relativas a decisiones morales o éticas (sentencias relacionadas con los juegos de azar, como la de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02, EU:C:2004:614; la prostitución, la pornografía y la venta de muñecos sexuales, en sentencias como la de 14 de diciembre de 1979, *Henn y Darby,* 34/79, EU:C:1979:295; 115 y 116/81, EU:C:1982:183; o de 20 de noviembre de 2001, *Jany,* C-268-99, EU:C:2001:616). En estos casos, el TJUE aplica un test más deferente con las políticas nacionales, que se centra sólo en analizar la coherencia, consistencia y transparencia de las políticas.
47. JANS (2000), DE BÚRCA (1993), JACOBS, F. G., «Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law», en ELLIS, E. (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, pp. 1-22, Hart Publishing, 1999, y PORTUESE (2013).
48. BURLEY, A-M, y MATTLI, W., «Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration», *International Organization*, núm. 47 (1993), pp. 41-76, p. 74. GARRET y WEINGAST (1993) apuntan, en este sentido, que el factor más importante para que la Unión Europea se mantenga unida no es el éxito del TJUE al monitorear las cuestiones, sino que este procura que sus juicios estén alineados con los intereses de los EM que tienen el poder. Así pues, el poder del Tribunal para imponer restricciones a las autoridades políticas nacionales es consistente con los intereses de los EM.
49. POIARES MADURO, M., *We, the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 1998.
50. TRIDIMAS (2011).

Por todos estos motivos, se ha criticado que uno de los principales problemas vinculados con el principio de proporcionalidad es el hecho de que su aplicación no es consistente y la intensidad de la revisión que supone parece diferir según el resultado que se quiere conseguir[51]. Por eso, ha sido calificado de «sorprendentemente amorfo y notoriamente difícil de entender»[52].

2. EL CONTRAPESO A LAS CRÍTICAS AL USO DEL PRINCIPIO PARA LA LIMITACIÓN DE LAS LIBERTADES DEL MERCADO INTERIOR

A estas críticas se ha impuesto el hecho de que el principio de proporcionalidad es en la actualidad el método de adjudicación judicial por defecto por parte del poder judicial europeo y de los distintos EM y la respuesta que, siempre que se ejercite con algunos condicionantes y cuidados, el uso del principio de proporcionalidad se encuentra justificado en que proporciona unas bases efectivas y racionales para la revisión judicial[53]. En este sentido, se entiende que ésta es una herramienta metodológica que no determina el resultado del juicio y que, en algunos casos, como la adjudicación constitucional, es además necesaria[54]. Con todo, aquí se aboga por un uso más mesurado y deferencial de este principio, que implique que, en caso de duda manifiesta sobre el juicio de aceptabilidad de una medida, el Tribunal deje que sean los poderes legislativo y ejecutivo los responsables de ponderar los intereses en juego en el caso concreto.

ARANZADI

Además, parece que el poder de la proporcionalidad no es, *de facto*, tan acentuado como parece en relación con las libertades comunitarias, donde más que un análisis sustantivo de los problemas económicos y sociales o de los objetivos políticos, el Tribunal utiliza líneas de razonamiento formal. En este sentido, Marzal indica que el TJUE, al analizar casos de libre movimiento, los presenta como conflictos entre principios de primer orden contradictorios (libertades del mercado e intereses no económicos) y enmarca su rol como uno de ponderar —entre el peso de las libertades comunitarias, las competencias estatales, los objetivos políticos nacionales, los valores a escala de la UE y los derechos individuales—; pero que, en realidad, no resuelve los casos ponderando, sino que recurre a un marco mucho más tecnocrático por lo que los reduce a cuestiones técnicas y se limita a eliminar regulaciones superfluas desde un punto de vista objetivo[55]. Planteamientos

51. DE BÚRCA (1993).
52. DE WITTE (2013, p. 1566).
53. JACOBS (1999, p. 8).
54. TRIDIMAS (2018), y STONE SWEER, A. y MATHEWS, J., «All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing», *Emory Law Journal*, núm. 60 (2010), pp. 797-875.
55. MARZAL (2017).

similares se deducen de Paz-Ares Rodríguez y Alfaro Águila-Real y Burley y Mattli[56], quienes además indican que esta tecnificación de los casos facilita la aceptación por las cortes nacionales y por la doctrina de las manifestaciones del TJUE.

Así, se ha considerado que el Tribunal resuelve los casos sobre las libertades de circulación transformando la proporcionalidad en una cuestión técnica, con la exclusión de cualquier juicio evaluativo o ponderativo, de forma que[57]: (1), no efectúa ningún juicio de valor sobre el objetivo al que se hace referencia y no excluye ninguna clase de objetivo salvo los de tipo económico; (2), en cuanto a la adecuación de la medida, no analiza los objetivos por los que se aprobó, sino que infiere el ánimo del impacto que realmente causa; (3), entiende la necesidad como una noción empírica, como sinónimo de la eficiencia de Pareto, según la cual una medida es ineficiente si puede ser reemplazada por otra medida que no empeore la situación de nadie y beneficie a alguien y sólo elimina las medidas que son objetivamente inútiles e ineficientes, sin analizar si unos costes son más importantes que otros, o si unos beneficios son mejores que otros[58]; (4), no lleva a cabo el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto[59] y (5), en caso de que sea necesario realizar juicios evaluativos, el Tribunal refiere a las autoridades locales su resolución[60].

Portuese también analiza la proporcionalidad desde el punto de vista de la eficiencia económica y demuestra que, en relación con el principio de proporcionalidad, el TJUE utiliza argumentos y razonamientos económicos —específicamente de tipos de análisis coste-beneficio de las normas—, lo

ARANZADI

56. BURLEY y MATTLI (1993), PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. Y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Un ensayo sobre la libertad de empresa», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo (vol. 4)*, pp. 5971-6040, Civitas, 2002, indican que la ponderación o juicio de proporcionalidad no es más que una forma de articular jurídicamente el análisis coste-beneficio de una medida. Análisis que, a falta de datos empíricos que permiten cuantificar los costes y beneficios de la medida, se realizan con carácter cualitativo.
57. MARZAL (2017, p. 647).
58. Con la excepción, apuntada por MARZAL (2017), del caso del derecho de consumo. Respecto de la idea de entender la necesidad como sinónimo de la eficiencia de Pareto, el Abogado General Poiares Maduro, en Conclusiones de 28 de septiembre de 2006 en el asunto *Procedimientos penales*, C-434/04, EU:C:2006:609, par. 25, lo resume con el hecho de que un EM pueda, dedicando una cantidad similar de recursos a una medida alternativa, conseguir el mismo resultado a menor coste para el comercio intracomunitario.
59. SAUTER (2013).
60. JANS (2000, p. 256) se manifiesta a favor de que precisamente esta clase de conflictos los resuelva el TJUE, ya que esto «implica decidir qué nivel de protección debe aplicarse a la Comunidad», y ésta es una decisión que no debería dejarse en un tribunal nacional.

que permite al Tribunal interpretar y utilizar el principio de proporcionalidad como un principio de eficiencia económica[61]. La aproximación de Portuese complementa la visión de Marzal, ya que el primero afirma que la finalidad del principio de proporcionalidad no es realmente el óptimo de Pareto sino la eficiencia Kaldor-Hicks —que busca más la maximalización de los beneficios netos (beneficios agregados menos costes agregados) que simplemente una minimización de costes únicamente, independientemente de los beneficios—.

En cualquier caso, el Tribunal disfraza sus resoluciones con criterios técnicos porque así logra despolitizar su trabajo y eliminar todas las posibles trazas de subjetividad de sus pronunciamientos[62]. Esta tecnificación no es, sin embargo, inocua. Implícito en este razonamiento encontramos el hecho de que los valores siempre se encuentran sometidos a las libertades económicas[63], que los precedentes no permiten prever cuál será el resultado del pleito[64] y que el análisis de la necesidad de la medida se utiliza para imponer límites absolutos más allá de los que ninguna medida de protección será legítima[65].

61. PORTUESE (2013, pp. 612-635).
62. MARZAL (2019). Así, como el mismo indica, el Tribunal puede decir que es objetivo y flexible a la hora de tener en cuenta el contexto. Con este razonamiento, el Tribunal consigue (1), reafirmar el compromiso del ordenamiento jurídico de la UE con la axiología, como ha revelado la excursión cada vez más larga del Tribunal sobre la importancia suprema de este o ese valor no económico, disipando así el temor hacia la desregulación en el seno de la UE; (2) asumir las críticas de activismo judicial o de subjetividad transformando los casos de libre circulación en cuestiones técnicas, y (3), abstenerse de las acusaciones de favorecer los intereses de los operadores económicos transnacionales mediante la censura exclusiva de medidas que de forma gratuita son ineficientes.
63. MULDER (2018b) y NIGLIA, L., «Eclipse of the Constitution», *European Law Journal*, núm. 22 vol. 2 (2016), pp. 132-156.
64. La naturaleza técnica de la proporción significa que sólo puede aplicarse de forma *ad hoc.* Esto explica por qué los precedentes no desempeñan prácticamente ningún papel en la evaluación de la proporcionalidad, o por qué las decisiones basadas en este principio prácticamente no tienen ningún valor previo.
65. MARZAL (2017) indica que, en caso de tomarse la eficiencia de Pareto en serio, prácticamente ninguna medida debería declararse contraria al Derecho europeo y que, en realidad, el Tribunal presenta sistemáticamente medidas alternativas como «igualmente efectivas» cuando, en realidad, no lo son, y ofrecen un nivel inferior de protección. Así, en todos los casos, se impone una cierta medida de sacrificio (por muy legítimo o ilegítimo, razonable o poco razonable que sea), pero la necesidad de este sacrificio no se justifica. Por tanto, subraya Marzal, encubierto bajo la aplicación de la proporcionalidad, el Tribunal está supervisando el papel de las autoridades estatales en materias políticas, reduciendo encubiertamente las normas nacionales de protección y socavando la acción colectiva.

ARANZADI

IV. ELEMENTOS PROCESALES RELEVANTES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La definición de las medidas que son restricciones a los derechos de libre circulación es extremadamente amplia. También lo es la de las potenciales justificaciones de éstas. Esto ha hecho que sea en fase del juicio de la proporcionalidad de su concurrencia que se resuelven gran parte de las controversias. Y, al mismo tiempo, ha empujado al Tribunal a aplicar el principio de proporcionalidad —pese a las limitaciones detectadas en el mismo, ya analizadas— cada vez de forma más estricta, para hilar fino en su aproximación a los asuntos. Es decir, el Tribunal ha analizado cada vez más a conciencia el cumplimiento de los elementos que lo componen, para asegurar su concurrencia y mantener el equilibrio entre intereses estatales y europeos[66]. Así, incluso en ámbitos en los que el Tribunal ha sido más generoso en el pasado, ha adoptado un enfoque cada vez más estricto, exigiendo una mejor fundamentación de las medidas adoptadas por los Estados miembros[67].

La justificación del principio de proporcionalidad es, por tanto, clave hoy en día para ganar o perder la mayoría de los casos de libre circulación. Por eso es especialmente controvertida la aplicación tan poco consistente de este por parte del Tribunal, que hace prácticamente imposible predecir el resultado final de un pleito. Esto, en parte, se explica por el complicado método de análisis de los intereses en juego, pero también por los distintos problemas que se originan a consecuencia de la falta de directrices sobre los elementos de Derecho procesal en el seno de la UE[68]. Esta carencia comporta dificultades (1) para los Estados miembros a la hora de demostrar los intereses perseguidos por las normas y la idoneidad del modo escogido para alcanzarlos (2) en relación con la cuestión de sobre quién recae la carga de la prueba, y (3) respecto al creciente alcance de los pronunciamientos del TJUE a las cuestiones prejudiciales.

En un contexto en el que la adecuación de las pruebas presentadas es un factor cada vez más crítico en la evaluación y determinación de los argumentos de interés público del Estado, se ha detectado que los Estados son incapaces o inhábiles a la hora de explicar cuál es el valor real de sus normas[69]. Esto puede atribuirse, probablemente, a que las normas que regulan cuestiones sociales complejas son difíciles de analizar de forma objetiva y

66. TRIDIMAS (2011, p. 68) y BARNARD (2019).
67. BARNARD (2009).
68. SHUIBHNE, N. N., y MACI, M., «Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law», *Common Market Law Review*, núm. 50 vol. 4 (2013), pp. 965-1005.
69. CHALMERS, HADJIEMMANUIL, MONTI y TOMKINS (2019, pp. 650-651).

muy difíciles de tener en cuenta por los jueces[70]. Igualmente, la carencia de una guía en la Unión sobre el estándar de prueba exigible en la materia de libertad de circulación y el peso que cada prueba juega en el análisis de la justificación y la proporcionalidad de la medida son factores que exacerban el problema[71].

En relación con la carga de la prueba, el TJUE contrarresta la definición expansiva del alcance de las libertades y del concepto de restricción con la imposición a la Comisión o a los demandantes de la carga de la prueba de la existencia de un obstáculo o limitación a la libertad en cuestión. Y, además, lo hace de forma suficientemente incisiva, ya que no se puede presumir la existencia de una restricción y esta debe ser claramente establecida y probada por el alegante[72]. En cuanto a los requisitos de prueba impuestos a la Comisión en la demostración de la existencia de una limitación, estos son más gravosos cuando la presunta infracción no proviene directamente de una norma, sino que es fruto de la práctica administrativa. En este caso, la Comisión debe establecer que la supuesta práctica administrativa tiene un carácter «coherente y general» con las acciones del Estado miembro o que es, al menos, «repetida y persistente»[73]. Por tanto, no se puede presumir a la luz de algunos incidentes individuales o aislados.

Por otra parte, en relación con las justificaciones de los Estados miembros, estos son responsables de aportar la prueba de la concurrencia de una justificación (y su adecuación y necesidad)[74]. La deferencia del Tribunal

ARANZADI

70. DAVIES (2019, p. 25) se refiere cómicamente a la actitud de los Estados miembros en la defensa de las normas nacionales como a la de un «lobo lloroso», ya que tienden a utilizar argumentos espurios o exageraciones que esconden intentos poco sustanciales y a veces cínicos para evitar cumplir con las normas de la UE. Indica, en este sentido, que el uso de argumentos de este tipo en ocasiones puede ser el producto de una sensación genuina de que la regla en juego es de alguna manera importante para el Estado miembro, pero que le es difícil expresarlo con argumentos persuasivos.
71. SHUIBHNE y MACI (2013).
72. HATZOPOULOS (2013, p. 474).
73. HATZOPOULOS (2013, p. 476), y Sentencia de 29 de abril de 2010, *Comisión contra Alemania,* C-160/08, EU:C:2010:230, par. 107-108.
74. En este sentido, Sentencias de 21 de enero de 2016, *Comisión contra Chipre*, C-515/14, EU:C:2016:30, par. 53-4, y de 13 de septiembre de 2007, *Comisión contra Italia,* C-260/04, EU:C:2007:508, par. 33. Esta decisión procedimental supone una tendencia en la jurisprudencia hacia la armonización negativa, porque en la mayoría de los casos los EM fallan en la justificación de las medidas, y cada justificación fallida supone un potencial movimiento hacia la desregulación, puesto que cada norma nacional injustificada es inaplicada y raramente reintroducida a escala europea. Esto ha llevado a parte de la doctrina europea –por todos, JOERGES y RÖDL (2009)– a considerar el potencial de destrucción del Estado de bienestar y de la autodeterminación o autonomía reguladora de los EM. Se aduce, además, que existe un déficit regulador como consecuencia de que las capacidades para hacer políticas en el seno de la UE no se han fortalecido de la misma manera que se han debilitado las de los EM.

de Justicia hacia la prueba de la concurrencia de las justificaciones dadas por los EM ha decrecido en el tiempo, lo que demuestra la importancia de esta fase de justificación[75].

Sin embargo, y pese que se ha mantenido que las excepciones a la regla de la libertad deben ser interpretadas restrictivamente y que los EM deben de acompañar de datos precisos y pruebas adecuadas la concurrencia de las justificaciones, esta carga de la prueba no puede ser tan extensa como para exigir que el Estado miembro demuestre que ninguna otra medida concebible podría permitir alcanzar ese objetivo en las mismas condiciones (Sentencias de 7 de junio de 2007, *Comisión contra Bélgica*, C-254/05, EU:C:2007:319, par. 36 —y jurisprudencia en ella citada—; de 10 de febrero de 2009, *Comisión contra Italia (tráileres)*, C-110/05, EU:C:2009:66, par. 66; de 28 de abril de 2009, *Comisión contra Italia*, C-518/06, EU:C:2009:270, par. 84; de 16 de diciembre de 2010, *Comisión contra Francia*, C-89/09, EU:C:2010:772, par. 83 y 84, y de 24 de marzo de 2011, *Comisión contra España*, C-400/08, EU:C:2011:172). Así, debe ser la Comisión la responsable de probar que una alternativa menos restrictiva podría ser igualmente eficiente. Además, hay que tener en cuenta que, como consecuencia de los cambios introducidos a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, estas excepciones —especialmente las que representan valores y principios europeos—, no siempre se deben de interpretan de forma restrictiva.

ARANZADI

En cuanto a los medios de prueba, existe una carencia de reglas sobre las pruebas que se pueden utilizar —generalmente, se ha entendido que todas son aceptables excepto las obtenidas de forma impropia o que sean documentos internos— y sobre el peso que han de tener sobre la decisión final, lo que hace que el Tribunal tenga mayor flexibilidad en su juicio. Shuibhne y Maci deducen unas reglas generales, como que el alcance del debate se encuentra siempre enmarcado por los argumentos presentados y, por tanto, si no se aduce y justifica un motivo, este no se tiene en cuenta por el Tribunal —lo que es especialmente importante en las cuestiones prejudiciales donde los Tribunales nacionales que refieren la cuestión desempeñan un papel clave en el establecimiento del alcance de la disputa y la presentación de los hechos y pruebas relevantes—. Por otra parte, las simples aserciones y generalizaciones nunca satisfarán el umbral de la prueba[76].

Últimamente se ha enfatizado en la importancia de la precisión y especificidad de las pruebas. Shuibne y Maci indican que el Tribunal ha empleado distintos adjetivos —p. ej., pruebas específicas, apropiadas o conclusivas— pero que la cuestión es que estas pruebas deben justificar

75. BARNARD (2009).
76. SHUIBHNE y MACI (2013).

correctamente los argumentos alegados[77]. Para demostrar la proporcionalidad de las medidas nacionales adoptadas por razones legítimas de interés público se requiere a los Estados miembros no sólo establecer que la medida en cuestión es proporcionada al objetivo perseguido, sino también indicar las pruebas capaces de justificar esa conclusión. Así, es necesario no sólo afirmar la concurrencia de un objetivo de interés público o fundamentar el argumento, sino también justificar con pruebas, inclusive datos estadísticos, que la medida nacional es apropiada y necesaria para conseguir el interés público perseguido[78].

Por último, la presunción de pertinencia de la que gozan las cuestiones planteadas con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales nacionales sólo puede destruirse en casos excepcionales. Esto hace que se resuelvan muchas cuestiones sobre asuntos que, estrictamente, no serían competencia del Tribunal[79] y que, además, se dé un peso excesivo a los intereses privados, que son los que normalmente hacen surgir estas cuestiones[80]. La forma en que el Tribunal resuelve estas cuestiones prejudiciales también añade un matiz en el debate sobre la integración del mercado frente a la autonomía reguladora nacional. En el contexto de una cuestión prejudicial existe una división de responsabilidades entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales: el TJUE dicta una sentencia sobre un punto abstracto del DUE mientras que es tarea del tribunal nacional aplicar esa sentencia a los hechos. Por supuesto, es difícil distinguir siempre claramente entre la interpretación de la ley y su aplicación a los hechos, pero, en muchos casos, el Tribunal de Justicia se sobrepasa con este pronunciamiento, pisando el terreno del tribunal nacional. Una de las explicaciones que Barnard da al respecto es que, en algunos casos, el Tribunal es más sensible al resultado del pleito y, si considera que el caso tiene una

ARANZADI

77. Ibid.
78. Con todo, la jurisprudencia no es unívoca. Así, mientras que algunas veces exige información o datos estadísticos que avalan los argumentos de los Estados miembros (como en la Sentencia de 17 de julio de 2008, *Comisión contra Francia*, C-389/05, EU:C:2008:411, par. 103), en otros indica que no es necesario que se hayan elaborado estudios cuantitativos (así, Sentencia de 16 de diciembre de 2010, *Comisión contra Francia,* C-89/09, EU:C:2010:772, par. 83 y 84, y de 28 de abril de 2009, *Comisión contra Italia,* C-518/06, EU:C:2009:270, en la que ha indicado que, especialmente en áreas de incertidumbre científica, los EM pueden beneficiarse de la aplicación del principio de precaución).
79. BARNARD (2019).
80. WEILER, J. H. H., «Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration. An Explanatory Essay», en DICKSON, J. y ELEFTHERIADIS, P. (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, pp. 137-158, Oxford University Press, 2012.

importancia considerable o se trata de un área sobre la que desea mantener el máximo control, decidirá la cuestión por sí mismo[81].

Otra explicación que se da al fenómeno es que el Tribunal (1), desconfía de los tribunales nacionales, que muchas veces manifiestan preferencias nacionalistas que les hacen defender la integridad de las normas nacionales y (2), sabe que los tribunales nacionales a menudo tienen dificultades para aplicar el control de proporcionalidad[82]. Jarvis, en este sentido, apunta que a los tribunales nacionales les cuesta identificar los objetivos de sus normas, detectar si existe un efecto restrictivo sobre en el comercio interestatal y comprobar si existen medios alternativos para conseguir el objetivo en cuestión[83]. En estas situaciones, existen más probabilidades de que el Tribunal decida por sí mismo la proporcionalidad de una medida. Por el contrario, si el Tribunal considera el caso menos importante o no dispone de datos suficientes para decidir la cuestión de la proporcionalidad, devolverá el asunto al tribunal nacional[84]. En cualquier caso, cuando la comprobación de estas cuestiones se deja en manos del tribunal nacional, el TJUE da cada vez más orientaciones y define los parámetros del análisis precisamente para evitar que los tribunales nacionales manifiesten conductas proteccionistas.

BIBLIOGRAFÍA

ARANZADI

ADAMS, Z. y DEAKIN S., «Freedom of Establishment and Regulatory Competition», en ARNULL, A. y CHALMERS, D. (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law*, pp. 537-561, Oxford University Press, Oxford 2015.

ALBERTÍ ROVIRA, E., «La constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71 (2004), pp. 123-159.

81. BARNARD (2019, pp. 295-296). Se puede observar esta cuestión en las Sentencias del TJUE de 30 de enero de 2018, *Appingedam*, C-360/15 y C-31/15, EU:C:2018:44, y de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments*, C-724 y 727/8, EU:C:2020:743), en las que el Tribunal, a pesar de reconocer que la resolución del caso es una competencia del del EM, indica o sugiere la solución que entiende que se deduce de las pruebas y argumentos analizados.
82. BARNARD (2019); JARVIS, M. A., *The Application of EC Law by National Courts. The Free Movement of Goods*, Clarendon Press, 1998; PORTUESE (2013); y STEINBACH, A., «The federalism dimension of proportionality», *European Law Journal*, núm. 28 (2021), pp. 1-14.
83. JARVIS (1998).
84. BARNARD (2019), y RODGER, B. J., «Article 234 and Competitition Law: A Comparative Analysis», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 15 vol. 2 (2008), pp. 149-192.

ARROYO JIMÉNEZ, L. «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2 (2009).

BARNARD, C. y DEAKIN, S., «Market Access and Regulatory Competition», en BARNARD, C., y SCOTT, J. (eds.), *The Law of the Single Market: Unpacking the Premises*, pp. 197-224, Hart Publishing, 2002.

BARNARD, C., «Viking and Laval: An Introduction», en BARNARD, C., y ODUDU, O. (eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 10,* pp. 463-464, Bloombsury Publishing, 2008.

BARNARD, C., «Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?», en BARNARD, C., y ODUDU, O. (eds.), *The outer limits of European Law,* pp. 273-306, Hart Publishing, 2009.

BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms* (sexta edición), Oxford University Press, 2019.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 135 (1994), pp. 495-538.

BIGLINO CAMPOS, P., «De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 97 (1997), pp. 71-103.

ARANZADI

BLANCA MIRANDA, I., «La protección a la economía de mercado en la concepción europea sobre los derechos humanos: algunas consideraciones respecto a la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las "Libertades Económicas"», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 54 (2021).

BOIX PALOP, A., *Contra la ponderación: un repaso a las dudas sobre la extensión de los mecanismos ponderativos para integrar las normas de control judicial respecto de las decisiones administrativas con contenidos discrecionales* [ponencia en congreso]. Seminario de Teoría y Método, Universitat de Barcelona 2014.

BURLEY, A-M, y MATTLI, W., «Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration», *International Organization*, núm. 47 (1993), pp. 41-76.

CHALMERS, D., HADJIEMMANUIL, C., MONTI, G., y TOMKINS, A., *European Union Law: Text and Materials* (cuarta edición), Cambridge University Press, 2019.

CRAIG, P., y DE BÚRCA, G., *EU Law: Text, Cases and Materials* (cuarta edición), Oxford University Publishing, 2007.

CRAIG, P., «The Evolution of the Single Market», en CRAIG, P., y DE BÚRCA, G. (eds.), *EU Law, Text, Cases and Materials* (cinquena edició), pp. 1-40, Oxford University Press 2011.

DASHWOOD, A., «Viking and Laval: Issues of Horizontal Direct Effect», en BARNARD, C., Y ODUDU, O. (eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 10*, pp. 525-540, Bloomsbury, 2008.

DAVIES, G., *Internal Market Adjudication and the Quality of Life in Europe*, EUI Working Paper Law 2014 (2014), https://cadmus.eui.eu/handle/1814/31951

DAVIES, G., «Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence», *European Law Journal*, núm. 21 (2015), pp. 2-22.

DAVIES, G., «Tough Love in the Internal Market», en AMTENBRINK, F., DAVIES, G., KOCHENOV, D., y LINDEBOOM, J. (eds.), *The Internal Market and the Future of European Integration*, pp. 16-31, Cambridge University Press, 2019.

DE BÚRCA, G., «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *Yearbook of European Law*, núm. 13 vol.1 (1993), pp. 105-150.

ARANZADI

DE WITTE, F., «Sex, Drugs & EU Law: The Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law», *Common Market Law Review*, núm. 50 (2013), pp. 1545-1578.

FRANKLIN, C., «The Burgeoning Principle of Consistency in EU Law», *Yearbook of European Law*, núm. 30 (2011), pp. 42-85.

GARRET, G. y WEINGAST, B., «Ideas, Interests and Institutions: Constructing the EC's Internal Market», en GOLDSTEIN, J., y KEOHANE, R. (eds.), *Ideas and Foreign Policy*, pp. 173-206, Cornell University Press, 1993.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (segunda edición), Aranzadi, Cizur Menor 2015.

HATZOPOULOS, V., «The Court's Approach to Services (2006-2012): From Case Law to Case Load?», *Common Market Law Review,* núm. 50 (2013), pp. 459-501.

HATZOPOULOS, V., «Justifications for Restrictions to Free Movement: Towards a Single Normative Framework?», en ANDENAS, M., BEKKEDA,

T. y PANTALEO, L. (eds.), *The Reach of Free Movement,* pp. 131-156, TMC Asser Press, 2017.

JACOBS, F. G., «Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law», en ELLIS, E. (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, pp. 1-22, Hart Publishing, 1999.

JACOBS, F. G., «Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justifce», *Texas International Law Journal*, núm. 38 vol. 3 (2003), pp. 547-556.

JANS, J., «Proportionality Revisited», *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 27 vol. 3 (2000), pp. 239-265.

JARVIS, M. A., *The Application of EC Law by National Courts. The Free Movement of Goods*, Clarendon Press, 1998.

JIMÉZNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, 1999.

JOERGES, C., y RÖDL, F., «Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval», *European Law Journal*, núm. 15 vol. 1 (2009), pp. 1-19.

ARANZADI

MARZAL, T., «From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 15 vol. 3 (2017), pp. 621-648.

MATHISEN, G., «Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement», *Common Market Law Review*, núm. 47 (2010), pp. 1021-1048.

MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1996.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., «The Guardianship of European Constitutionality: A Structural Critique of European Constitutional Review», en ANDENAS, M., BEKKEDA, T., y PANTALEO, L. (eds.), *The Reach of Free Movement,* pp. 173-203, TMC Asser Press, 2017.

MULDER, J., *Social Legitimacy in the Internal Market: A Dialogue of Mutual Responsiviness*, Hart, 2018a.

MULDER, J., «Unity and Diversity in the European Union's Internal Market Case Law: Towards Unity in "Good Governance?"», *Utrecht Journal of International and European Law*, núm. 34 vol. 1 (2018b), 4-23.

MULDER, J., «(Re) Conceptualising a Social Market Economy for the EU Internal Market», *Utrecht Law Review*, núm. 15 vol. 2 (2019), pp. 16-31.

NIGLIA, L., «Eclipse of the Constitution», *European Law Journal*, núm. 22 vol. 2 (2016), pp. 132-156.

OLIVER, P., y ROTH, W-H., «The Internal Market and the Four Freedoms», *Common Market Law Review*, núm. 41 (2004), pp. 407-441.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Un ensayo sobre la libertad de empresa», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo (vol. 4)*, pp. 5971-6040, Civitas, 2002.

POIARES MADURO, M., *We, the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 1998.

PORTUESE, A., «Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency», *European Law Journal*, núm. 19 vol. 5 (2013), pp. 612-635.

RODGER, B. J., «Article 234 and Competitition Law: A Comparative Analysis», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 15 vol. 2 (2008), pp. 149-192.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Normas de conducta y normas de control: Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2015).

SAUTER, W., «Proportionality in EU Law: A Balancing Act?», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 15 (2013), pp. 439-466.

SCHARPF, F. W., «The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a social market economy'», *Socio-Economic Review*, núm. 8 (2010), pp. 211-250.

SHUIBHNE, N. N., y MACI, M., «Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law», *Common Market Law Review*, núm. 50 vol. 4 (2013), pp. 965-1005.

SHUIBHNE, N. N., «The Outer Limits of EU Citizenship: Displacing Economic Free Movement Rights?», en BARNARD, C., y ODUDU, O. (eds.), *The outer limits of European Law*, pp. 167-195, Hart Publishing, 2009.

SNELL, J., y ANDENAS, M., «Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement», *European Business Law Review*, núm. 10 vol. 7/8 (1999), pp. 252-283.

ARANZADI

SOMEK, A., «The Argument From Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement», *European Law Journal*, núm. 16 (2010), pp. 315-320.

STEINBACH, A., «The federalism dimension of proportionality», *European Law Journal*, núm. 28 (2021), pp. 1-14.

STONE SWEER, A. y MATHEWS, J., «All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing», *Emory Law Journal*, núm. 60 (2010), pp. 797-875.

SYRPIS, P. y NOVITZ, T., «Economic and Social Rights in Conflict: Political and Judicial Approaches to their Reconciliation», *European Law Review*, núm. 33 (2008), pp. 411-426.

TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law* (segona edició), Oxford University Press, 2006.

TRIDIMAS, T., «Proportionality in Community Law: Searching for the Appropiate Standard of Scrutiny», en ELLIS, E. (ed.), *The principle of Proportionality in the Laws of Europe* (quinta edición), pp. 65-84, Hart, 2011.

TRIDIMAS, T., «The Principle of Proporcionality», en SCHÜTZE, T. Y TRIDIMAS, T. (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law. The European Union Legal Order: Volume Y*, pp. 249-264, Oxford University Press, Oxford 2018.

ARANZADI

TRYFONIDOU, A., *Reverse Discrimination in EC Law*, Wolters Kluwer, 2009.

UNBERATH, H. y JOHNSTON, A., «The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection», *Common Markel Law Review*, núm. 44, vol. 5 (2007), pp. 1237-1284.

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., «Market freedoms and private interactions under EU law», *China-EU Law Journal*, núm. 6 (2019), pp. 141-162.

VAN GERVEN, W., «The effect of proportionality on the actions of Member states of the European Community: National Viewpoints from continental Europe», en ELLIS, E. (ed.), *The principle of Proportionality in the Laws of Europe* (quinta edición), pp. 37-64, Hart Publishing, 1999.

WEILER, J. H. H., «Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration. An Explanatory Essay», en DICKSON, J. y ELEFTHERIADIS, P. (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, pp. 137-158, Oxford University Press, 2012.

ARANZADI

Capítulo XIV

El sistema de preferencias generalizadas de preferencias de la Unión Europea y la condicionalidad política

Clara Portela
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA EVOLUCIÓN DEL SGP DE LA UE. III. CONDICIONALIDAD Y RETIRADA BAJO EL REGLAMENTO DEL 2012. IV. LA AMENAZA DE SUSPENSIÓN Y RESTABLECIMIENTO. V. LA PROPUESTA DE REFORMA DE 2021. VI. ¿PRÓXIMOS PASOS? VII. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

ARANZADI

Resumen:

La influencia internacional de la que dispone la UE gracias a su poderío económico ha suscitado interés académico en la condicionalidad a la que vincula sus relaciones comerciales. Las preferencias arancelarias ofertadas a países en desarrollo bajo el Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG) es un instrumento unilateral que combina, de manera única, objetivos de la política comercial y de desarrollo con la promoción de una agenda política de derechos humanos, derechos laborales y desarrollo sostenible. El presente capítulo se proponer examinar la evolución de la condicionalidad política a la cual se encuentran supeditadas las preferencias comerciales de la UE, desde su introducción hasta nuestros días. Este análisis se perfila pertinente en un momento en el que la condicionalidad está sufriendo graves transformaciones, convirtiéndose en objeto de controversias en el seno de las instituciones europeas.

Palabras clave: Preferencias comerciales, SPG, derechos laborales, sanciones, aranceles, Camboya.

I. INTRODUCCIÓN

Los estudiosos de la Unión Europea (UE), y en especial de su acción exterior, acostumbran a enfatizar la influencia internacional que otorga a esta organización su poderío económico. Este concepto, si bien no es novedoso, se ha visto popularizado recientemente en el término «potencia de mercado Europa» (*market power Europe*), que enfatiza la gran repercusión que tienen los estándares, normas y prácticas de la UE en la gobernanza global a través de su voluminoso intercambio comercial con el resto del mundo[1]. A pesar de su escasa visibilidad mediática, la preferencias arancelarias conducidas bajo el Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG) ocupa un lugar especial dentro de estas relaciones comerciales exteriores: al aunar objetivos de la política comercial y política de desarrollo con la promoción de una agenda política de derechos humanos, derecho laborales y desarrollo sostenible, este instrumento se encuentra situado en plena intersección de políticas comunitarias y política exterior[2]. El carácter único de este instrumento hace que la condicionalidad política a la cual está sujeto haya merecido la atención de quienes investigan la utilización de los vínculos comerciales de la UE para la promoción normativa[3].

ARANZADI

Así pues, el presente capítulo se proponer examinar la evolución de la condicionalidad política a la cual se encuentran supeditadas las preferencias comerciales de la UE, desde su introducción a mediados de la década de los años noventa, la época dorada de la condicionalidad, hasta nuestros días. Este análisis se perfila como particularmente pertinente debido a la flexibilidad de la que disfruta la UE en la configuración de un elemento de naturaleza unilateral, lo cual lo diferencia de los acuerdos comerciales, siempre supeditados a la aprobación de ambas partes. Subrayan el interés que reviste la condicionalidad en este instrumento las mayúsculas dificultades a las cuales ha debido enfrentarse la Comisión en la negociación interinstitucional del borrador de Reglamento SPG con el Parlamento, iniciada en enero del 2023. Desavenencias relativas a la condicionalidad alcanzaron

1. DAMRO, C., «Market Power Europe». *Journal of European Public Policy*, 19(5), (2012), pp. 682-699.
2. MEISSNER, K. y PORTELA, C., «Beyond Foreign Policy? EU Sanctions at the Intersection of Development, Trade, and CFSP», *Politics and Governance* 10(1), (2022), pp. 1-4.
3. VELUTTI, S., «The promotion and integration of Human Rights in EU external trade relations», *Utrecht Journal of International and European Law*, 32 (83), (2016), pp. 41-68.

tal magnitud que se detuvo la negociación a seis meses de la expiración del reglamento a extinguir, prevista originalmente para diciembre 2023[4].

II. LA EVOLUCIÓN DEL SGP DE LA UE

El SGP es un régimen de carácter no recíproco por el cual economías desarrolladas otorgan a países en desarrollo acceso privilegiado a su mercado para la mayoría de sus productos. El objetivo de dicho esquema es el de aumentar los ingresos de exportación de los beneficiarios y promover su industrialización[5]. Sus orígenes se remontan a una resolución adoptada en 1968 dentro del contexto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) que permitía la concesión unilateral de preferencias arancelarias no recíprocas a países en vías de desarrollo para facilitar su integración en la economía global. En la UE, la concesión de preferencias comerciales se rige por un Reglamento comunitario —es decir, un instrumento unilateral— que se revisa periódicamente. Si bien los países en desarrollo han disfrutado de privilegios comerciales concedidos por la UE bajo el SPG desde 1971, éstos no fueron supeditados a requisitos políticos hasta 1994. Bruselas introdujo la condicionalidad por primera vez en 1994, casi una década después de que Estados Unidos condicionara el acceso a su SGP al cumplimiento de derechos laborales en 1985[6]. Los requisitos de condicionalidad política se unen a salvaguardias que permiten la suspensión temporal en respuesta tanto a prácticas comerciales desleales como a acontecimientos inesperados que causen graves dificultades a sectores específicos, entre otros supuestos.

ARANZADI

La condicionalidad política ha evolucionado considerablemente en sus más de veinticinco años de existencia. El Reglamento de 1995 consolidó disposiciones de condicionalidad idénticas para el acceso de productos industriales y agrícolas, previendo la retirada temporal de preferencias en caso de evidencia de trabajo forzado tal como se define en las Convenciones de Ginebra (1926 y 1956) y los Convenciones Nº 29 y 105 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La revisión del régimen en 1998 introdujo, por primera vez, regímenes especiales de estímulo que acompañan al régimen general, también conocido como el régimen «por defecto»[7], y al régimen de acceso libre para los productos del Países Menos

4. European Parliament Press Room, «MEPs pause GSP negotiations as Council hijacks scheme for migration agenda», Press Releases INTA, 27 Junio 2023.
5. GSTÖHL, S. y DE BIÈVRE, D., *The Trade Policy of the European Union*, MacMillan, Basingstoke, 2017.
6. LERCH, M., *Menschenrechte und europäische Aussenpolitik*., Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2004.
7. KRYVOI, Y., «Why European Union Trade Sanctions Do Not Work», *Minnesota Journal of International Law*, 12 (2), (2008), pp. 209-246.

avanzados (PMA). Los regímenes especiales de estímulo merecen especial atención, ya que revisten gran importancia en dentro del sistema y se han visto sujetos a frecuentes transformaciones. Un régimen de estímulo «laboral» otorgaba a los países en desarrollo preferencias arancelarias más sustanciosas si transponían y aplicaban el contenido de las Convenciones Nos. 87 y 98 de la OIT, que garantizan la libertad sindical, y el No. 138, que prohíbe el trabajo infantil. Un régimen de estímulo «medioambiental» estaba destinado a recompensar la gestión sostenible de los bosques tropicales. Un tercer plan, denominado estímulo «anti-estupefacientes», puesto en marcha en 1990, otorgaba preferencias a los países para combatir la producción y el tráfico de cocaína. El régimen Todo Menos Armas (*Everything but Arms*, EBA), introducido en 2001, concedía preferencias particularmente favorables a los países menos adelantados (PMA) a todos sus productos excepto armamento y munición, sin supeditarlo a ninguna forma adicional de condicionalidad.

En 2001, la base jurídica de las cláusulas de retirada y del plan de estímulos sociales se amplió a los ocho convenciones fundamentales de la OIT, en plena consonancia con la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales de 1998, según la cual derechos consagrados en las Convenciones No. 87 y 98 sobre «libertad sindical y de negociación colectiva»; Nº 138 sobre «Eliminación de las formas de explotación del trabajo infantil»; los Nº 29 y 105 sobre la «Prohibición del trabajo forzoso» y los números 100 y 111 sobre la «No discriminación en el empleo» constituían los derechos laborales fundamentales.

ARANZADI

La configuración de la condicionalidad del SGP se vio transformado a causa del desafío legal que sufrió el régimen de estímulo anti-estupefacientes por parte de la India, que lo denunció ante la Organización Mundial del Comercio (OMC). Nueva Delhi impugnó la concesión de preferencias a Pakistán bajo el régimen de estímulo anti-estupefacientes, que el Órgano de Apelación juzgó discriminatorio en 2004 puesto que no ofrecía un trato idéntico a todos los beneficiarios en situación similar[8]. En respuesta a esta sentencia, la UE abolió el régimen de estímulo anti-estupefacientes y consolidó los regímenes especiales de estímulo en un único régimen en la reforma de 2005, añadiendo el respecto a los derechos humanos entre sus objetivos y rebautizándolo como «SGP+» / «SGP Plus». Así pues, después de 2005, los países vulnerables pasaron a ser elegibles para los estímulos del SGP+ siempre que ratificaran dieciséis convenciones sobre derechos humanos, incluidas las ocho convenciones fundamentales sobre derechos laborales de la OIT, y al menos siete convenciones sobre medio ambiente y buena gobernanza. Este régimen preveía la retirada del SGP si los beneficiarios perpetraban viola-

8. GSTÖHL y DE BIÈVRE, 2017.

ciones «graves y sistemáticas» de los principios estipulados en las convenciones laborales y de derechos humanos.

III. CONDICIONALIDAD Y RETIRADA BAJO EL REGLAMENTO DEL 2012

El régimen actual, estipulado en el Reglamento (UE) n.º 978/2012, fue diseñado para estar vigente de 2014 a 2023[9]. Se subdivide en tres sub-regímenes diferentes, que concede niveles de privilegios marcadamente diferentes:

a) el Régimen General, también denominado régimen «por defecto», es el menos ventajoso;

b) el Régimen Especial de Estímulo al Desarrollo Sostenible y la Gobernanza, denominado «GSP+», que ofrece un mejor acceso al mercado de la UE a cambio de compromisos adicionales en el ámbito de derechos laborales, la protección del medio ambiente y la buena gobernanza;

c) el Régimen Especial en favor de los Estados Menos Desarrollados, también llamado Todo Menos Armas (EBA), que concede el acceso más ventajoso a los PMA.

ARANZADI

Los convenios internacionales relevantes a efectos de condicionalidad, enumerados en el anexo VIII del Reglamento, se subdividen en dos grupos diferentes: quince convenios se aplican a todos los esquemas del SPG, mientras que doce convenios internacionales sólo conciernen al SPG+. Los convenios aplicables a todos los sub-regímenes incluyen los ocho convenios fundamentales de la OIT y los siete convenios de derechos humanos que se enumeran en la Parte A del Anexo VIII. Por el contrario, los doce convenios relativos al SPG+ se refieren a la protección del medio ambiente, la lucha contra los estupefacientes y la corrupción y aparecen en la parte B del anexo.

El procedimiento de «retirada temporal», que en el presente capítulo también denominamos «suspensión», ha sufrido repetidas modificaciones. Su versión actual, que ha estado en vigor desde enero de 2014, introduce por primera vez la posibilidad de suspender las preferencias de únicamente ciertos productos. A diferencia de reglamentos anteriores, que involucraban actores externos en el procedimiento o concedían mayor protagonismo al Consejo, la Comisión está ahora facultada para poner en

9. Reglamento (UE) Nº 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) nº 732/2008 del Consejo, L303, 31 Octubre 2012, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0978

marcha el proceso de retirada por propia iniciativa, aunque debe consultar con un comité de estados miembros en el marco de un comité consultivo. Si se decanta por iniciar la suspensión, la Comisión deberá publicar un aviso en el Diario Oficial y notificar al beneficiario, fundamentando su decisión. Durante los seis meses siguientes, la Comisión supervisa la situación en el país beneficiario, teniendo en cuenta las evaluaciones, comentarios, decisiones, recomendaciones y conclusiones disponibles de los órganos de control pertinentes, y presenta un informe a las autoridades en cuestión para su comentario. Sólo entonces toma la Comisión una decisión definitiva a favor o en contra de la retirada. En caso de decantarse por la retirada, el acto no surtirá efecto hasta seis meses después. Mientras tanto, tanto el Consejo como el Parlamento Europeo pueden cancelar su validez. Además, la Comisión está facultada para revocar su propia decisión de retirada si las causas cesan, como ocurriría si el beneficiario adoptase medidas correctivas.

Aunque todos los tipos de SGP están sujetos a condicionalidad, sus disposiciones específicas varían. Coexisten dos mecanismos de retirada diferentes. El artículo 15 se aplica a los beneficiarios del SPG+. Estipula que las preferencias se retirarán cuando un beneficiario del SGP+ deje de:

(i) ratificar y dar efecto a las 27 convenciones;

ARANZADI

(ii) cumplir con los requisitos de presentación de informes, incluido el seguimiento; o

(iii) cooperar con la Comisión en sus esfuerzos de seguimiento.

Por el contrario, el artículo 19 regula la retirada para los beneficiarios del régimen general y del régimen EBA, disponiendo que las preferencias comerciales podrán retirarse en situaciones de:

(i) violación grave y sistemática de los principios establecidos en los convenios enumerados en la parte A del anexo VIII;

(ii) exportación de bienes fabricados mediante trabajo penitenciario; o

(iii) graves deficiencias en los controles aduaneros sobre la exportación o el tránsito de estupefacientes, o prácticas comerciales desleales graves y sistemáticas.

Por tanto, la condicionalidad no sólo es más pronunciada para los beneficiarios del SPG+ que para los beneficiarios del régimen general y EBA, sino que la redacción de los artículos 15 y 19 sugiere que la retirada para los beneficiarios del SPG+ es obligatoria, mientras que es opcional en el caso

del régimen general y EBA[10]. Por otro lado, el artículo 15 amenaza a los beneficiarios con privarlos del régimen general del SGP, mientras que el artículo 19 implica revertir al tratamiento como nación más favorecida «NMF» dispensado a los estados miembros de la OMC. Así pues, los beneficiarios suspendidos del SGP+ siguen disfrutando de los beneficios del régimen general, mientras que otros corren el riesgo de perder todas las preferencias del SGP.

La evolución histórica de la condicionalidad del SGP de la UE muestra un énfasis inicial en los derechos laborales. Cuando Estados Unidos y la UE fracasaron en su intento de incluir la protección de los derechos laborales en la agenda de la OMC, Washington y Bruselas adoptaron la condicionalidad social en sus relaciones comerciales bilaterales con terceros países[11]. Sin embargo, después de 2005, ampliaron el alcance de las convenciones cubiertas para incluir los derechos humanos, la protección ambiental y el estado de derecho, diluyendo el protagonismo de los derechos laborales. Con el tiempo, los derechos laborales han ido presentándose cada vez más como parte de una agenda de desarrollo sostenible. Esto se ha visto reflejado de forma más manifiesta en los acuerdos de libre comercio (ALC) bilaterales de la UE, cuya última generación consagra la condicionalidad social a los llamados capítulos de Comercio y Desarrollo Sostenible (TSD). Si bien hay quien celebra tal incorporación pues contribuye a la consolidación normativa de los derechos laborales fundamentales[12], otros lamentan su asociación con un concepto de la vaguedad definitoria del desarrollo sostenible[13]. Por otro lado, las normas laborales cada vez se ven más equiparadas a los derechos humanos. La yuxtaposición de tratados de derechos humanos y convenciones de la OIT en el anexo del SGP coloca a ambos en pie de igualdad bajo el esquema. El último Plan de Acción de la UE sobre Derechos Humanos y Democracia enumera las prácticas de seguimiento del SPG+ como herramientas de implementación y destaca la necesidad de «integrar los derechos económicos, sociales, culturales y laborales en los diálogos de derechos humanos de la UE» con los países socios, incorporando discursivamente los derechos laborales a los derechos

ARANZADI

10. VAN DER VEN, C., Sustainable Trade Preferences for the 21st Century, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Eschborn, 2019.
11. SENTI, R., *Die WTO im Spannungsfeld zwischen Handel, Gesundheit, Arbeit und Umwelt*. Nomos, Baden Baden, 2006.
12. VAN DEN PUTTE, L. y ORBIE, J., «EU Bilateral Trade Agreements and the surprising rise of labour provisions», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 31 (3), (2015), pp. 263-284, p. 264.
13. MOORE, M. y SCHERRER, C., Conditional or promotional trade agreements-Is enforcement possible? FES Asia Office, Singapur, 2017, p. 3.

humanos clásicos, como una categoría más[14]. Si bien este marco no debilita necesariamente la promoción de los derechos laborales, trasciende la vinculación original de las preferencias del SGP específica y exclusivamente para defender derechos laborales.

IV. EXPERIENCIA DE SUSPENSIÓN Y RESTABLECIMIENTO

El régimen de GSP combina, singularmente, elementos de condicionalidad positiva en su componente de estímulo, que permite a los beneficiarios mejorar sus condiciones de acceso con la adquisición de mecanismos adicionales[15], y de condicionalidad negativa en la posibilidad de retirada ante violaciones graves[16]. La experiencia en ambas vertientes es parca. Pocos estados se benefician del GSP+[17], mientras que las preferencias del SPG se han suspendido en cuatro ocasiones. Cada episodio de suspensión estuvo regido por regulaciones consecutivas del SGP, cuyas disposiciones sobre condicionalidad y procedimientos de retirada difieren, lo cual dificulta su comparación. La retirada fue contemplada sin llegar a activarse en varias ocasiones, aunque no todas están documentadas públicamente.

Birmania/Myanmar fue objeto de la primera suspensión. La investigación de la situación en Myanmar fue iniciada a raíz de una queja conjunta presentada por la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) en 1995. La investigación, que incluyó audiencias con la sociedad civil y expertos, confirmó la existencia de trabajo forzado. Yangon rebatió las acusaciones argumentando que la práctica estaba cubierta por una excepción en la Convención No. 29 de la OIT que permitía el servicio comunitario, interpretación que finalmente fue rechazada por la OIT. La retirada se aprobó finalmente en 1997. El reglamento que promulgaba la suspensión estipulaba que la suspensión se revocaría una vez que las prácticas condenadas cesasen. Sin embargo, regulaciones posteriores que excluían a Myanmar de los posibles beneficiarios justificaron esta medida debido a «la situación

ARANZADI

14. Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024, Doc. 12848/20, Bruselas, 18 Noviembre 2023, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12848-2020-INIT/es/pdf
15. PORTELA, C., «How to promote human rights through the EU's GSP», Democracy Reporting International, Berlin, 2019.
16. JANER TORRENS, J., «Sistema de Preferencias Generalizadas y protección de los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea», en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (eds) *Retos para la Acción Exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 631-653; KOCH, S., «A Typology of Political Conditionality Beyond Aid: Conceptual Horizons Based on Lessons from the European Union», *World Development*, 75 (1), (2015), pp. 97-108.
17. Son apenas 8 países: Bolivia, Cabo Verde, Kirguistán, Mongolia, Pakistán, Filipinas y Sri Lanka.

política en Myanmar»[18], desviándose de la formulación original. Tras el proceso de reforma iniciado por el Presidente Thein Sein y su posterior traspaso a un gobierno cuasi-civil, Myanmar se convirtió, a partir de 2013, en beneficiario de EBA, un sub-régimen que no había estado disponible en el momento de la suspensión[19].

El segundo beneficiario suspenso fue Bielorrusia. En 2003, la Comisión inició una investigación sobre presuntas violaciones de los Convenios de la OIT sobre libertad sindical y derecho de negociación colectiva, dando curso a una solicitud conjunta de la CIOSL, la CES y la Confederación Mundial del Trabajo (CMT). En 2005, la Comisión anunció que tenía intención de recomendar al Consejo la retirada de preferencias comerciales. La Comisión consideró insuficientes los intentos de las autoridades bielorrusas de demostrar cumplimiento, afirmando que Bielorrusia «no había tomado ninguna medida real y tangible para remediar la situación»[20]. Nuevamente, la decisión de retirada, que entró en vigor en 2007, indicaba que las preferencias se restablecerían cuando las violaciones cesaran. Sin embargo, las preferencias del SGP ya no pueden restablecerse dado que los países de ingresos medios/altos como Bielorrusia dejaron de ser elegibles.

Sri Lanka es el único beneficiario del SPG+ que ha visto retirados sus privilegios comerciales. La Comisión inició una investigación sobre las violaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PICP), la Convención contra la Tortura y la Convención sobre los Derechos del Niño en 2008 perpetradas por el gobierno de Colombo durante su ofensiva contra el grupo rebelde de los Tigres Tamiles. La investigación concluyó que la legislación no implementaba las mencionadas convenciones de derechos humanos. Una vez acordada la retirada, la UE anunció al gobierno de Colombo que reconsideraría la suspensión si cancelaba el estado de emergencia y abolía la ley de prevención del terrorismo, entre otros. Sin embargo, el gobierno de Sri Lanka denunció estas propuestas como una violación de la soberanía del país, y en 2010 Sri Lanka revertió a los aranceles estándar del SGP[21]. Después de que Colombo solicitara nuevamente preferencias del

ARANZADI

18. El Reglamento CE 556/97 reza: «Due to the political situation in Myanmar, temporary withdrawal of all tariff preferences in respect of imports of products originating in Myanmar should remain in force».
19. PORTELA, C. y ORBIE, J., «Sanctions under the EU's Generalised System of Preferences (GSP): Coherence by accident?», *Contemporary Politics*, 20 (1), (2014), pp. 63-76.
20. MANDELSON, P., «Trade policy and decent work, EU Decent Work Conference on Globalisation», Brussels, 5 December 2006.
21. Reglamento de Ejecución (UE) nº 143/2010 del Consejo, de 15 de febrero de 2010, por el que se suspende temporalmente el régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza establecido mediante el Reglamento (CE) nº 732/2008 por lo que respecta a la República Socialista Democrática de Sri Lanka, DO L 45 de 20.2.2010, p. 1/2.

SPG+ en 2016, la UE concedió ese trato a Sri Lanka a partir de 2017 a cambio de mejoras en la gobernanza y los derechos humanos, incluido el restablecimiento de la independencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y su reincorporación al sistema de las Naciones Unidas.

El caso más reciente es la retirada de los privilegios de la EBA a Camboya por violaciones del PICP en el contexto de la represión política durante la crisis electoral de 2017, que supuso la prohibición de los principales partidos de la oposición y la detención de su líder, así como de activistas y periodistas y del cierre de emisoras en el período previo a las elecciones. La Comisión determinó que las acciones contra líderes sindicales también violaban la libertad de asociación protegida por los Convenios 87 y 98 de la OIT[22]. La posibilidad de una suspensión parcial encontró aquí su primera aplicación, ya que sólo cubre determinados productos. En la selección de productos afectados por la retirada, la Comisión aseguró haber tenido en cuenta «las necesidades de desarrollo económico del país, incluida la necesidad de diversificar su base exportadora, y el impacto socioeconómico de la retirada, incluso para trabajadores e industrias»[23].

V. LA PROPUESTA DE REFORMA DE 2021

La propuesta para el Reglamento SPG que debía suceder al sistema de 2012 fue presentado en 2021 por la Comisión Europea. Sin embargo, al no alcanzarse un acuerdo sobre el borrador en la negociación entre la misma y el Parlamento Europeo, se optó por prolongar la validez del reglamento del 2012 para conceder un margen más amplio a ambas instituciones para la negociación de un nuevo texto. El borrador propuesto por la Comisión preveía dar continuidad a las características clave de la configuración existente[24]. Su sección preliminar, en el punto 25, describe los supuestos para la retirada temporal del régimen, que incluyen violaciones graves y sistemáticas de los principios establecidos en los convenios internacionales sobre derechos humanos fundamentales, derechos laborales, protección del clima y el medio ambiente y buena gobernanza. El régimen especial de

ARANZADI

22. Reglamento Delegado (UE) 2020/550 de la Comisión de 12 de febrero de 2020 por el que se modifican los anexos II y IV del Reglamento (UE) nº 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la retirada temporal de los regímenes contemplados en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento (UE) nº 978/2012 en lo que respecta a determinados productos originarios del Reino de Camboya, DO L 127 de 22.4.2020, p. 1/12.
23. Idem.
24. COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (UE) nº 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, COM/2021/579 final.

estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza (SPG+) puede retirarse si el beneficiario no mantiene la ratificación y la implementación efectiva de esos convenios o incumple los requisitos de presentación de informes asociados, o si no coopera con los procedimientos de seguimiento de la UE. Como hasta ahora, la retirada debe mantenerse hasta que dejen de darse los motivos que la justifican.

A pesar de esta continuidad, la propuesta de la Comisión introducía varias innovaciones. En particular, proponía una ampliar la condicionalidad negativa a la lista de convenciones cuyo incumplimiento puede dar lugar a disposiciones de retiro en virtud del art. 19. La lista de convenciones eliminaba la distinción entre convenios medioambientales y de buena gobernanza y los que protegen los derechos humanos, permitiendo que cualquiera de ellos pueda desencadenar el procedimiento de retirada. Un nuevo Anexo VI incluía ahora convenciones fundamentales sobre derechos humanos y laborales de la ONU y la OIT y 11 convenios sobre clima, medio ambiente y buena gobernanza. Esto se justifica porque una extensión de la condicionalidad negativa a las convenciones ambientales y de buena gobernanza brinda nuevas oportunidades para abordar dichas cuestiones, apoyando así los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, así como la propia agenda verde de la UE. Con las nuevas incorporaciones, el papel de la Comisión en el seguimiento de violaciones graves y sistemáticas de los convenios internacionales enumerados se ampliaría a 32 convenciones, lo que probablemente agudizaría la dependencia de las organizaciones de la sociedad civil para su seguimiento por parte de la Comisión[25]. Además, se modifica uno de los criterios del art. 19. Si bien el reglamento de 2012 menciona la «exportación de bienes fabricados por el trabajo penitenciario» como desencadenante del procedimiento de retirada, el art. 19 de la versión propuesta habla de «exportación de bienes fabricados mediante trabajo infantil y trabajo forzoso prohibidos internacionalmente, incluida la esclavitud y el trabajo penitenciario». El criterio de retirada adicional introducido en el art. 19 se refiere a la «exportación de bienes» realizada por el país beneficiario mediante trabajo infantil y trabajo forzoso, permitiendo que la exportación de productos resultantes del trabajo infantil o forzado exportados a la UE a través de un país beneficiario puedan desencadenar la retirada del SGP, aunque el beneficiario cumpla con los convenios enumerados en el anexo VIII.

ARANZADI

Una segunda novedad consiste en la incorporación a ambos procedimientos de retirada —art. 15 para los países del SPG+ y art. 19 para todos los

25. VAN DER LOO, G., The Commission proposal on reforming the Generalised Scheme of Tariff Preferences: analysis of human rights incentives and conditionalities, European Parliament, Brussels, 2021.

regímenes— de la consideración del impacto socioeconómico de la retirada prevista para el beneficiario. La retirada de preferencias debe ser proporcional y evitar impactos económicos en los grupos vulnerables y los derechos humanos. Un estudio externo preparado para la Comisión sugirió varios aspectos a considerar en la evaluación anticipada del impacto. Estos incluían el volumen y la estructura de exportaciones a la UE, la utilización de preferencias, su rol en la creación de empleo o el impacto en grupos vulnerables como mujeres y jóvenes, así como la naturaleza y alcance del incumplimiento[26]. La Comisión parece haber llevado a cabo una evaluación de este tipo antes de la retirada a Camboya en 2020. Indicó que, al seleccionar los productos que se suspenderían, había tenido en cuenta los objetivos de desarrollo social y económico del acuerdo EBA, incluido la necesidad de diversificar su base exportadora, y el impacto socioeconómico de la retirada sobre trabajadores e industrias, «limitando el impacto en el desarrollo industrial general de Camboya». No obstante, el borrador del nuevo reglamento SPG no especifica en qué circunstancias la Comisión debería abstenerse de retirar las preferencias por completo, y cómo debería calibrarse la selección de productos para limitar los impactos sobre los grupos vulnerables y los derechos humanos al tiempo que maximiza la presión política sobre los gobiernos.

Una innovación adicional consistía en la introducción de la posibilidad de ampliar el alcance de la medida de retirada cuando se produzcan nuevas violaciones que agraven el incumplimiento (art. 16 y art. 20). Esto implica que la Comisión pueda ampliar el alcance de la retirada arancelaria en los casos en que las violaciones de las convenciones listas se agudicen tras una retirada inicial de preferencias. El texto propuesto también permitía a la Comisión limitar el alcance de cualquier retirada temporal, posponer o suspender su aplicación «en circunstancias excepcionales, como una emergencia sanitaria o sanitaria mundial, un desastre natural u otros acontecimientos imprevistos» (art. 19). Además, el plazo de trámite de los procedimientos se reducía de 18 meses a un máximo de 7. La propuesta preveía un procedimiento de retirada acelerado ante una evidencia de violaciones graves y sistemáticas de los convenios que justifiquen una retirada temporal y una «gravedad excepcional de las violaciones exige una respuesta rápida». Casos tanto de «violaciones graves» como de «circunstancias excepcionales» permiten la adopción del acto delegado mediante el procedimiento de urgencia.

ARANZADI

Sin embargo, el Parlamento Europeo ha formulado serias objeciones a la nueva configuración de la condicionalidad. El Comité de Comercio Internacional (INTA) le dedica al art. 19, que sigue regulando la retirada de pre-

26. BKP ECONOMIC ADVISORS, Study in Support of an Impact Assessment to Prepare the Review of GSP Regulation Nº 978/2012, Oficina de Publicaciones de la UE, Luxemburgo, 2021.

ferencias, dieciséis de sus numerosas enmiendas[27]. Entre las más destacables está la prescripción de un dialogo reforzado encaminado a formular una hoja de ruta, una idea transferida del Acuerdo de Asociación con los Países de África, Pacífico y Caribe (ACP)[28]. Así, la enmienda 84 estipula que, a partir de la fecha de la notificación de la suspensión y por espacio de un año, «el país beneficiario y la Comisión dialogarán con vistas a un compromiso reforzado por el que el país beneficiario se comprometerá a aprobar hojas de ruta con plazos establecidos y que dispongan acciones concretas y soluciones sostenibles para las violaciones graves identificadas». Además de abogar por incrementar la implicación del Parlamento Europeo y de la sociedad civil en el proceso, otra de las enmiendas se propone mejorar la transparencia en la selección de productos cubiertos en los casos de retiradas parciales. Con esta intención, la enmienda 94 sugiere la inclusión del siguiente texto:

> «La Comisión hará públicos los motivos de la retirada de las preferencias y establecerá indicadores que debe cumplir el país beneficiario para restaurarlas. El acto delegado adoptado por la Comisión, cuando proceda, y especialmente cuando se considere una retirada parcial, podrá estar acompañado de un análisis de las repercusiones socioeconómicas de la retirada temporal de las preferencias arancelarias en el país beneficiario, también con respecto a las repercusiones en los derechos humanos, en las partes más vulnerables de la población y en el empleo y el empoderamiento de las mujeres, al objeto de minimizar las repercusiones socioeconómicas negativas para la población del país beneficiario del SPG+ maximizando al mismo tiempo la influencia sobre su Gobierno».

ARANZADI

Con estas enmiendas, el Parlamento se perfila como un actor preocupado tanto por una mayor institucionalización y formalización del proceso, y por la introducción de valoraciones obligatorias y sistemáticas sobre el impacto de la retirada de productos sobre las poblaciones más vulnerables. Estas medidas, que posiblemente se inspiren en la práctica de la UE en el ámbito de la política exterior, parecen destinadas a asemejar la retirada de preferencias comerciales a las sanciones que la UE adopta en el marco de su Política Exterior y de Seguridad Común, la PESC[29].

---

27. PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (UE) nº 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, 17 Mayo 2022 – [COM (2021) 0579 – C9-0364/2021 – 2021/0297 (COD)].
28. PORTELA, C., «Aid suspensions as coercive tools? The European Union's experience in the African-Caribbean-Pacific (ACP) context», *Canadian Journal of European and Russian Studies* 3(2), (2007), pp. 38-53.
29. PORTELA, C., «Are EU GSP withdrawals and CFSP sanctions becoming more alike?», *European Foreign Affairs Review*, 28, (2023), pp. 35-52.

VI. ¿PRÓXIMOS PASOS?

En vista de la pausa introducida en la revisión del Reglamento SPG, conviene revisar las ideas que se han barajado recientemente en círculos académicos y de sociedad civil sobre cómo se podría reformar el actual sistema de retirada.

Algunos autores han sugerido que las retiradas deberían diseñarse para discriminar entre objetivos, transformándolas en herramientas más precisas. El reglamento actual ya permite suspender sectores específicos. Sin embargo, el enfoque propuesto va un paso más allá al abogar por suspender a las empresas incumplidoras en lugar de a los sectores. Los retiros de empresas específicas podrían efectuarse mediante el restablecimiento de aranceles NMF para productos de industrias vinculadas a violaciones[30]. La noción de suspensión empresarial cuenta con el respaldo de organizaciones de sociedad civil, que abogan por que a las empresas foráneas que deseen exportar a la UE se les exija el cumplimiento los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. Alternativamente, persiguen que la UE prohíba importaciones por parte de empresas incluidas en la lista negra responsables de violaciones de derechos humanos, imitando una práctica establecida para luchar contra el lavado de dinero.

ARANZADI

También se ha sugerido que la UE podría reaccionar ante las infracciones empleando herramientas de política exterior distintas de la retirada del SGP[31]. Las personas vinculadas con autoridades gubernamentales o el sector privado implicadas en la infracción podrían ser objeto de prohibiciones de viaje y congelación de activos, en lugar de suspensiones de preferencias[32]. Pueden utilizarse para resaltar el papel de los responsables de la toma de decisiones, pero también para privar a ciertos actores de fuentes de financiación. Las sanciones selectivas son útiles debido a su versatilidad y carácter discriminatorio, es decir, su capacidad de afectar específicamente a los responsables de acciones objetables. Las sanciones selectivas admiten como objetivos a varios actores, incluidos grupos rebeldes, sectores económicos, empresas, puertos, buques y particulares. La retirada de fondos por sectores, empresas e individuos encajan con el concepto de sanciones selectivas, bien establecido en la PESC. Los «Principios básicos para el uso de

30. RICHARDSON, B., HARRISON, J. y CAMPLING, L., Labour rights in export processing zones with a focus on GSP+ beneficiary countries. European Parliament, Directorate-General for external policies, Brussels, 2017.
31. KLIEM, F., «Punishing Cambodia is Going to Backfire on EU», *Nikkei Asian Review*, 14 Febrero 2020, https://asia.nikkei.com/cms/Opinion/Punishing-Cambodia-is-going-to-backfire-on-EU
32. PORTELA, C., Enforcing Respect for Labour Standards with Targeted Sanctions. Friedrich Ebert Stiftung Office for Regional Co-operation in Asia, Singapur, 2018.

medidas restrictivas» de la UE adoptan la noción de focalización: «Las sanciones responderán al objetivo de obtener la máxima repercusión en las personas cuyos comportamientos se pretende modificar. Esta orientación reducirá al máximo cualquier efecto adverso de tipo humanitario o consecuencias involuntarias para las personas no afectadas»[33]. Esto se hace eco de la respuesta del Consejo de Seguridad de la ONU de 1995 a las experiencias negativas con embargos integrales, que anunció que: «cualquier futuro régimen de sanciones deberá estar dirigido a minimizar efectos secundarios adversos no deseados de las sanciones sobre los segmentos más vulnerables de los países afectados»[34].

Un desafío que se deriva de este enfoque es la complejidad de seleccionar sectores o empresas vinculadas a la violación. Esta dificultad podría ser particularmente aguda en el caso de las violaciones de los derechos humanos. Como señala Van der Ven, sería difícil vincular la negativa de un país a abolir la pena de muerte con sectores económicos concretos[35]. Al identificar los productos afectados en su primera retirada de un sector específico, la Comisión afirmó tener en cuenta las necesidades de desarrollo económico del país, incluida la necesidad de diversificar su base exportadora, y el impacto socioeconómico de la retirada, incluso en trabajadores e industrias. Sin embargo, nunca especificó cómo se propone vincular la selección de productos con las infracciones

ARANZADI

Por último, también se sugiere revisar el mecanismo de activación, como correctivo a lo que se percibe como la aplicación selectiva y desigual de las suspensiones, una acusación a la cual la UE no es ajena[36]. Esto podría lograrse mediante la introducción de normas objetivas, por ejemplo mediante la publicación de directrices o la definición de un umbral para limitar la discrecionalidad de la Comisión[37]. No obstante, cualquier intento de limitar la flexibilidad de un emisor de sanciones se enfrenta la dificultad de lograr un equilibrio entre su discreción política y la coherencia de política

33. Principios Básicos sobre la Aplicación de Medidas Restrictivas (Sanciones), Doc. 10198/1/04, Bruselas, 7 Junio 2004, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10198-2004-REV-1/es/pdf
34. CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, Carta de los Representantes Permanentes de China, Francia, la Federación Rusa, Estados Unidos y Reino Unido ante Naciones Unidas dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad, S/1995/300, Nueva York, 13 Abril 1995.
35. VAN DER VEN, 2019, p. 69.
36. SALTNES, J., «The European Union's human rights policy: Is the EU's use of the human rights clause inconsistent?», *Global Affairs*, 4 (2-3), (2018), pp. 277-289;
DEL BIONDO, K., «EU Aid Conditionality in ACP Countries: Explaining inconsistency in EU sanctions practice», *Journal of Contemporary European Research*, 7 (3), (2011), pp. 330-395.
37. VAN DER VEN, 2019, p. 70.

exterior, tal como evidencia la reciente creación de un régimen horizontal de derechos humanos en la UE[38]. Además, las investigaciones muestran que los emisores que operan bajo legislación de sanciones con activadores cuasi automáticos a menudo logran eludir su activación, anulando así su vocación original[39].

VII. CONCLUSIÓN

A lo largo de sus ya tres décadas de existencia, la condicionalidad vinculada a la SGP ha sido objeto de críticas de diversa índole. Las más recurrentes se han dirigido a la prevalencia de consideraciones comerciales sobre su agenda de promoción de valores[40], y sobre todo a la reticencia a su utilización por parte de la Comisión Europea[41]. Sin embargo, últimamente observamos un creciente interés por el diseño institucional del mecanismo de sanciones, y por su capacidad de afectar con precisión a aquellos individuos responsables de las violaciones. Esta preocupación, originalmente minoritaria, ha llegado a impregnar la agenda política del Parlamento Europeo, que la ha incorporado a sus propuestas, aunándolas a sus reivindicaciones habituales: la de incrementar su propia influencia sobre el proceso y la de involucrar estrechamente a la sociedad civil. Tal tendencia puede valorarse positivamente: si el Parlamento logra que se acepten sus propuestas, un diseño más preciso del mecanismo de suspensión puede ayudar a que sea activado con mayor frecuencia y, además, que resulte más eficaz[42]. Esto podría repercutir en beneficio de la sostenibilidad del instrumento, pues ayudaría al mismo tiempo, a paliar críticas de muy diversa

ARANZADI

38. PORTELA, C., «The EU's human rights sanctions regime: Unfinished business?», *Revista General de Derecho Europeo*, 54, (2021), pp. 19-44.
39. CRAWFORD, G. y KACARSKA, S., «Aid sanctions and political conditionality: Continuity and change», *Journal of International Relations and Development* 22 (2), (2019), pp. 184-214.
40. SILES-BRÜGGE, G., «EU trade and development policy beyond the ACP: Subordinating developmental to commercial imperatives in the reform of GSP», *Contemporary Politics*, 20 (1), (2014), pp. 49-61; BOSSUYT, F., J. ORBIE y DRIEGHE, L., «EU external policy coherence in the trade-foreign policy nexus: foreign policy through trade or strictly business?», *Journal of International Relations and Development*, 23 (1), (2020), pp. 45-66.
41. VOGT, J., «A little less conversation. The EU and the (non) application of labour conditionality in the Generalised System of Preferences (GSP)», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 31 (3), (2015), pp. 285-304.
42. PORTELA, C., «Trade preference suspensions as economic sanctions» in P. Van Bergeijk (ed) *Research Handbook on Economic Sanctions*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 264-279.

índole: tanto las que acusan a las suspensiones de empobrecer a la población civil[43] como las que lamentan el carácter selectivo de su aplicación[44].

Por otro lado, nuestro análisis evidencia una circunstancia que, no por haberse visto soslayada hasta el momento, deja de resultar curiosa: La promoción de los derechos laborales que inicialmente animó quedo progresivamente diluida en una agenda más amplia de desarrollo sostenible. En la propuesta más reciente de la Comisión, la condicionalidad se ha visto politizada por la inclusión de un requisito de readmisión de nacionales de los países beneficiarios, suscitando controversia debido a su divorcio del desarrollo sostenible[45]. La marginalización de los derechos laborales en el régimen SPG contrasta con su creciente protagonismo en las relaciones contractuales de la UE[46]. Esta discrepancia, y sus posibles interpretaciones, son susceptibles de ser exploradas en los siguientes pasos de la agenda investigadora sobre la política comercial europea.

BIBLIOGRAFÍA

BKP ECONOMIC ADVISORS, Study in Support of an Impact Assessment to Prepare the Review of GSP Regulation Nº 978/2012, Oficina de Publicaciones de la UE, Luxemburgo, 2021.

BOSSUYT, F., ORBIE, J. y DRIEGHE, L., «EU external policy coherence in the trade-foreign policy nexus: foreign policy through trade or strictly business?», *Journal of International Relations and Development*, 23 (1) (2020), pp. 45-66.

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (UE) nº 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, COM/2021/579 final.

CRAWFORD, G. y KACARSKA, S., «Aid sanctions and political conditionality: Continuity and change», *Journal of International Relations and Development* 22 (2) (2019), pp. 184-214.

ARANZADI

43. JONES, L., *Societies under Siege*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
44. SCHMÜCKING, D., «Why Cambodia? Factors in EU incoherence in withdrawal decisions for trade preferences», in KAS (ed) *Diplomatic Briefing*. KAS: Phnom Penh, 2020.
45. PANIZZON, M., Analysing the legality of the EU Commission's proposed withdrawal of preferential tariffs for third countries when cooperation migrant returns fails an unholy alliance of trade and migration?, EU Law Analysis, 15 October 2023, https://eulawanalysis.blogspot.com/2023/10/analyzing-legality-of-eu-commissions.html
46. VAN DEN PUTTE, L. y J. ORBIE, «EU Bilateral Trade Agreements and the surprising rise of labour provisions», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 31 (3), (2015), pp. 263-284.

DAMRO, C., «Market Power». *Journal of European Public Policy*, Vol. 19, No. 5 (2012), pp. 682-699.

DEL BIONDO, K., «EU Aid Conditionality in ACP Countries: Explaining inconsistency in EU sanctions practice», *Journal of Contemporary European Research*, 7 (3) (2011), pp. 330-395.

GSTÖHL, S. y DE BIÈVRE, D., *The Trade Policy of the European Union*, MacMillan, Basingstoke, 2017.

JANER TORRENS, J., «Sistema de Preferencias Generalizadas y protección de los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea», en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (eds.) *Retos para la Acción Exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 631-653.

JONES, L., *Societies under Siege*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

KLIEM, F., «Punishing Cambodia is going to Backfire on», *Nikkei Asian Review*, 14 febrero 2020, https://asia.nikkei.com/cms/Opinion/Punishing-Cambodia-is-going-to-backfire-on-EU

KOCH, S., «A Typology of Political Conditionality Beyond Aid: Conceptual Horizons Based on Lessons from the European Union», *World Development*, 75 (1) (2015), pp. 97-108.

ARANZADI

KRYVOI, Y., «Why European Union Trade Sanctions Do Not Work», *Minnesota Journal of International Law*, 12 (2) (2008), pp. 209-246.

LERCH, M., *Menschenrechte und europäische Aussenpolitik*. Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2004.

MANDELSON, P., «Trade policy and decent work, EU Decent Work Conference on Globalisation», Brussels, 5 December 2006.

MEISSNER, K. y PORTELA, C., «Beyond Foreign Policy? EU Sanctions at the Intersection of Development, Trade, and CFSP», *Politics and Governance* 10(1) (2022), pp. 1-4.

MOORE, M. y SCHERRER, C., Conditional or promotional trade agreements – Is enforcement possible? FES Asia Office, Singapur, 2017.

ORBIE, J. y L. TORTELL, L. «The New GSP+ Beneficiaries: Ticking the box or truly consistent with ILO findings?», *European Foreign Affairs Review*, 14 (4) (2009), pp. 663-682.

PANIZZON, M., Analysing the legality of the EU Commission's proposed withdrawal of preferential tariffs for third countries when cooperation migrant returns fails an unholy alliance of trade and migration? *EU Law Analysis*, 15 October 2023, https://eulawanalysis.blogspot.com/2023/10/analyzing-legality-of-eu-commissions.html

PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (UE) nº 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, 17 mayo 2022 – [COM(2021)0579 – C9-0364/2021 – 2021/0297(COD)].

PORTELA, C. y ORBIE, J., «Sanctions under the EU's Generalised System of Preferences (GSP): Coherence by accident?», *Contemporary Politics*, 20 (1) (2014), pp. 63-76.

PORTELA, C., Enforcing Respect for Labour Standards with Targeted Sanctions. Friedrich Ebert Foundation Office for Regional Co-operation in Asia, Singapur, 2018.

PORTELA, C., «How to promote human rights through the EU's GSP», Democracy Reporting International, Berlin, 2019.

PORTELA, C., «The EU's human rights sanctions regime: Unfinished business?», *Revista General de Derecho Europeo*, 54 (2021) pp. 19-44.

ARANZADI

PORTELA, C., «Trade preference suspensions as economic sanctions», en VAN BERGEIJK, P. (ed) *Research Handbook on Economic Sanctions*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 264-279.

PORTELA, C., «Are EU GSP withdrawals and CFSP sanctions becoming more alike?», *European Foreign Affairs Review*, 28 (2023), pp. 35-52.

RICHARDSON, B., HARRISON, J. y CAMPLING, L., Labour rights in export processing zones with a focus on GSP+ beneficiary countries. European Parliament, Directorate-General for external policies, Brussels, 2017.

SALTNES, J. «European Union's human rights policy: Is the EU's use of the human rights clause inconsistent?», *Global Affairs*, 4 (2-3) (2018), pp. 277-289.

SCHMÜCKING, D., «Why Cambodia? Factors in EU incoherence in withdrawal decisions for trade preferences», in KAS (ed) *Diplomatic Briefing*. KAS, Phnom Penh, 2020.

SENTI, R., *Die WTO im Spannungsfeld zwischen Handel, Gesundheit, Arbeit und Umwelt*. Nomos, Baden Baden, 2006.

SILES-BRÜGGE, G., «EU trade and development policy beyond the ACP: Subordinating developmental to commercial imperatives in the reform of GSP», *Contemporary Politics*, 20 (1) (2014), pp. 49-61.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) Nº 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) nº 732/2008 del Consejo, L303, 31 octubre 2012, https://eur-*lex*.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0978

VAN DEN PUTTE, L. y ORBIE, J., «EU Bilateral Trade Agreements and the surprising rise of labour provisions», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 31 (3) (2015), pp. 263-284.

VAN DER LOO, G., The Commission proposal on reforming the Generalised Scheme of Tariff Preferences: analysis of human rights incentives and, European Parliament, Brussels, 2021.

VAN DER VEN, C., Sustainable Trade Preferences for the 21st Century, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Eschborn, 2019.

VELUTTI, S., «The promotion and integration of Human Rights in EU external trade relations», *Utrecht Journal of International and European Law*, 32 (83) (2016), pp. 41-68.

ARANZADI

VOGT, J., «A little less conversation. The EU and the (non) application of labour conditionality in the Generalised System of Preferences (GSP)», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 31 (3) (2015) pp. 285-304.

ARANZADI

ARANZADI

ARANZADI

ARANZADI

Guía de uso

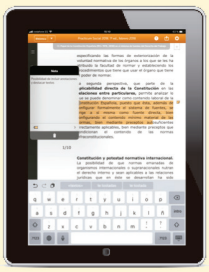
¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**
APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.

ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS

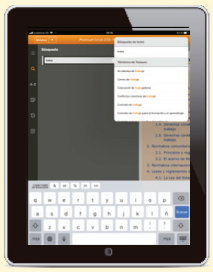
ARANZADI

FUNCIONALIDADES



SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS

Crea anotaciones y escoge los colores para organizar tus notas y subrayados.



USA EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN

Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.

HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN

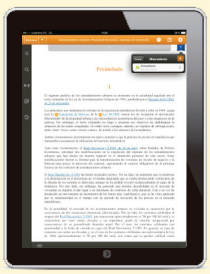
Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.

ORDENAR

Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), tipo (libros y revistas), editorial, jurisdicción o área del Derecho.

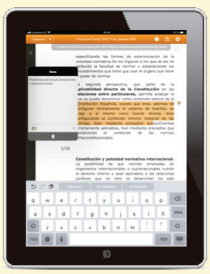
CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS

Escoge la apariencia de tus libros y revistas cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



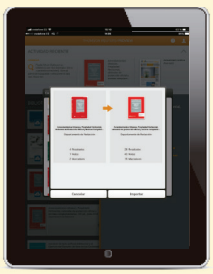
MARCADORES DE PÁGINA

Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



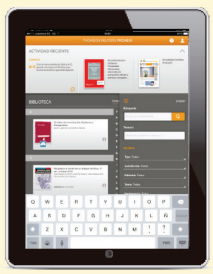
BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA

Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN

Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad.



SUMARIO NAVEGABLE

Sumario con accesos directos al contenido.

ARANZADI

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si has recibido previamente un correo electrónico deberás seguir los pasos que en él se detallan.

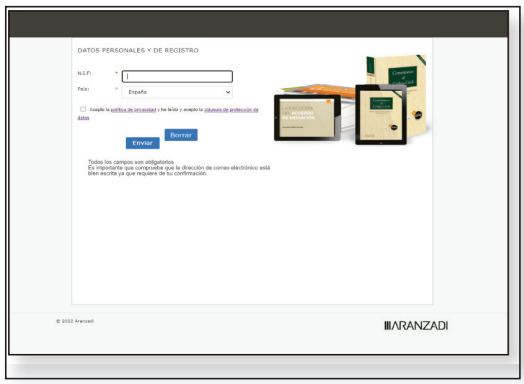
Estimado/a cliente/a,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a **http://onepass.aranzadi.es** Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro.

A continuación pulsa enviar.

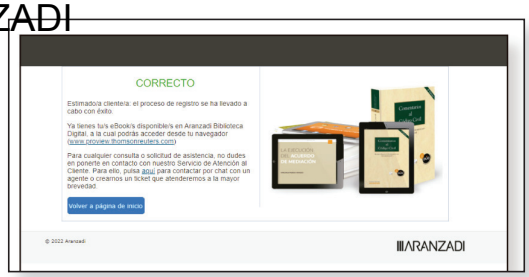
Si te has registrado anteriormente en OnePass, en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas el NIF asociado al correo electrónico.

Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.



Si es la primera vez que te registras en ARANZADI **OnePass,** deberás cumplimentar los datos para crear tu cuenta y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **"Nombre de usuario"** y **"Contraseña"** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles a través del navegador en la ruta www.proview.thomsonreuters.com



Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo y una vez allí en el apartado del Centro de Atención al Cliente selecciona la opción de Acceso a Soporte para no Suscriptores (compra de Publicaciones).

ARANZADI

ARANZADI