


# Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 47/2012



N. Mariscal, I. Camisão, M. García, S. Alonso de León,  
N. Cambien, G. Matteo Quer, S. Memo

Instituto de  
Estudios Europeos

• •



# **Cuadernos Europeos de Deusto**



# **Cuadernos Europeos de Deusto**

**Núm. 47/2012**

*Cuadernos Europeos de Deusto* es una revista universitaria especializada en el estudio de la Unión Europea desde un enfoque interdisciplinar. Su objetivo fundamental es difundir conocimientos sobre el proceso de construcción europea en sus diferentes dimensiones (histórica, política, jurídica, económica, social, cultural...), así como suscitar la reflexión y la valoración crítica de los diferentes factores que van determinando su evolución y transformación.

*Cuadernos Europeos de Deusto* agradece el patrocinio de la Dirección General de Servicios del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Bizkaia, que ha hecho posible la publicación del presente número.

### **Organización editorial:**

#### *Dirección:*

Beatriz Pérez de las Heras

#### *Consejo de Redacción:*

Joana Abrisketa Uriarte (Universidad de Deusto, Bilbao)  
 Francisco Aldecoa Luzárraga (Universidad Complutense, Madrid)  
 Javier Bilbao Ubillos (Universidad País Vasco, Bilbao)  
 Cristina Churrua Muguruza (Universidad de Deusto, Bilbao)  
 Juan Luis Crucelegui (Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia)  
 Pablo Antonio Fernández Sánchez (Universidad de Sevilla)  
 Igor Filibi López (Universidad País Vasco, Bilbao)  
 Ana Garmendia Gutiérrez (Universidad de Deusto, Bilbao)  
 Laura Gómez Urquijo (Universidad de Deusto, Bilbao)  
 Beatriz Iñarritu Ibarreche (Universidad de Deusto, Bilbao)  
 Santiago Larrazabal Basañez (Universidad de Deusto, Bilbao)  
 Enrique Linde Paniagua (UNED, Madrid)  
 Nicolás Mariscal Berástegui (Universidad de Deusto, Bilbao)  
 José Martín y Pérez de Nanclares (Universidad de Salamanca)  
 José Palacio González (Tribunal de Justicia de la Unión Europea)  
 Oana Petrescu (Universidad de Deusto, Bilbao)  
 Francisco Rodríguez Ortiz (Universidad de Deusto, Bilbao)  
 M.ª Luisa Sánchez Barrueco (Universidad de Deusto, Bilbao)  
 M.ª Luz Suárez Castiñeira (Universidad de Deusto, Bilbao)  
 Mariola Urrea Corres (Universidad de la Rioja, Logroño)

#### *Administración y secretaría:*

estudios.europeos@deusto.es

### **Precios de Suscripción:**

	2 números año	Número suelto
Zona euro .....	44 euros (IVA incluido)	28 euros (IVA incluido)
Otras zonas .....	60 dólares	39 dólares

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

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

Depósito legal: BI - 620-91



# Revista

## Cuadernos Europeos de Deusto

### Normas de publicación

**Contenido.** La revista *Cuadernos Europeos de Deusto* publica, con carácter semestral (octubre y abril), estudios jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos sobre el proceso de integración europea.

**Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos y escritos en castellano. También podrán admitirse originales en alguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea, así como en Euskera, en Microsoft Word o formato compatible. Se enviarán en soporte electrónico al Instituto de Estudios Europeos a la dirección: [estudios.europeos@deusto.es](mailto:estudios.europeos@deusto.es)

#### Formato

—En primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá un sumario, dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave de trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.

—Extensión máxima: 70.000 caracteres con espacio.

—Tipo y tamaño de letra: *Times New Roman* 12.

—Notas a pie de página: *Times New Roman* 10.

—Título del artículo: *Times New Roman* 14, mayúscula y negrita.

- Ejemplo: **LA ENERGÍA ELÉCTRICA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE**

—Primer rango de apartado: *Times New Roman* 12, minúscula y negrita.

- Ejemplo: **La política energética en la UE**

—Segundo rango de apartado: *Times New Roman* 12, minúscula y cursiva.

- Ejemplo: *La posición de la UE en las negociaciones internacionales*

—Sumario:

- Ejemplo: **Sumario:** I. Introducción.—II. Marco jurídico-institucional de la política ambiental UE. 1. Marco Institucional. 2. Marco Jurídico—III. El papel de la UE en las negociaciones internacionales del régimen sobre cambio climático. 1. La posición de la UE en las negociaciones internacionales. 2. La política de la CE para combatir el cambio climático. 2.1. Antes de la reforma de Maastricht. 2.2 Después de la reforma de Maastricht—IV. Conclusiones.

—Párrafos: interlineado sencillo, justificado y primera línea sangrada en un tabulador.

- Ejemplo:

Sin embargo, este artículo hace comprender la ZEE no sólo la columna de agua suprayacente sino el lecho y el subsuelo de la marino, coincidiendo, en parte, con la plataforma continental, como luego veremos.

¿Estarían entre estas actividades económicas el almacenamiento de dióxido de carbono? En principio no parece que haya nada que lo impida...

## Citas al pie de página

—Tamaño: *Times New Roman* 10.

—Las llamadas a las notas y la numeración de éstas se harán con superíndices.

- Ejemplo: El liderazgo desempeña un papel fundamental en el combate contra el cambio climático en el plano internacional<sup>1</sup>, sobre todo teniendo en cuenta que hay que lograr «la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BAUMERT, K. and KATE, N., «Introduction: An Architecture for Climate Protection» en BAUMERT, K. *et aliter* (eds.), *Building on the Kyoto Protocol: Options for Protecting the Climate*, World Resources Institute, Washington 2002.

<sup>2</sup> Artículo 2, CMNUCC.

—Los nombres de autores citados en el texto general irán primero el nombre y después los apellidos. En cambio, en las notas y citas, irán los apellidos y nombre, éste sólo son iniciales y todo con mayúsculas.

- Ejemplo: .... Los comentarios de José María Saúca al artículo<sup>1</sup> antes citado...

---

<sup>1</sup> Vid. el artículo 43 y comentarios al mismo por SAÚCA, J.M.

—En caso de repetir la referencia a un autor o documento previamente citado, se indicará el apellido o apellidos y la inicial o iniciales de su nombre, seguidos de *op. cit.*, con indicación de la nota y páginas de referencia.

- Ejemplo: Vid. KABUNDA, M., *op. cit.*, nota 7, p. 8.

—En caso de repetir de forma inmediata la misma referencia a autor o documento, se indicará con *Ibid.* y el número de página.

- Ejemplo:

—Vid. MANN, M., «El poder autónomo del Estado: Sus orígenes, mecanismos y resultados», *Zona Abierta*, n.º 57, 1991, pp. 15-50.

—*Ibid.*, p. 23.

—Citas de libros y partes de libros:

- Libros: APELLIDOS, Inicial del nombre, *título del libro en cursiva*, publicación, lugar de edición, año.

—Ejemplo: KAPUSCINSKI, R., *El emperador*, ed. Anagrama, Barcelona, 2003.

- Partes de libros: APELLIDOS, Inicial del nombre, «parte del libro entre comillas», en APELLIDOS, Inicial del nombre, (ed., dir. o coor.), *título del libro en cursiva*, publicación, lugar, año, edición, pp.

—Ejemplo: KABUNDA, M., «La crisis africana: diagnóstico y lecturas» en MBUYI, K. (coor.), *África subsahariana ante el nuevo milenio*, ed. Pirámide, Madrid, 2002, pp. 125-143.

—Citas de artículos de revista: APELLIDOS, Inicial del nombre, «título del artículo entre comillas» en nombre de la revista en cursiva, n.º, fecha, pp.

- Ejemplo: MANN, M., «El poder autónomo del Estado: sus orígenes, mecanismos y resultados» en *Zona Abierta*, n.º 57/58, 1991, pp. 15-50.

—Citas de referencias de internet: APELLIDOS, Inicial del nombre, *Título en cursiva*, Institución o conferencia donde fue presentada, lugar y fecha, n.º, Website y fecha de consulta.



- Ejemplo: RUIZ-GIMÉNEZ, I., *La revitalización de la «guerra justa» en la postguerra fría desde una perspectiva constructivista: la irrupción del intervencionismo humanitario*, Dpto. de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Working Paper n.º 23/2004: [www.uam.es/centros/derecho/cpolitica/papers.html](http://www.uam.es/centros/derecho/cpolitica/papers.html) (última consulta 26/10/2006)
- La abreviatura de artículo será art. y sólo se empleará cuando vaya entre paréntesis, en los demás casos deberá ir con todas las letras.
- Ejemplo: ... la política comercial común en el sentido del artículo 113 (hoy art. 133) implica...
- Las palabras extranjeras deben ir en *cursiva*.
- Ejemplos: *non bis in idem*, *stakeholders*,...
- La palabra *página* se abreviará p. o pp., según proceda. *Siguientes* será ss.
- Ejemplo: ... nota 12, pp. 60-62 y ss.
- Siglas, abreviaturas y acrónimos irán en mayúsculas sin espacio (pegadas) y sin puntos. Sin embargo, la primera vez que se mencionen deberá constar, entre paréntesis el significado de las éstas.
- Ejemplos:
    - ONU (Organización de Naciones Unidas)
    - OTAN, UE
- Sobre cuadros, gráficos y tablas:
- Deberán estar incorporados en el texto de forma ordenada.
  - Deberán incluir la referencia completa de la fuente.

**Proceso de evaluación y publicación.** Los trabajos dirigidos a la sección de Estudios se someterán a la previa evaluación por un miembro del Consejo de Redacción y por un experto independiente a la revista. Aparte de las cuestiones formales de presentación, se valorarán la coherencia de los trabajos con el enfoque de la revista, su carácter innovador, el rigor de análisis y metodológico y su aportación al conocimiento del proceso de construcción europea. El proceso de evaluación será absolutamente anónimo. La decisión sobre la publicación o no de los originales, así como su publicación con previas modificaciones será comunicada en un plazo no superior a 3 meses desde el momento en que se acepta su entrega.

**Copyright.** Los autores cuyos trabajos son aceptados y publicados ceden a *Cuadernos Europeos de Deusto*, en exclusiva, los derechos de reproducción.

Más información: [www.iee.deusto.es](http://www.iee.deusto.es)



# Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 47/2012

## Sumario

---

<b>Presentación:</b> María Luisa SÁNCHEZ BARRUECO	13
<b>Estudios</b>	
Nicolás MARISCAL, Aproximaciones constructivistas a la Unión Europea	17
Isabel CAMISÃO, Reflections on the concept of leadership: Shared leadership in the EU and the euro crisis	41
María J. GARCÍA, Free Trade Agreements in Asia: Economic imperatives or footholds for external relevance?	73
Sergio ALONSO DE LEÓN, El inminente tránsito hacia una ciudadanía supranacional de la Unión Europea	101
Nathan CAMBIEN, The scope of EU law in recent ECJ case law: Reversing 'reverse discrimination' or aggravating inequalities?	127
Giovanni MATTEO QUER y Sara MEMO, Releasing minorities from the "nationalist trap": from territorial to personal autonomy in a "multiple demoi europe"	149
<b>Jurisprudencia</b>	
David ORDÓÑEZ SOLÍS, Comentario de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	179
<b>Crónica</b>	
Beatriz IÑARRITU IBARRECHE, Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea	205



## Presentación

Debido naturalmente a su carácter misceláneo, este número 47 de *Cuadernos Europeos de Deusto* conjuga objetos variados de estudio y enfoques doctrinales pluridisciplinarios. Aún así, se vislumbra un cierto hilo conductor entre sus páginas, fiel y curioso reflejo del estado de incertidumbre que asedia al proceso de integración europea en los últimos años. En efecto, la mayoría de los estudios doctrinales incluidos se refieren en algún momento a esta terrible crisis económica que ha hecho tambalear los cimientos de la integración que un día conocimos, y que sitúa casi semanalmente a la Unión Europea ante una encrucijada existencial entre la profundización y la disolución. Partiendo de esa base, el conjunto de autores aporta valoraciones en clave constructiva, que nos recuerdan que la Unión Europea es acreedora a nuestro reconocimiento por los importantes logros alcanzados desde su creación —¿cómo olvidar la unión aduanera que sirve de base a los acuerdos de libre comercio o el estatuto de ciudadano europeo?—. Y no obsta a tal consideración la actitud constante, tan propia del mundo académico, de analizar críticamente las insuficiencias del sistema para subrayar aquellos aspectos precisados de atención.

Como primer estudio doctrinal en este número 47 de *Cuadernos Europeos de Deusto*, **Nicolás Mariscal** extiende una invitación rigurosa, al tiempo que pedagógica, a potenciar la riqueza teórica y de ideas que caracteriza al acervo europeo, desde los fundamentos y debates principales en torno al constructivismo como teoría política acerca del proceso de integración europea. A continuación, **Isabel Camisã** reflexiona sobre un concepto cuya ausencia se denuncia con frecuencia en círculos nacionales e internacionales: el liderazgo de la Unión Europea. Ofrece esta autora una sólida construcción conceptual sobre el denominado «liderazgo compartido» y su posible influencia en la resolución de la crisis financiera.

**María García** analiza empíricamente las negociaciones de los acuerdos de libre comercio suscritos por la Unión Europea en Asia con el objetivo de trazar los motivos que subyacen a su conclusión. Pues aunque estos instrumentos revistan una naturaleza netamente económica, su impulso político a la configuración de una política exterior que refuerce la identidad de la Unión Europea como actor global es evidente.

Seguidamente se ofrecen dos estudios doctrinales que abordan la ciudadanía europea desde puntos complementarios. **Sergio Alonso de León** expone los recientes avances jurisprudenciales en materia de ciudadanía como un indicador del progresivo abandono del estatuto transnacional de ciudadano europeo introducido por el Tratado de Maastricht en 1992 en favor de una ciudadanía supranacional europea que, sin embargo, no aparece plenamente asentada todavía. Precisamente en este sentido, **Nathan Cambien** profundiza en los desafíos que plantea la discriminación inversa a los jueces nacionales y de la Unión. Se trata de una situación en que la aplicación del Derecho de la Unión conduce paradójicamente a que, en el territorio de un Estado miembro, los propios nacionales estén en inferioridad de condiciones que el resto de ciudadanos europeos, constituyendo así un segundo rango de ciudadanos europeos.

La articulación de los derechos de las minorías, frecuentemente reconocidos mediante instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, y parte integrante de los valores que fundamentan la Unión Europea desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, constituye uno de los problemas estructurales irresueltos en Europa debido a que su tutela depende, en última instancia, del Estado para ser efectiva, como señalan finalmente **Giovanni Matteo Quer** y **Sara Memo**. En este orden de cosas, su contribución resulta oportuna pues subraya la positiva evolución experimentada en tiempos recientes a nivel europeo, al tiempo que recuerda la conveniencia de volver la mirada hacia fórmulas aplicadas con éxito allende nuestras fronteras, para abordar el estatuto de las minorías no vinculadas a un territorio determinado.

Como viene siendo habitual en *Cuadernos Europeos de Deusto*, clausuran este número las crónicas sobre actualidad europea y sobre jurisprudencia, elaboradas respectivamente por Beatriz Iñárritu y por David Ordóñez, cuya consulta resulta imprescindible para toda persona interesada por mantenerse al día respecto al devenir institucional de la Unión Europea.

MARÍA LUISA SÁNCHEZ BARRUECO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho de la Unión Europea  
en la Universidad de Deusto*

Universidad de Deusto, junio de 2012

# Estudios





# Aproximaciones constructivistas a la Unión Europea\*

Nicolás Mariscal

Profesor emérito de la Universidad de Deusto

Profesor Jean Monnet emérito

**Sumario:** I. Introducción.—II. Los constructivismos en las Relaciones Internacionales: 1. Ontología; 2. Epistemología; 3. Metodología.—III. El constructivismo social y su aplicación inicial a la Unión Europea: 1. *The Social Construction of Europe*; 2. El debate racionalismo-constructivismo.—IV. Tendiendo puentes entre constructivismos sociales.—V. Estudios empíricos sobre identidad(es) europea(s).—VI. Reintroduciendo el poder.—VII. Algunas reflexiones.

---

**Resumen:** Inicialmente se presenta el constructivismo en las Relaciones Internacionales. Frente al individualismo racionalista y el materialismo realista la alternativa constructivista es estructuralista e idealista; estructuras e ideas, agentes y estructuras se constituyen mutuamente. A continuación se centra el artículo en el constructivismo social aplicado a la Unión Europea, a la que llega en el último decenio del siglo xx y produce más tarde vigorosos debates, que van perdiendo fuerza mientras se impone la conveniencia de tender puentes entre las variantes del constructivismo social, pero sin llegar a una «comunidad constructivista». Se exponen después algunos recientes estudios empíricos constructivistas sobre identidad(es) europea(s), así como intentos de reintroducir el poder en las aproximaciones constructivistas a la Unión Europea. Finalmente unas reflexiones cierran el artículo.

**Palabras clave:** Relaciones Internacionales, integración europea, constructivismo, agentes y estructuras, identidad(es) europea(s), poder y cultura.

**Abstract:** *Constructivism in International Relations is introduced in the first place. Unlike rationalist individualism and realist materialism the constructivist alternative is structuralist and idealist in nature; structures and ideas, agents and structures are mutually constituted. Then the article focus on social constructivism applied to the European Union in the last decade of the twentieth century, later producing vigorous debates, which gradually lost strength as the desirability of bridging variants of social constructivism imposed itself, but without leading to a “constructivist community. Some recent empirical constructivist studies on European identity and attempts to reintroduce power in constructivist approaches to the European Union are then dealt with. Some final reflections close the article.*

**Keywords:** *International Relations, European integration, constructivism, agents and structures, European identity / identities, power and culture.*

---

\* Recibido el 20 de marzo de 2012, aceptado el 31 de mayo de 2012.

## I. Introducción

La Unión Europea está viviendo la crisis probablemente más grave desde su nacimiento en 1951. Los impresionantes logros de los primeros cincuenta años en torno a la construcción de un mercado común, culminado con la introducción del euro y la ampliación de 6 a 27 Estados miembros, se estancaron, sin embargo, en el primer decenio del presente siglo XXI, una década perdida. Los europeos no hemos sido capaces de avanzar hacia una unión política, que tanto la propia dinámica comunitaria, como los retos de un mundo en proceso de globalización exigían. Recorrimos con éxito la estrategia de los «padres fundadores» del crecimiento sector por sector, de las realizaciones concretas, de la creación de solidaridades de hecho centrada en la construcción de un mercado común, pero olvidamos, preterimos *sine die* los pasos hacia el horizonte convenido de una federación europea. Hoy, en plena crisis, la echamos de menos, mientras se multiplican las voces reclamándola, aunque nadie sabe bien cómo hacerla realidad, ni todavía parece estar respaldada por poderosas fuerzas ni amplios sectores de la ciudadanía.

Para salir de la grave situación actual, la UE necesita reorientarse y movilizar todos sus recursos. Son muchos y muy poderosos. Uno relativamente modesto, pero cualitativamente importante, es el acervo teórico, el rico tesoro de ideas, reflexiones críticas y creativas, estudios empíricos y normativos acumulados a lo largo de la vida de la CE/UE. Es verdad que el curso de ésta ha sido muy pragmático y continuamente negociado, pero ha generado y ha contado también con el substrato de un elaborado acervo teórico comunitario. En situaciones dramáticas y encrucijadas existenciales como las que la UE está experimentando no parece sensato olvidarlo y él, por su parte, debe contribuir con nuevos aportes a iluminar el camino de salida, las estrategias y las metas que nos orienten.

Entre las recientes «teorías de la integración europea» está el constructivismo. El presente artículo pretende ser una introducción a él, en su aplicación a la UE, presentando las conceptualizaciones fundamentales, metodologías, debates y tendencias recientes. Antecede una primera parte que se refiere al constructivismo en las Relaciones Internacionales, expuesto sintéticamente en torno a tres dimensiones: ontológica, epistemológica y metodológica. A continuación el artículo se centra en la Unión Europea y se lleva a cabo siguiendo un hilo cronológico en la aplicación del constructivismo mediante la presentación de algunos autores relevantes y vigorosos debates. No se pretende hacer una síntesis del constructivismo, ni siquiera de su aplicación a la UE, sino una introducción, transmitiéndolo y facilitando su acceso con un cierto orden y con la esperanza ya mencionada de que el acervo teórico comunitario y su desarrollo ulterior contribuyan a reorientar a la Unión en la situación actual.

## II. Los constructivismos en las Relaciones Internacionales

Aun prescindiendo de las diversas raíces remotas del constructivismo, resulta ineludible la referencia más cercana a la obra de Berger y Luckmann, *La Construcción Social de la Realidad* de 1966, cuyas tesis fundamentales son «que la realidad se construye socialmente y que la sociología del conocimiento debe analizar los procesos por los cuales esto se produce. Los términos clave de dichas tesis son “realidad” y “conocimiento”»;<sup>1</sup> «es justamente el carácter dual de la sociedad en términos de factibilidad objetiva y significado subjetivo lo que constituye su “realidad *sui generis*”». <sup>2</sup>

Sin embargo, quedaba todavía un largo camino hasta que la Sociología jugase un papel relevante en las Relaciones Internacionales pues «el supuesto sobre la “construcción social de la realidad” (Berger y Luckmann 1966) no se refiere aún a ninguna decisión sobre qué construcciones sociales de qué actores en las relaciones internacionales son eficaces y por eso importantes para el investigador». <sup>3</sup>

Una serie de cambios históricos en la sociedad internacional de los últimos lustros del siglo xx: desaparición del comunismo y de la URSS, final de la «guerra fría», transición hacia la Unión Europea, van a hacer sentir las insuficiencias de las teorías predominantes en las Relaciones Internacionales y propiciar el «giro constructivista». Zehfuss lo presenta a través de tres académicos claves: Nicholas Onuf, quién en 1989 introdujo el término, se centra en la relación hechos, palabras, mundo; Friedrich Kratochwil, para el que el contexto de normas y reglas proporciona la base para la intersubjetividad y de este modo la posibilidad de comprender la política como acción de sentido y cuestiones normativas; y Alexander Wendt, que contribuyó decisivamente a su difusión privilegiando las identidades de los actores construidas en las interacciones. <sup>4</sup> Algunos autores incluirían también a Emanuel Adler.

A continuación nos referimos breve y sintéticamente a los constructivismos en las Relaciones Internacionales en torno a tres dimensiones: ontológica, epistemológica y metodológica.

---

<sup>1</sup> BERGER, P.L. y LUCKMANN, T., *La Construcción Social de la Realidad*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1998 (15 ed.), p. 13.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>3</sup> HARNISCH, S., «Sozialer Konstruktivismus», *Handbuch der Internationalen Politik*, Springer, 2010, 1, p. 103.

<sup>4</sup> ZEHFUSS, M., *Constructivism in International Relations. The Politics of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

## 1. *Ontología*

### a) LAS IDEAS FRENTE AL MATERIALISMO

Para el constructivismo el mundo social, y específicamente el sistema internacional, es una construcción humana basada en ideas compartidas.<sup>5</sup> Los hechos sociales existen porque atribuimos intersubjetivamente significados a determinados objetos, acciones y acontecimientos. Una vez que los representamos colectivamente se convierten en realidad social con consecuencias reales. Esto no presupone necesariamente la negación de la existencia de realidades materiales, pero se destaca el factor humano, subjetivo, de ideación, en la vida social. Lo material en sí carece de significado y necesita ser comprendido mediante conceptos sociales que definen su significado. Las ideas se manifiestan en formas diferentes: identidades, intereses, roles sociales, normas, culturas políticas, productos todos de un proceso de construcción social. «El núcleo irreductible del constructivismo para las relaciones internacionales es el reconocimiento que la realidad internacional está construida socialmente».<sup>6</sup>

### b) LA CONSTITUCIÓN MUTUA DE ACTORES Y ESTRUCTURAS

Los actores y sus ideas son generados dentro de estructuras sociales; las estructuras sociales son generadas a su vez por los actores y sus ideas. Actores y estructuras se construyen mutuamente, sin que haya primacía de unos o de otras. «Para el constructivismo, del mismo modo que las estructuras sociales son ontológicamente dependientes de y, por tanto, constituidas por las prácticas y formas de entender de los agentes, los poderes causales e intereses de estos agentes, a su vez, están generados y, por tanto, explicados por las estructuras. En definitiva, agentes y estructuras, aunque ontológicamente distintos, son entidades mutuamente constituidas».<sup>7</sup> Frente al individualismo racionalista, el constructivismo plantea un enfoque estructuralista u holístico, en el que los actores están socialmente contextualizados, al mismo tiempo que actúan sobre esos contextos.

### c) EL CAMBIO

La relevancia de las ideas y la constitución mutua de actores y estructuras abren ventanas de posibilidad al cambio en las relaciones internacionales.

---

<sup>5</sup> SODUPE, K., *La Teoría de las Relaciones Internacionales a Comienzos del siglo XXI*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2003, pp. 161 y 166.

<sup>6</sup> HURD, I., «Constructivism», en REUS-SMIT, C. y SNIDAL, D. (eds.), *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 305.

<sup>7</sup> SODUPE, K., *op. cit.*, p. 176.

les, no obstante la probable resistencia de los poderes e instituciones dominantes. Las ideas, los valores, las identidades, los intereses, los actores y las estructuras se generan, al menos en parte, endógenamente en los procesos intersubjetivos creadores de significado en las relaciones internacionales, lo que puede abrir un espacio al cambio. Incluso la dimensión ética —la ética cuenta en la política mundial<sup>8</sup>— puede encontrar una oportunidad según algunos constructivistas, que han explorado empíricamente esa orientación.

## 2. Epistemología

Según los constructivistas también el conocimiento de la realidad es construido socialmente. Muchos de ellos, no obstante, no renuncian a teorías explicativas de base empírica que pueden ayudarnos a discernir qué conceptualización es mejor, dado que no todas son iguales. El criterio, sin embargo, no es la adecuación a una realidad objetiva, sino la correspondencia con las situaciones del mundo.

El realismo científico de Wendt y de otros trata de hacer compatibles la epistemología «positivista» con la ontología idealista y estructuralista, mientras otros más radicales lo rechazan. La división entre positivistas y post-positivistas dentro del constructivismo es profunda y por ahora duradera. Para los primeros, el sistema internacional socialmente construido tiene pautas que posibilitan las generalizaciones y el falseamiento de hipótesis. Para los post-positivistas los datos de la vida social no son del todo objetivables, ni los observadores completamente autónomos del objeto de estudio, ni las relaciones sociales completamente separables en causas y efectos; la investigación social tiene que ver con la construcción social de sentido, lo que reafirma la indispensabilidad de la interpretación.<sup>9</sup>

Otro gran debate epistemológico entre racionalistas y constructivistas, y también en parte entre estos últimos, es el de las teorizaciones causales y/o teorizaciones constitutivas. Los racionalistas buscan relaciones del tipo «X causa Y», que suponen que ambas son diferentes, X precede a Y, y ésta no existiría de no ser por aquélla, y desarrollan sus explicaciones en términos de variables independientes y dependientes. Para los constructivistas esa teorización causal ha de ser completada o substituida por una teorización constitutiva. La pregunta de ésta: «¿cómo es posible que ocurra...?» orienta la respuesta hacia las condiciones estructurales socialmente construidas. La diferencia decisiva con la teorización causal está en la inseparabilidad ló-

---

<sup>8</sup> PRICE, R., «The Ethics of Constructivism», en REUS-SMIT y SNIDAL (eds.), *op. cit.*, p. 317.

<sup>9</sup> HURD, I., *op. cit.*, p. 307.

gica y temporal de X e Y, no existiendo causación, sino constitución.<sup>10</sup> La posibilidad o no de afirmaciones verdaderas independientes del observador y la posibilidad o no en principio de afirmaciones causales, además de las constitutivas, divide a los constructivistas moderados de los radicales.

### 3. Metodología

Tras unas referencias a la ontología —«¿cómo conceptualizan los investigadores lo que estudian?»— y a la epistemología —«¿cómo conocen los investigadores lo que conocen?»— Klotz y Lynch entran en la metodología del constructivismo: «¿cómo los investigadores seleccionan sus herramientas (*tools*)?». La definición de los conceptos nucleares es el punto de partida y debe tener primacía y orientar la elección de los instrumentos.<sup>11</sup> Esto apunta a la preferencia constructivista por el método holístico frente al individualismo racionalista, por las relaciones constitutivas antes que las causales y por la interpretación más allá de las explicaciones científicas del positivismo. Klotz y Lynch organizan a continuación la selección de diferentes metodologías y técnicas en torno a cuatro conceptos claves constructivistas: las estructuras, los agentes, las identidades y los intereses.

Las estructuras están formadas por significados estables, mientras los conflictivos abren la posibilidad a la innovación y a la reforma. Hay que explorar los contextos dentro de los que los significados forman las estructuras y generan formas alternativas, cuyas manifestaciones son analizables a nivel de macro-historia, genealogía y observación participante. «Una ontología constructivista de constitución mutua cuestiona el estructuralismo (de diferentes tipos) devolviendo un rol a los agentes en la *reproducción* de los órdenes sociales».<sup>12</sup>

Respecto a los agentes, los constructivistas parten del presupuesto que los seres humanos tienen intenciones e interpretaciones que afectan a las estructuras, por lo que «las metodologías que destacan el razonamiento y la comunicación captan mejor estos procesos de construcción, deconstrucción y reconstrucción»,<sup>13</sup> y señalan tres: la narrativa, el marco (*framing*) y la etnografía.

Las identidades —qué somos— son vistas por los constructivistas como relaciones sociales y abogan por «metodologías orientadas procesalmente»: la

<sup>10</sup> HARNISCH, S., *op. cit.*, p. 106.

<sup>11</sup> KLOTZ, A. y LYNCH, C., *Strategies for Research in Constructivist International Relations*, M.E. Sharpe, Armonk, Nueva York, 2007, p. 16.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 45.

estructura constituyendo a los agentes; los agentes constituyendo la estructura. Se sugiere yuxtaponer las estrategias de investigación de la psicología social, que destacan la autoconstrucción de la identidad dentro de un contexto social, y de la representación, que enfatiza la imposición discursiva de la identidad en un contexto histórico, como explicaciones comparables o complementarias acerca del cambio de identidades.<sup>14</sup>

Finalmente, los intereses —qué queremos— son sustentados por las identidades y no por fuentes materiales, como es el presupuesto común en las Relaciones Internacionales. Su formación es un proceso: ¿por qué?, ¿cómo?, ¿en qué condiciones? «Conceptualizar los intereses como el producto de interacciones y de identidades institucionalizadas presupone un contenido intersubjetivo».<sup>15</sup> La investigación tiende a seguir dos direcciones: la acción comunicativa y los juegos de lenguaje.

Como conclusión del camino, Klotz y Lynch «animan al uso *creativo* de todos los métodos, en tanto en cuanto los investigadores no reclamen la objetividad o la verdad universal».<sup>16</sup>

En los últimos veinte años el constructivismo ha ido creciendo entre debates, por un lado con el realismo y el racionalismo, tanto en la dimensión ontológica (idealismo frente a materialismo; estructuralismo u holismo frente a individualismo) como epistemológica (compatibilidad con y grado de positivismo; teorización constitutiva y/o causal) y por otro entre los constructivistas moderados y radicales respecto a la realidad social, la constitutividad mutua estructura-agentes, el positivismo-post-positivismo y las teorizaciones.<sup>17</sup> Las diferentes posiciones entre los constructivistas en estos debates y las correspondientes diversidades metodológicas hacen imposible referirse a un único constructivismo; éste tampoco sería equiparable a las grandes «teorías substantivas» de las Relaciones Internacionales,<sup>18</sup> aunque hay que reconocer sus crecientes aportes a la comprensión de la política internacional y la proliferación de estudios empíricos.

### III. El constructivismo social y su aplicación inicial a la Unión Europea

En el último decenio del siglo XX se sentía la insuficiencia de las teorías clásicas de la integración europea —más específicamente del neofuncionalismo y del intergubernamentalismo— para dar razón de los recientes

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>17</sup> SODUPE, K., *op. cit.*; HURD, I., *op. cit.*; HARNISCH, S., *op. cit.*

<sup>18</sup> HARNISCH, S., *op. cit.*, pp. 104 y 111.

fenómenos y tendencias de ésta y se apuntaba a nuevos caminos. Abogaban algunos por tomar más seriamente el giro constructivista de las Relaciones Internacionales y aplicar el constructivismo social al estudio de la Unión Europea otorgando un mayor papel a las ideas.<sup>19</sup> Parecía, por otra parte, que algunas de las especificidades de la UE eran especialmente adecuadas y prometedoras para la aplicación y eventual desarrollo del constructivismo social.<sup>20</sup>

### 1. *The Social Construction of Europe*

En diciembre de 1999 se publicó un número especial del *Journal of European Public Policy*, que apareció dos años después en forma de libro bajo el título de *The Social Construction of Europe* y se considera la obra mayor que abrió el estudio de la Unión Europea a una aproximación constructivista.

Christiansen, Jorgensen y Wiener nos dicen en la Introducción que el libro trata de aplicar la reciente perspectiva del constructivismo en el estudio de las Relaciones Internacionales a la integración europea, destacando «el impacto de “las ontologías sociales” y “las instituciones sociales” en el continuo proceso de integración europea» y buscando los instrumentos para analizar el impacto de la intersubjetividad y el contexto social.<sup>21</sup> «La propia integración europea ha cambiado a lo largo del tiempo y es razonable asumir que en el proceso han cambiado igualmente la identidad de los actores y subsiguientemente sus intereses y comportamiento».<sup>22</sup> Esta ontología social (conciencia humana y factores ideales) tiene particulares ramificaciones epistemológicas. ¿Dónde está el giro constructivista en el estudio de la integración? Según los autores, el proyecto constructivista de examinar críticamente los procesos transformativos de la integración europea tendrá un impacto en el desarrollo de teorías de alcance medio, la construcción de marcos de análisis y la meta-teorización. A continuación delinean los elementos de tal marco, que hasta ahora ha faltado: 1) Reglas y normas de la gobernanza europea; 2) Comunidad política y formación de la identi-

<sup>19</sup> RISSE-KAPPEN, T., «Exploring the Nature of the Beast: International Relations Theory and Comparative Policy Analysis Meet the European Union», *Journal of Common Market Studies* 34, 1, 1996, pp. 53-80.

<sup>20</sup> EILSTRUP-SANGIOVANNI, M., *Debates on European integration. A Reader*, Palgrave-Macmillan, Houndmills, 2006, pp. 397-402.

<sup>21</sup> CHRISTIANSEN, T., JORGENSEN, K.E. y WIENER, A. (eds.), *The Social Construction of Europe*, SAGE Publications, Londres, 2001, p. 1.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 2.



dad; y 3) Discursos, acción comunicativa y rol de las ideas. Reconocen con modestia, no obstante, que «muchos presupuestos derivados del constructivismo están ya presentes en unas cuantas contribuciones importantes para la investigación de la integración europea».<sup>23</sup>

La Parte I se refiere a la teorización de la integración europea y el constructivismo social. En su propio artículo Checkel muestra «cómo un corte constructivista social del proceso de construcción de instituciones explica aspectos claves de la europeización».<sup>24</sup> Hasta ahora la mayoría de los trabajos sobre integración europea habían considerado las instituciones, en el mejor de los casos, como variables intervinientes, perdiendo la perspectiva sociológica de cómo las instituciones europeas, mediante procesos de interacción, pueden construir las identidades e intereses de los Estados miembros y de grupos dentro de éstos. «Los constructivistas sociales modernistas nos recuerdan que el estudio de la política —o integración— no es precisamente acerca de agentes con preferencias fijas que interactúan en intercambio estratégico. Buscan más bien explicar teóricamente ambos: el contenido de las identidades/preferencias del actor y los modos de interacción social».<sup>25</sup> Considera Checkel a continuación dos áreas en las que el constructivismo puede contribuir al estudio de la integración: 1) los procesos de aprendizaje y socialización en el nivel europeo, sosteniendo que, frente a las identidades fijas, «los intereses e identidades del agente son configurados a través de la interacción»;<sup>26</sup> y 2) el aspecto normativo de la europeización en el nivel nacional; las normas sociales (menos formalizadas) son vistas como compartidas comprensiones colectivas con exigencias de comportamiento para los actores: ¿mediante qué procesos se constituyen?, ¿cómo, alcanzado el nivel nacional, interactúan y socializan a los agentes? Finaliza Checkel recordando que «los rompecabezas más interesantes están en el nexo donde intersectan estructura y agentes».<sup>27</sup>

La parte II nos presenta diversas perspectivas constructivistas en los estudios de integración europea. Se trata de estudios de aplicación del constructivismo social a temas más delimitados y específicos, llevando a cabo cierto grado de análisis empírico. Así se va dibujando «en la práctica» el constructivismo social, aunque los autores se remontan de vez en cuando a cierto nivel teórico. Díez explora el rol del lenguaje en la construcción de la UE: «he argüido que el lenguaje hace más que describir; que todos nuestros

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>24</sup> CHECKEL, J.T., «Social Construction and European Integration» en CHRISTIANSEN, T., JORGENSEN K.E. y WIENER A. (eds.), *op. cit.*, p. 50.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 62.

relatos del mundo (y por tanto de la gobernanza europea) están incorporados en ciertos discursos; que el significado de las palabras depende de su contexto discursivo; que este contexto no es rígido, sino que está en constante, aunque lento, flujo; y que la reciente transformación del contexto discursivo posibilita la construcción de Europa como una “red”.<sup>28</sup> Fierke y Wiener, por su parte, nos recuerdan que «los constructivistas han cuestionado el presupuesto racionalista de intereses exógenamente dados, argumentando que los intereses son construidos en circunstancias históricas específicas, esto es, un contexto de normas sociales y culturales configura la identidad y el comportamiento del actor».<sup>29</sup> En su trabajo «Discursos de Globalización e Identidades Europeas» nos ofrece Rosamond una apretada formulación sintética del constructivismo centrada en los juegos entorno/intereses, agentes/estructura (entorno) e identidades/entorno y de la globalización.<sup>30</sup>

La Parte III está dedicada a un debate de fondo. Desde el racionalismo y el intergubernamentalismo liberal Moravcsik expresa su decepción con el constructivismo debida a la falta de voluntad de éste de someter sus proposiciones a cualquier riesgo de falseamiento empírico, lo que a su juicio se debe a la ausencia de dos elementos críticos de las ciencias sociales: 1) hipótesis distintas contrastables; y 2) métodos para contrastarlas contra teo-

<sup>28</sup> DÍEZ, T., «Speaking “Europe”: The Politics of Integration Discourse» en CHRISTIANSEN, T., JORGENSEN, K.E. y WIENER, A. (eds.), *op. cit.*, p. 96.

<sup>29</sup> FIERKE, K.M. y WIENER, A., «Constructing Institutional Interests: EU and NATO Enlargement», en CHRISTIANSEN, T., JORGENSEN, K.E. y WIENER, A. (eds.), *op. cit.*, p. 123.

<sup>30</sup> ROSAMOND, B., «Discourses of Globalization and European Identities» en CHRISTIANSEN, T., JORGENSEN, K.E. y WIENER, A. (eds.), *op. cit.*, p. 164. «La proposición constructivista básica, como lo hace notar Checkel, es que se le da significado al entorno en el que operan los actores por medio de los procesos de construcción social en curso. Esto quiere decir que hay conexión inherente entre la construcción social del entorno “externo” y los intereses que adquieren los actores (Checkel 1998: 325-6). Los intereses se conciben mejor como endógenos, y no exógenos, a la interacción. Los constructivistas tratan de diluir la oposición entre agentes y estructura. Los intereses de los agentes no son estructurados por su entorno. Ellos ayudan a hacer su entorno y su entorno ayuda a hacerles a ellos. El entorno dentro del que los actores operan es una estructura intersubjetiva que también contribuye a la creación de normas que gobiernan el comportamiento y los límites de lo posible (Wendt 1992, 1994). Esto quiere decir que no solo los intereses, sino también las identidades están ligadas a estos procesos sociológicos. “Nosotros” somos lo que hacemos de nosotros mismos y lo que “nosotros” hacemos de nosotros mismo estará referido a lo que “nosotros” hacemos de nuestro entorno. Los tratamientos constructivistas de renglones de la política internacional tales como la “anarquía” (Wendt 1992) y el “interés nacional” (Weldes 1996) han tendido a seguir este camino. La “globalización” podría pensarse como una especie similar de estructura intersubjetiva que proporciona una poderosa racionalidad ordenadora y por tanto ayuda a crear un mundo definido por esa racionalidad ordenadora como comportamiento e identidades del actor ajustadas de acuerdo (McNamara 1997)».

rías alternativas o hipótesis nulas.<sup>31</sup> Por su parte, Steve Smith, desde el reflectivismo, va a negar al constructivismo, por un lado, el «punto medio» («*middle ground*»)<sup>32</sup> y, por otro, la unidad: hay muchos constructivismos sociales. En el último capítulo del libro les responden Thomas Risse y Antje Wiener. Frente a Smith defienden el *middle ground* del constructivismo social en el sentido que comparte con el racionalismo la epistemología (búsqueda de la verdad y creencia en la posibilidad de generalización causal en forma de teorías de alcance medio), pero no la ontología; mientras que respecto al reflectivismo comparte la ontología (comprensiones sociales y sistemas de significados), pero no la epistemología. Respecto a las críticas de Moravcsik hacen varias puntualizaciones: 1) el presente libro no trataba de «contrastar hipótesis»; 2) Moravcsik entiende mal el constructivismo social, que no pretende presentar una alternativa a las teorías substantivas de Relaciones Internacionales o de integración europea, sino que es una aproximación meta-teórica, que ofrece una ontología; y 3) sorprende el cargo de Moravcsik de que en este libro no hay una sola proposición formulada de modo que pueda ser declarada empíricamente inválida; las hay en Checkel, Rosamond, Marcusse et al.

En Conclusión, Christiansen, Jorgensen y Wiener editaron en *The Social Construction of Europe* una obra seminal para el intento de aplicar el constructivismo social a la integración europea. Reconocieron al mismo tiempo el desarrollo aún incipiente de éste y lo mucho que quedaba todavía por hacer intelectualmente en el esfuerzo por aplicarlo a los estudios de integración europea, a los que creían poder contribuir con aportes relevantes desde la nueva aproximación.

## 2. El debate racionalismo-constructivismo

El debate entre constructivistas sociales y racionalistas continuó: «¿Qué forma tendrían las hipótesis constructivistas empíricamente contrastables sobre integración europea y cuáles son los retos metodológicos implicados en su contrastación?» se pregunta Checkel ante las críticas de Moravcsik.<sup>33</sup> Sugiere entonces analizar el rol de la socialización y, tras distinguir en ella la persuasión manipulativa de la argumentativa, formula cinco proposicio-

---

<sup>31</sup> MORAVCSIK, A., «Constructivism and European Integration: A Critique», en CHRISTIANSEN, T., JORGENSEN, K.E. y WIENER, A. (eds.), *op. cit.*, p. 185.

<sup>32</sup> SMITH, S., «Social Constructivisms and European Studies», en CHRISTIANSEN, T., JORGENSEN, K.E. y WIENER, A. (eds.), *op. cit.*, p. 191.

<sup>33</sup> CHECKEL, J.T. y MORAVCSIK, A., «A Constructivist Research Program in EU Studies», *European Union Politics*, 2, 2, 2001, p. 219.

nes o hipótesis respecto a esta última.<sup>34</sup> «El reto es medir la persuasión/socialización y el (posible) cambio de preferencias»,<sup>35</sup> para lo que propone usar como método básico el trazado del proceso (*process-tracing*) y tres técnicas: entrevistas, análisis cualitativo de contenido y consulta de registros documentales. Reconoce Checkel que, aunque se lleva más de treinta años trabajando los efectos socializadores del proyecto europeo, queda mucho por hacer metodológicamente e incluso conceptualmente y con su aproximación espera contribuir a rectificar algunos problemas concernientes a las condiciones iniciales y a los procesos específicos promotores de la socialización: cuando, en qué condiciones, mediante qué mecanismos ocurre.

¿Las hipótesis y la metodología propuestas ahora por Checkel resuelven los problemas de la investigación constructivista que Moravcsik criticó?<sup>36</sup> Éste precisa que «lo que distingue los análisis racionalistas de los constructivistas no es el mero hecho de que los actores estatales y sociales tengan ideas consistentes con sus acciones, sino la independencia causal de esas ideas —su fuente, variación y la naturaleza de su vínculo con la política—». <sup>37</sup> Aunque hay no poco laudable en las cinco hipótesis concretas de Checkel, a juicio de Moravcsik no son distintivas del constructivismo, faltando una teoría constructivista suficientemente fuerte y distinta, que la metodología de trazado del proceso (*process tracing*) no es capaz de suplir. Tampoco la dicotomía entre persuasión manipulativa y argumentativa es conceptualmente satisfactoria. «Desgraciadamente, al final —y en gran parte precisamente porque se impone a sí mismo exigencias teóricas y metodológicas más altas que las que aceptan sus compañeros constructivistas— Checkel es incapaz de mantener sus promesas», concluye Moravcsik.<sup>38</sup>

Tratando de hacer un balance del debate y de establecer puentes entre constructivistas y racionalistas, Checkel escribe una réplica: «En un punto

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 222. Las cinco proposiciones o hipótesis sobre la persuasión argumentativa (pa) son: 1) la pa es más efectiva probablemente cuando el persuadido está en un nuevo e incierto entorno; 2) la pa es más efectiva probablemente cuando el persuadido tiene pocas creencias previas inconsistentes con el mensaje del persuasor; 3) la pa es más efectiva probablemente cuando el persuasor es un miembro autoritativo del grupo al que pertenece el persuadido; 4) la pa es más efectiva probablemente cuando el persuasor no da lecciones o exige, sino que actúa desde principios deliberativos; y 5) la pa es más efectiva probablemente cuando la interacción persuasor-persuadido ocurre en contextos menos politizados y más aislados.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 226: «I criticized constructivist research on European integration for its paucity of distinctive testable hypothesis and objective methods for testing those it has against the best alternative theories or a null hypothesis (random state behavior)».

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 227 y 230.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 239.

fundamental estamos de acuerdo Moravcsik y yo, en que se necesita una atención sostenida al desarrollo de la teoría substantiva para que los análisis constructivistas de la integración puedan avanzar; el reto es bajarlos de las “nubes” meta-teóricas y socio-teóricas. No estamos de acuerdo acerca del alcance de mis esfuerzos en esa dirección; Moravcsik presenta el intento como un estrellarse al aterrizar; yo lo veo como un descenso controlado, necesitado de ciertas correcciones del curso, pero encaminado a una llegada segura». <sup>39</sup> Especifica a continuación tres puntos de acuerdo. 1) las proposiciones de alcance medio son el camino de avance; 2) necesidad de altos estándares metodológicos y de metodologías de investigación transparentes; y) mis hipótesis se solapan parcialmente con las de los racionalistas, y dos de desacuerdo: 1) conceptualización de la persuasión; y 2) sobre la posibilidad y necesidad de medir las preferencias de los agentes sociales. En definitiva, ¿qué clase de teorías de alcance medio necesitamos? Moravcsik comenzaría especificando hipótesis claras y preferentemente derivadas deductivamente. El estilo de análisis es el del «gladiador». «Yo favorecería hipótesis de alcance medio construidas mediante un juego creativo entre deducción e inducción». <sup>40</sup> Las críticas de Moravcsik nos ayudan a salir de las «nubes», aunque discrepemos acerca de cómo llegar al destino final, concluye Checkel.

#### IV. Tendiendo puentes entre constructivismos sociales

Los grandes debates del constructivismo con otras aproximaciones, así como dentro del mismo, fueron perdiendo fuerza en un ambiente intelectualmente más pluralista y con una actitud de tender puentes. <sup>41</sup> Al mismo tiempo se iba consolidando como uno de los enfoques imprescindibles tanto en las Relaciones Internacionales como en los estudios de integración europea. En éstos se fue desarrollando sobre todo, como ya se ha mencionado, una de las variantes más moderadas, el constructivismo social, según Risse:

«basado sobre una ontología social que insiste en que los agentes humanos no existen independientemente de su entorno social y sus sistemas de significados compartidos colectivamente (cultura en sentido amplio)... El punto crucial es que los constructivistas insisten en la mutua *constituidad* de estructuras y agentes sociales (Adler 1997: 324-5; Wendt 1999:

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 243.

<sup>41</sup> JACHTENFUCHS, M., «Deepening and widening integration theory», *Journal of European Public Policy* 9:4, 2002, pp. 651 y 654.

cap. 4). El entorno social en el que nos encontramos define (constituye) quienes somos, nuestras identidades como seres sociales. “Nosotros” somos seres sociales, incorporados en varias comunidades sociales relevantes. Al mismo tiempo, los agentes humanos creamos, reproducimos y cambiamos la cultura mediante nuestras prácticas diarias». <sup>42</sup>

No se trata, como ya se indicó, de otra teoría substantiva de la integración, sino de una aproximación ontológica y epistemológica —a la integración europea en nuestro caso— ni pretende substituir a otras aproximaciones, sino complementarlas, destacando que los intereses de los actores se van haciendo en el proceso, no son exógenos. La pertenencia a la UE cuenta (*matters*): «los constructivistas enfatizan que la UE afecta profundamente a las prácticas discursivas y de comportamiento, que ha devenido parte del “mobiliario social” con el que los actores sociales y políticos tienen que tratar diariamente». <sup>43</sup> Se pasa de la lógica del «conseguidismo» (*consequentialism*) a la lógica de lo apropiado (*appropriateness*).

También Checkel ve el constructivismo como «una orientación analítica particular», aplicada a Europa en el presente caso, aunque posibilita al mismo tiempo iluminar cuestiones más generales. Distingue tres variantes de constructivismos sociales. El constructivismo convencional «examina el rol de las normas, y en menos casos la identidad, que configuran los resultados políticos internacionales»; <sup>44</sup> tiene una orientación epistemológica positivista y su punto de partida metodológico es el estudio de casos cualitativos de trazado del proceso; aboga por la construcción de puentes. El constructivismo interpretativo «explora el rol del lenguaje que media y construye la realidad social»; <sup>45</sup> propugna epistemologías post-positivistas. El constructivismo crítico/radical «mantiene el foco lingüístico, pero añade una dimensión explícitamente normativa». <sup>46</sup> Otra rama del constructivismo post-positivista sería el habermasiano, que estudia Europa en términos de deliberación y legitimidad.

Los constructivistas convencionales que estudian Europa están orientados empíricamente y con frecuencia al trazado del proceso (*process*

<sup>42</sup> RISSE, T., «Social Constructivism and European Integration» en WIENER, A. y DÍEZ, T. (eds.), *European Integration Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2009 (2.ª ed.), pp. 145-146. Puede verse SCHWOK, R., *Théories de l'intégration européenne*, Montchrestien, Paris, 2005, pp. 112ss.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>44</sup> CHECKEL, J.T., «Constructivism and EU Politics», en JORGENSEN, K.E.; POLLACK, M. y ROSAMOND, B. (eds.), *Handbook of European Union Politics*, Sage Publications, London, 2006, p. 58.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *Ibid.*

*tracing*),<sup>47</sup> pero la orientación empírica se paga con falta de claridad epistemológica; el trazado del proceso entra en contradicción con epistemologías interpretativas que están en el núcleo de la teoría constructivista. Existe un auténtico problema con el positivismo: «los constructivistas convencionales necesitan explicar más cuidadosamente sus supuestos metodológicos»,<sup>48</sup> para lo que podrían ayudarles los constructivistas interpretativos y los crítico/radicales. Es necesario complementar las metodologías positivistas con otras basadas en técnicas interpretativas, por ejemplo, tomando en serio el lenguaje o la argumentación, como algunos ya lo han hecho.

Dos grandes carencias son denunciadas por Checkel. La primera respecto al poder, que ha desaparecido, especialmente en los constructivistas convencionales y los habermasianos estudiosos de la deliberación. Hay que buscarlo de nuevo y reintroducirlo, tanto epistemológicamente, para lo que podrían ayudar las intuiciones del constructivismo interpretativo y crítico/racional, como académicamente, para lo que debería mirarse a la teoría de las Relaciones Internacionales. La segunda carencia se refiere al olvido de lo doméstico y nacional, que los constructivistas de la UE deberían integrar dinámicamente, yendo arriba y abajo a través de los diferentes niveles, enfatizando la simultaneidad de lo internacional y lo doméstico.

Finalmente se señala que una «comunidad constructivista» es una especie de oxímoron, pues no existen ni es fácil que existan entre los constructivistas que estudian Europa estándares comunes, especialmente respecto a la epistemología y la metodología. Hacia el futuro se abren dos caminos: a) dejar que continúen las tendencias presentes; o b) construir puentes dentro de la comunidad de académicos constructivistas. Checkel aboga por un pluralismo conceptual y meta-teórico en el estudio constructivista de Europa —no por la unidad—. <sup>49</sup>

Los constructivistas estudiosos de la Unión Europea han desarrollado sobre todo tres problemáticas conceptuales: la socialización y el aprendizaje, la construcción social de una identidad europea y el constructivismo estratégico como reacción a la falta de consideración del poder, problemáticas constructivistas que continúan sometidas a importantes desafíos cuando

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 59. «El método de trazado del proceso (*process tracing method*) intenta identificar el proceso causal interviniente —la cadena causal y el mecanismo causal— entre una variable (o variables) independiente y el resultado de la variable dependiente. ... El trazado del proceso fuerza al investigador a tener en cuenta la equifinalidad, esto es, a considerar vías alternativas a través de las cuales el resultado podría haber ocurrido y ofrece la posibilidad de dibujar un mapa de la o de las potenciales vías causales consistentes con el resultado y la evidencia del trazado del proceso en un único caso (Bennet y George, 2005: 206-7)».

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 70.

intentan afrontar ciertas críticas formuladas desde las Relaciones Internacionales.<sup>50</sup>

## V. Estudios empíricos sobre identidad(es) europea(s)

Los constructivistas sociales fueron bajando de las nubes meta-teóricas y aumentaron notablemente los estudios empíricos, entrando así en la «ciencia social normal».<sup>51</sup> Al final del primer decenio del siglo XXI, Harnisch estimaba que el gran número de estudios empíricos desde el constructivismo había realizado una contribución propia a la mejor comprensión de la política internacional: 1) haciendo patente la constitución mutua de actores y estructuras; 2) tematizando el significado constitutivo de las construcciones sociales para las identidades/roles de los actores, su definición de intereses y sus actuaciones; y 3) mostrando la posibilidad de modelar la transformación de normas, identidades, etc. a través de la acción comunicativa.<sup>52</sup> Señalaba también los ámbitos privilegiados por estos estudios empíricos constructivistas: política de seguridad, derechos humanos, transformación del efecto constitutivo de la norma de soberanía para las relaciones internacionales, aprendizaje en política internacional, construcción de comunidades epistémicas y socialización de los actores internacionales en las comunidades e instituciones existentes, principalmente en la Unión Europea.

El tema de la identidad europea muy pronto llegó a ser objeto de estudio de las aproximaciones constructivistas sociales, pues parecía responder bien a la ontología y epistemología de éstas así como a sus recientes necesidades y tendencias empíricas.<sup>53</sup>

Checkel y Katzenstein abogan por una perspectiva multidisciplinar. Entienden las identidades sociales y políticas como «representaciones compartidas de un yo mismo (*self*) colectivo en cuanto se reflejan en el debate público, los símbolos políticos, las memorias colectivas y la competición de las elites por el poder. Consisten también en creencias colectivas acerca de

<sup>50</sup> SAURUGGER, S., *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris, 2009, pp. 176 y 190.

<sup>51</sup> RISSE, T., *op. cit.* p. 158.

<sup>52</sup> HARNISCH, S., *op. cit.*, p. 110.

<sup>53</sup> Ya en 2004 Risse reiteraba tres puntos —posteriormente añadiría el cuarto— respecto a la investigación en curso sobre la identidad europea: 1.º) la identidad europea asume una posición central en el relato constructivista; 2.º) se destacan los efectos constitutivos de la europeización sobre las identidades sociales; 3.º) importancia de analizar la construcción discursiva de los significados; y 4.º) baja probabilidad de que las identidades sociales permanezcan fijas por largo tiempo (RISSE, T., *op. cit.*, pp. 155-156).



la definición del grupo y de la pertenencia a él, que son compartidas por la mayoría de los miembros. Entendemos que las identidades son reveladas por las prácticas sociales así como por las actitudes políticas, configuradas por las estructuras sociales y geográficas y los contextos nacionales». <sup>54</sup> Su evolución es el resultado de un proceso social abierto y de proyectos políticos específicos y existen en plural. Checkel y Katzenstein adoptan una aproximación constructivista crítica para el estudio de las identidades, resaltando la importancia de la política y de la politización, «un proceso que hace que las cuestiones formen parte del juego político (*politics*)». <sup>55</sup> Cuando se reacciona a retos o amenazas planteados por otros, la identidad de la Unión Europea suele ser percibida como «una comunidad de valores compartidos», mientras que cuando el reto consiste en crear algo propio, Europa se suele revelar como «una comunidad de extraños». <sup>56</sup> Hoy las identidades europeas están abiertas y son plásticas a múltiples interpretaciones, emergiendo de la mezcla y confluencia de variedad de procesos y proyectos. Su estudio requiere otra clase de aproximaciones académicas y de rigor analítico «más preocupado con explicar la dinámica de la identidad que de ajustarla a marcos teóricos preconcebidos». <sup>57</sup>

También Risse ha estudiado desde una perspectiva constructivista social la emergencia de una identidad y de una esfera pública europeizadas. Desde una epistemología constructivista aplica una metodología positivista mode-

---

<sup>54</sup> CHECKEL, J.T. y KATZENSTEIN, P.J. (eds.), *European Identity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 4.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 214. Dario Castiglione titula su trabajo en este mismo libro «Political identity in a community of strangers» argumentando que «la construcción de la identidad política europea no necesariamente descansa en una definida concepción de lo que es ser europeo. Esto por dos razones: una relativa a la transformación de la propia concepción de la identificación política con la propia comunidad de uno en los tiempos modernos, y la otra a la naturaleza mixta de la Unión Europea como una *politeya* multinivel...» (p. 29). Para Castiglione la identidad política contiene dos formas distintas: identificación y lealtad, cuya relación estudia en diferentes concepciones, remitiéndose él mismo a la paradoja que se expresa en la idea de «comunidad de extraños». «... la Unión Europea debe cultivar su identidad política ... en el más banal sentido de percepción creciente de los ciudadanos que la Unión contribuye a un orden fundamental (aunque multinivel) institucional y legal dentro del que pueden ejercer la libertad» (...) «la solución podría estar más en imaginar cómo un espacio político entrelazado puede necesitar sistemas entrelazados de confianza, solidaridad y lealtades: ninguna de las cuales necesita ser absoluta» (p. 51). La falta de puentes y los desajustes entre el proyecto de identidad europea de las elites y las preocupaciones de los ciudadanos (Díez Medrano), las líneas divisorias de clase en las pautas de cultura y de interacciones transnacionales (Fligstein) y las diferentes identificaciones y sus cambios producidos por la politización-despolitización de la integración europea (Kaelbe), estudiadas también en este libro, son muestras de los conflictos de esta comunidad de extraños.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 227.

rada, destacando la constitutividad sobre la causalidad e ideando y proponiendo ingeniosos indicadores.

«La europeización de las identidades (nacionales)” se refiere a la medida en que las referencias a Europa y a la UE han sido incorporadas en las construcciones de identidad nacionales y otras. La europeización de las identidades es diferente de las “identidades europeas”». <sup>58</sup> El autor elabora conceptual y metodológicamente las identidades sociales desde el constructivismo: procesos de identificación social —parte del «yo» que pertenece a un más amplio «nosotros»—, identidades múltiples —separadas, cruzadas, anidadas y mezcladas—, contenido substantivo, límites de la comunidad y cambios de identidad. Después trata de medir la emergencia de las identidades europeizadas en los ciudadanos de a pié y en las elites y de explicarlas desde el constructivismo, que internaliza las identidades, intereses e instituciones y resalta los efectos constitutivos: «la evidencia es creciente que más de cincuenta años de integración europea han tenido efectos constitutivos en las identidades de la gente, conduciendo a la europeización de las identidades nacionales y a la emergencia de la identificación con Europa como una identidad secundaria. Sin embargo, esta europeización de identidades varía de unos a otros países (e incluso regiones) y está mitigada por los discursos y narrativas de la elite». <sup>59</sup>

De modo similar «una esfera pública europea transnacional emerge a través de la europeización de esferas públicas nacionales especialmente. Además, una esfera pública europea es un constructo social en el sentido que emerge en el proceso a través del cual los europeos se comprometen mutuamente y debaten asuntos de común interés europeo a través de las fronteras». <sup>60</sup> Para la conceptualización de las esferas públicas transnacionales Risse toma de Habermas dos criterios normativos: a) que sea pública, es decir, abierta a la participación; y b) la posibilidad de cuestionar la autoridad pública, y desarrolla indicadores empíricamente observables de ellos para una esfera pública europea, que siguiendo a Habermas entiende como «una esfera política pública que posibilita a los ciudadanos posicionarse al mismo tiempo sobre los mismos tópicos de la misma relevancia». <sup>61</sup> De la revisión de las evidencias empíricas concluye Risse que la visibilidad y semejanza de los ciclos de cuestiones han crecido en los decenios de 1990 y 2000, mientras que los hallazgos respecto a los marcos de referencia y estructuras de significado son ambivalentes. Estamos viendo cómo va hacién-

<sup>58</sup> RISSE, T., *A Community of Europeans? Transnational Identities and Public Spheres*, Cornell University Press, Ithaca, 2010, p. 9.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 11. Ver, también, p. 125.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 116.

dose una comunidad de comunicación, aunque de modo desigual y a veces segmentado, y se reivindican los efectos constitutivos: «desde la perspectiva constructivista aquí adoptada... la emergencia de esferas públicas europeizadas y comunidades de comunicación *constituye* una *politeya* (*polity*) o refleja la emergencia de una *politeya*. Cuanto Europa más impacta en casa, más cuestiones europeas devienen politizadas y parte de una política doméstica europeizada y más emerge una “comunidad de extraños” como una *politeya* reflectora de si misma (Castiglione, 2009, parafraseando a Habermas 1996a)». <sup>62</sup>

En la parte III del libro se invierte la dirección: las anteriores variables dependientes —identidades y espacio público europeizados— se consideran variables independientes y se trata de analizar sus efectos en la construcción institucional europea. Advierte el autor que no deberíamos esperar efectos políticos directos de las identidades, ni explicaciones simples y que necesitamos distinguir los efectos constitutivos de los más directos causales. Pasa entonces a estudiar la opinión pública popular y los discursos de la elite tratando de examinar «las consecuencias de las identidades y esferas públicas europeizadas (o su falta) para la “profundización” de la UE, es decir, las cuestiones institucionales concernientes al alcance y nivel de la integración europea». <sup>63</sup> Posteriormente se hace algo semejante respecto a la «ampliación» de la UE —«las luchas de identidad asumen un papel central»— y a la democracia europea: «aunque algún grado de integración social y un sentido de comunidad son ciertamente condiciones para una *politeya* democrática, tal espíritu de comunidad no existe fuera del propio proceso político. Las identidades colectivas se construyen a si mismas constantemente y rectifican en el discurso político. La identidad europea no es excepción. Cuanto más cuestiones europeas de común interés son debatidas en las esferas públicas transnacional y europeizada, tanto más se está creando un sentido europeo de comunidad. Esto es lo que hemos observado en los pasados quince o veinte años». <sup>64</sup>

En las «Conclusiones: defendiendo una Europa moderna» Risse enfatiza la necesidad de una politización gradual para afrontar el déficit democrático, que a su juicio no es, sin embargo, primariamente resultado de la falta de identidades y de esferas públicas transnacionales europeizadas, sino más bien de la incongruencia entre el nivel UE, donde tiene lugar la elaboración de políticas —políticas sin política—, y los niveles nacionales, donde tiene lugar el juego político —política sin políticas—.

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, pp. 173-174.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 202.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 229-230.

## VI. Reintroduciendo el poder

Desde hacía algún tiempo se echaba en falta el tratamiento del poder en las aproximaciones constructivistas, aunque el constructivismo estratégico lo había afrontado de algún modo.<sup>65</sup> Holtz y Von Dahlern lo han hecho recientemente. Sus hipótesis de trabajo son que el poder y la cultura se condicionan mutuamente y por tanto se necesita investigar hasta donde llega ese condicionamiento; que el intercambio funcional entre el poder y la cultura muestra rasgos constructivistas; además se investiga el fundamento que contribuye a la constitución de relaciones de poder o de mecanismos reguladores culturales.<sup>66</sup> El trabajo tiene un denso contenido teórico, aunque se analizan también con fines aclaratorios diversos casos prácticos. Se aboga por una aproximación interdisciplinar y cierta cautela ante las tendencias positivistas: «Las siguientes reflexiones se comprenden, por tanto, más bien como enriquecimiento funcional del discurso de la cultura en conexiones científico-políticas. La argumentación en conjunto no es estricta, sino que adrede se abre a senderos adyacentes para la iluminación de especiales aspectos teóricos y prácticos».<sup>67</sup>

Tras explorar las muy complejas y variadas conceptualizaciones de la(s) cultura(s)<sup>68</sup> y del poder —«se trata a continuación de los influjos sobre el espacio social y las personas que en él se mueven»—,<sup>69</sup> se interesan sobre todo por las conceptualizaciones que incluyen el substrato cultural y se adentran en el constructivismo, entendido como una meta-teoría, aplicable a diversos ámbitos, entre ellos el de las Relaciones Internacionales. Lo esencial del constructivismo es apuntar más allá de la realidad física, que por sí misma no dice mucho, asignándole significado para poder percibirla, orientarnos y ordenar la correspondiente *fisis*.<sup>70</sup> Sin embargo, el constructivismo social, a diferencia del radical, no niega la realidad material, que está subordinada a la realidad interpretada, y en este sentido puede entenderse «como la ciencia del significado atribuido». Se puede categorizar tendencialmente el constructivismo por tres direcciones: a) la resocialización de la naturaleza y

<sup>65</sup> SAURUGGER, S., *op. cit.*, pp. 182-187.

<sup>66</sup> HOLTZ, A. y VON DAHLERN, N., *Kultur, Macht, Politik. Konstruktivismus und die politische Beziehung von Kultur und Macht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2010, p. 18.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 30: «La cultura se basa en la mediación e interacción sociales; actúa colectivamente y fundando identidad; se muestra material e inmaterialmente (lenguaje y significado); proporciona símbolos, crea significados (asignaciones), reduce la inseguridad como sistema de orden; actúa guiando la acción en la repetición performativa; asegura una continuidad en la historicidad; se transforma dinámicamente en el sentido de un proceso continuo».

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 100.

la desnaturalización de lo social; b) la reidealización del mundo; y c) norma y cultura, y según Holtz y Von Dahlern es especialmente apto para el análisis de las intersecciones de cultura y poder. En las Relaciones Internacionales «siempre se debe preguntar qué comprensiones intersubjetivas son dominantes, por tanto tienen poder para formar estructuras e identidades»,<sup>71</sup> comprensiones intersubjetivas que a su vez son producidas dentro de esas estructuras.

La identidad es estudiada por Holtz y Von Dahlern como construcción cultural y mecanismo de poder, aclarando que entre las identidades (sobre todo grupales) y las relaciones de poder existe un determinado nexo, que radica en diversos intereses e ideas; el nacimiento de ideas es una tendencia humana genuina, basada en la capacidad humana para valorar hechos, y el esquema de valoración aplicado viene determinado por un sistema de coordenadas culturales para la orientación, que el ser humano hace suyo en las correspondientes situaciones. «Este nexo entre identidad y poder para la influencia del sistema de coordenadas culturales se puede transcribir como política de identidad».<sup>72</sup>

Después de analizar en los capítulos siguientes diversos casos de cultura en la práctica política concluyen Holtz y von Dahlern: «Fundamentalmente se ha mostrado que el análisis de situaciones políticas concretas mediante una aproximación interdisciplinar con un fuerte foco en el ámbito cultural siempre es enriquecedor...fundamentalmente debe subrayarse también una vez más que el marco conceptual constructivista solo puede desarrollar sentido en la aplicación concreta».<sup>73</sup>

Kratochvíl y colaboradores han tratado y puesto de manifiesto con sensibilidad y sutileza las relaciones de poder en Europa llevando a cabo finos análisis empíricos desde el constructivismo. En el continuado debate entre constructivistas y racionalistas critican los intentos de acercar posiciones tanto de «los constructores de puentes» como de «los ópticos» con sus «lentes analíticas», porque ambos mantienen separadas las dos aproximaciones, que sin embargo es posible combinar, moverse de una a otra o emplearlas simultáneamente. Elaboran una tipología de cuatro combinaciones de constructivismo y racionalismo para el estudio de las relaciones UE-participantes externos, que aplican al estudio de la política europea de vecindad (Ucrania, Moldova y Georgia) y detectan en estos países el cambio desde la política de identidad (deseo de unirse a Europa) a la política de pragmatismo (obtención de beneficios), explicando este giro pragmático por la influencia del actor más poderoso —la Comisión Europea— que «ha sido

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 252.

capaz no solo de influir la orientación normativa de los participantes más débiles, sino también de inducir un cambio desde la política basada normativamente a la aproximación conducida por el interés». <sup>74</sup>

En un artículo posterior Kratochvíl y otros colaboradores de la Universidad de Praga han explorado el poder de la UE para enmarcar los debates sobre acción exterior de los Estados miembros: ¿se ve a la UE como un actor mayor en las relaciones exteriores de los Estados Miembros individuales? Llevan a cabo un análisis del discurso de algunos de los periódicos más importantes de Alemania, Francia y el Reino Unido en la cobertura del caso de Ucrania (2002-2007), que confirma la percepción de la UE como el principal actor en la mayoría de los 1901 artículos examinados, concluyéndose «que la UE está fuertemente presente en el discurso público sobre política exterior de estos países y que frecuentemente ocupa un lugar incluso más preeminente que los Estados Miembros de la UE individualmente». <sup>75</sup>

## VII. Algunas reflexiones

A finales del siglo XX el constructivismo cuestionó la corriente dominante en las Relaciones Internacionales y en la política exterior de los Estados Unidos, basadas tradicionalmente en el individualismo racionalista y el poder realista y aportó una nueva visión. No supuso, sin embargo, una novedad semejante en las aproximaciones y teorías de la Unión Europea y en la visión política internacional de ésta. No es que Europa históricamente no hubiese teorizado y practicado el egoísmo, el poder y las crudas ambiciones entre Estados soberanos —ahí están el modelo westfaliano, el nacionalismo y el colonialismo—, pero sus catastróficas consecuencias impulsaron después de la II Guerra Mundial cierta crítica teórica y sobre todo un nuevo proyecto político: las Comunidades Europeas, al que no eran aplicables sin correcciones fundamentales el puro realismo materialista y el individualismo egoísta del racionalismo. Así lo detectaron muy pronto incluso algunos de los primeros grandes teóricos norteamericanos o euro-norteamericanos de la integración europea como Haas, Deutsch y Stanley Hoffmann.

Los buenos tiempos de la CE/UE, en los que disfrutó de paz, prosperidad, democracia y Estado de Bienestar, generaron el llamado consenso

---

<sup>74</sup> KRATOCHVÍL, P. y TULMETS, E., «Constructivism and Rationalism as Analytical Lenses: The Case of the European Neighbourhood Policy», *Politics in Central Europe*, 6 (June 2010) 1, p. 37.

<sup>75</sup> KRATOCHVÍL, P.; CIBULKOVÁ, P. y BENÍK, M., «The EU as a “Framing Actor”»: Reflections on Media Debates about EU Foreign Policy», *Journal of Common Market Studies*, 2011, Vol. 49, N.º 2, p. 408.

permisivo y un bajo nivel de politización de una integración europea sin grandes exigencias ni mayores costes para los ciudadanos. Sin embargo, a finales del siglo XX y comienzos del XXI, profundos y vertiginosos cambios científicos y tecnológicos, económicos y financieros, sociales e internacionales trajeron enormes desafíos para la Unión Europea y pusieron de manifiesto sus debilidades e insuficiencias para competir en un mundo globalizado con poderosos actores emergentes y para avanzar hacia una mayor unión política. La encrucijada se formuló con claridad diáfana: avanzar decididamente o caer en la irrelevancia exterior y la desafección interior.

En el último decenio, la deriva europea ha sido crecientemente intergubernamental y realista y además con poderosos rebrotes nacionalistas, junto con el crudo predominio de los «mercados», la erosión del Estado de Bienestar y el incremento de las desigualdades sociales, la pérdida de profundidad y vigor de la democracia y la hegemonía del pensamiento natural-tecnocrático. Es necesario reivindicar hoy la deconstrucción de ese constructo anticomunitario y la reconstrucción actualizada de las ideas y valores que dieron origen y fundamentan las Comunidades Europeas/Unión Europea y son constitutivas de ella. Europa en crisis y en cambio puede y debe engendrar nuevas ideas, identidades e intereses, constitutivos de ciudadanos europeos capaces de afrontar el desafío de construir una Europa renovada en un mundo globalizado.

Las relaciones interestatales y de poder probablemente van a seguir siendo todavía predominantes en las formas institucionales de los próximos años, pero a fin de que el proyecto europeo sobreviva e influya en la configuración de la globalización de acuerdo con nuestras ideas, valores, identidades e intereses, y hacerlo de modo democrático y participativo, es necesario reaccionar ya. Algunos de los aportes constructivistas que hemos expuesto pueden ayudarnos: ideas compartidas, identidades e intereses de los actores y su relación mutuamente constitutiva con las estructuras ideales, sociales e institucionales; la posibilidad del cambio; la interacción entre comunidad política y formación de la identidad; el proceso en el que endógenamente se van haciendo las identidades e intereses; socialización y aprendizaje; europeización de las identidades y de las esferas públicas por un lado e identidad y esfera pública europeizadas por otro; europeización y deseuropeización; poder y cultura; relaciones de poder y mecanismos culturales reguladores; comprensiones intersubjetivas dominantes configuradoras de identidades y estructuras.

Las estructuras y el poder suelen ser determinantes en el corto plazo; en el largo, las ideas y las culturas. Constitutividad mutua de estructuras y agentes, agentes y estructuras, de poder y cultura, cultura y poder, que el constructivismo enfatiza. Hay que realizar análisis empíricos en situaciones concretas y aprovechar las ventanas de oportunidad para la acción

apropiada. La actitud, la teorización y la acción constructivistas de los actores esconden relevantes potencialidades para la humanización y democratización de las estructuras y el poder y para la construcción de una Europa política democrática en un mundo en proceso de creciente globalización. Es necesario activarlas frente a inmensos intereses y poderes en otras direcciones.



## Reflections on the concept of leadership: shared leadership in the EU and the euro crisis\*

Isabel Camisão

NICPRI [Universidade do Minho]; and Universidade de Coimbra, Portugal

**Summary:** I. Introductory remarks.—II. Reviewing the concept of leadership. 1. Defining leadership: an impossible task? 2. The singularity of EU shared leadership.—III. Leadership through the lens of European Integration Theories.—IV. The quest for *good* leadership: the importance of ethics and effectiveness and how it applies to the EU case.—V. Assessing EU leadership in the euro crisis: pragmatic, directional, or both? 1. The context: the need for reform. 2. The pragmatic dimension of leadership: strategy and measures for tackling the crisis in the short/medium term. 3. The directional dimension: a design and an integrated vision for the long-time. 4. The Franco-German tandem: a new balance of power or a matter of perception?—VI. Concluding remarks: European leadership beyond the Euro crisis.

---

**Abstract:** The EU is experiencing probably the lowest level of public support in its history. Proper political leadership is crucial to the success or failure of political entities, especially in times of crisis. Periods of crisis represent dangers, but may also represent the opportunity to reform the EU governance and its policies. This will require leaders who are able to balance pragmatic and directional leadership. This article thoroughly reviews the concept of leadership. It then focuses on the challenges presented by the singularity of the European shared leadership, concluding with a note on the importance of “adequate” leaders and timely political leadership for tackling the present Euro crisis and guaranteeing the future of the European project.

**Keywords:** European Union, leadership, crisis, reform.

**Resumen:** *La UE registra actualmente uno de los niveles más bajos de apoyo popular de su historia. Un liderazgo político adecuado resulta determinante en el éxito o el fracaso de los entes políticos, especialmente en tiempos de crisis. Los períodos de crisis representan peligros, pero también una oportunidad de reformar la gobernanza y las políticas públicas europeas. La consecución de este objetivo precisará líderes capaces de equilibrar un liderazgo pragmático con un liderazgo orientador. Este artículo explora en detalle el concepto de liderazgo para, a continuación, centrarse en los desafíos que plantea la singular característica del «li-*

---

\* Recibido 9 de mayo de 2012, aceptado el 5 de junio de 2012.

*derazgo compartido» en la UE. A modo de conclusión, se apunta la importancia, para resolver la crisis actual y garantizar el futuro del proyecto europeo, de contar con unos líderes «adecuados» dispuestos a ejercer auténtico liderazgo político en tiempo útil.*

**Palabras claves:** Unión Europea, liderazgo, crisis, reforma.

## I. Introductory remarks<sup>1</sup>

In recent years, the effects of the economic crisis have amplified the so-called European “leadership crisis”. The call for “leadership” makes the headlines of the European press. Both academics and former European leaders have been pointing their fingers to what they see as a leaderless Europe<sup>2</sup>. In fact, there is a widespread perception among European citizens that Europe lacks effective leaders to cope with the economic crisis but mostly to develop a new plan for the future. Leadership, or at least competent and timely leadership, has long been recognized as crucial for human achievement and well-being<sup>3</sup>. A good leader must be able to correctly analyse the situation and make informed decisions, while preserving the core values of the group. This is a particularly difficult task in times of crisis.

Crises are harmful and disruptive events for the organizations (and for the political systems). There is a variety of acute events that could be classified as crisis —international confrontations, acts of terrorism, natural disasters, severe economic or financial breakdowns, environmental threats, among others— but generally they all share certain key characteristics: severe threat, high uncertainty, and time pressure<sup>4</sup>. Crises are therefore unexpected, dramatic, of great magnitude, and require timely response<sup>5</sup>. Thus,

<sup>1</sup> The present work is part of an on-going post-doctoral research sponsored by the Portuguese Foundation for Science and Technology (Fundação para a Ciência e a Tecnologia).

<sup>2</sup> In a letter published in *The Guardian*, eighteen reputed academics and former European leaders (including Jurgen Habermas, Giuliano Amato, and Alfred Gusenbauer) call on current Europe’s leaders “to take over the political agenda again and develop a new plan for the future of a prosperous and united eurozone”. And they go on arguing: “We are concerned about the current state of EU politics and the long-term damage it could cause”. Accessed at <http://www.guardian.co.uk> (12.01.2012). By the same token, Helmut Schmidt, in an interview published in the *MarketWatch* (Dec. 7, 2010) explicitly states: “... in general, Europe lacks leaders. It lacks people in high positions in the national states or in the European institutions with sufficient overview of domestic and international questions and sufficient power of judgment”. Accessed at <http://www.marketwatch.com> (17.01.2012).

<sup>3</sup> GILL, R., *Theory and Practice of Leadership*, 2<sup>nd</sup> ed., ed. Sage, London 2011, p. 1.

<sup>4</sup> ‘t HART, P., ROSENTHAL, U. and KOUZMIN, A., “Crisis Decision-making: The Centralization Thesis Revisited”, in *Administration & Society*, 25 (1), 1993, p. 13.

<sup>5</sup> BASS, B.M. with BASS, R., *The Bass Handbook of Leadership: Theory Research and Managerial Applications*. 4<sup>th</sup> ed. Free Press, New York 2008, p. 837.

serious threats cannot be dealt with in routine operations<sup>6</sup>. Crisis implies the adaptation of the structure and culture of an organization or a polity. An example of such adaptation “would be the centralization of decision-making”<sup>7</sup> i.e., the concentration of power in the hands of a limited number of persons. Also, this adaptation may relate to the tendency to look for strong leadership. This explains why charismatic leadership tends to arise in times of crisis.

In effect, in troubled times leaders are expected to make decisions in unprecedented circumstances. Modern crises reflect the interdependency and interconnection of today’s world, meaning that they can rapidly escalate and become systemic. Therefore, they should be treated “as extended periods of high threat, high uncertainty, and high politics that disrupt a wide range of social, political and organizational processes”<sup>8</sup>. This seems to be the case of the on-going economic and financial crisis. Today’s leaders need to be well prepared and to expect the unexpected, because leadership in modern crises is an extremely difficult undertaking. Citizens are wary of crises, but most of the times they do not fully understand their intricacies. In the present crisis, citizens suffer directly its impact, i.e., they experience the immense costs and penalizations in their daily life; this contributes to a drastic decline in public trust in the capacity of state (and of political leaders) to perform their classic functions, namely, to protect its constituencies. As crises become more complex, more politically *salient*, and more expanded in scope, the stakes for political leaders are raised<sup>9</sup>. Policy makers need to establish that they are not responsible for the crisis, and they ought to be able to take effective measures to protect the public, limit negative effects, and compensate damages<sup>10</sup>.

Besides, leaders need to effectively communicate with their citizens. Communication, however, is a two-way process, i.e. the leader must have the capacity to communicate and explain his vision and strategy but also the capacity to incorporate in it the perceived needs of the followers. This could prove to be extremely difficult when people do not easily understand who leads, or do not recognize the positional leaders the legitimacy to lead, as appears to be the present case of the European Union (EU). Some authors even refer to a “crisis in followership”, since “in the political world, leaders appear to have fewer and fewer followers”<sup>11</sup>. It is however “the popular

---

<sup>6</sup> Vid. ‘t HART, P., ROSENTHAL, U. and KOUZMIN, A., *op. cit.*, nota 4, p. 13.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>8</sup> BOIN, A., and ‘t HART, P., “Public Leadership in Times of Crisis: Mission Impossible?”. *Public Administration Review*, September/October 2003, Vol. 63, N.º 5, 2003, p. 545.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 544.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 546.

<sup>11</sup> Vid. GILL, R., *op. cit.*, nota 3, p. 12.

perception of authority and assertiveness which largely accounts for what is meant by political leadership or the absence of it”<sup>12</sup>. Briefly, as Boin and ’t Hart assert, “crisis management has never been easy [but] leadership in the face of this sort of adversity is... precarious”<sup>13</sup>. However, the authors do acknowledge that “whether they like or not, crisis management has become a leadership issue”<sup>14</sup>.

Does a crisis provide the ideal opportunity to reform institutions and policies? Boin and ’t Hart, in particular, are very sceptical towards the “popular notion” that crisis provides key opportunities for reform. According to them, reform leadership requires overcoming the numerous barriers to institutional change in policy-making, which could become a “daunting task”<sup>15</sup>. In order to successfully “sell” the novel policy ideas and to surpass the resistance in societal, political and bureaucratic arenas, reform leaders must convince the “audiences” “that the status quo is untenable, propose a coherent set of radical and politically sanctioned reforms, and guard their integrity during reform implementation”<sup>16</sup>. Thus, they go on claiming that reform leadership is based on persuasion and could only be feasible if the reform leader is not to blame for the crisis at hand, and if he or she communicates effectively his/her personal commitment to reform: “Moreover, they must convince stakeholders that the benefits of the proposed reform outweigh the sunk costs of existing structures and policies”<sup>17</sup>. Additionally, it is important to stress that after the reform package being accepted it still needs to be implemented, a process that could turn out to be even more problematic than the agreement on the set of reforms. These difficulties become even harsher in a *sui generis* political system like the EU, based on a shared model of leadership.

The hybrid nature of the EU and the consequent necessity to accommodate in a single model the supranational and intergovernmental traits of the European construction hinder the understanding of European leadership’s intricacies. The EU has a unique power-sharing mechanism between European institutions, though the states still retain great leverage to determine the path of European integration. Also, Europe has a distinctive culture of “consensus-building”, which in several times has proven essential to grasp agreement in European negotiations<sup>18</sup>. There is, therefore, a “dispersal of

---

<sup>12</sup> CRAMME, O., “In Search of Leadership”, 2010, p. 30. Accessed at <http://www2.lse.ac.uk/europeanInstitute/events/2010-11/articles/EILSolafCramme.pdf> (12.09.2011).

<sup>13</sup> *Vid.* BOIN, A. and ’t HART, P., *op. cit.*, nota 7, p. 545.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 546.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 549.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 549.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 550.

<sup>18</sup> *Vid.* CRAMME, O., *op. cit.*, nota, 12, p. 33.

leadership potential”<sup>19</sup> which was not resolved by the last institutional reform. In fact, at least at first sight, the new institutional set-up introduced by the Lisbon Treaty seems to add complexity to the already complex puzzle of European leadership.

The above-mentioned problem is directly related with the issue of political accountability, i.e. the need to have visible leaders, and procedures that legitimize decisions and actions in the perception of European citizens. The constituencies should be able to identify who is responsible for a certain decision and who can be held accountable for the EU’s action or inaction<sup>20</sup>. But, arguably, from the citizens’ point of view, the problem with European leadership is not only a question of understanding who leads the EU; it is also a question of leadership effectiveness. Evaluating leadership effectiveness in a political entity like the EU is not simply synonymous of measuring its economic impact. It is rather a question of assessing the leader’s capacity for successfully choosing the means that bring about the desired ends, while preserving the key-values that have supported European integration over the years. If to instrumental efficacy we add an ethical dimension, the effectiveness of leadership becomes “determined by the actual short- and long- term consequences of a leader’s actions”<sup>21</sup>. These are the two interrelated senses of what some scholars called “good leadership”<sup>22</sup>.

## II. Reviewing the concept of leadership

### 1. *Defining leadership: an impossible task?*

According to Bernard Bass<sup>23</sup> leadership “makes the difference”. There are, of course, theses that undervalue the importance of leadership<sup>24</sup>. Some

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>20</sup> BERTELSMANN FOUNDATION AND CENTER FOR APPLIED POLICY RESEARCH, (eds.), “Bridging the Leadership Gap. A Strategy for Improving Political Leadership in the EU by the *Thinking Enlarged Group*”, 2002, p. 2. Accessed at [http://www.emmanouilidis.eu/download/2002\\_leadership\\_gap.pdf](http://www.emmanouilidis.eu/download/2002_leadership_gap.pdf) (15.01.2012).

<sup>21</sup> MASCIULLI, J., MOLCHANOV, M.A. and KNIGHT, W.A., “Political Leadership in Context”, in MASCIULLI, J., MOLCHANOV, M.A. and KNIGHT, W.A. (eds.), *The Ashgate Research Companion to Political Leadership*, ed. Ashgate Publishing, Farnham Surrey 2009, p. 10.

<sup>22</sup> CIULLA, J.B., “What is good Leadership”. *Working Paper*, Center for Public Leadership 2004. Accessed at [http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/55929/CPL\\_WP\\_04\\_07\\_Ciulla.pdf?sequence=1](http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/55929/CPL_WP_04_07_Ciulla.pdf?sequence=1) (25.09.2011).

<sup>23</sup> *Vid.* BASS, B.M. with BASS, R., *op. cit.*, nota 5, p. 3.

<sup>24</sup> See for example, PANDLEY, J., “Effects of leadership style, personality characteristics and methods of leader selection on members’ leaders’ behaviour”, in *European Journal of*

extreme critics contend “all the effects of leadership are a romantic fiction, existing only in the eye of the beholder”<sup>25</sup>. Others simply do not recognize the usefulness of the concept of leadership for understanding social influence<sup>26</sup>. Roger Gill<sup>27</sup> argues that the lack of consensus on what leadership is together with some practices dubiously identified as leadership have contributed to a cynical vision about the importance of leadership. However, the majority of the researchers agree that leadership, or at least good leadership, is one critical factor in the success or failure of organizations and of political entities<sup>28</sup>.

Doubtless, leadership has become a key issue, both in public and private sphere; it is, in Gill’s words<sup>29</sup>, a “hot topic for debate”. But, what is leadership? There are countless definitions of leadership that have been evolving and expanding over the years<sup>30</sup>. The literature on leadership varies along a spectrum that ranges from very detailed prescriptive fixes on how to become an “outstanding” leader to highly theoretical and complex models. The specialists tend to agree that the definition of leadership should depend on the purposes to be served, meaning that one could “adapt” the concept’s definition to the purpose of the study<sup>31</sup>. Accordingly, leadership has been defined in terms of individual traits, characteristics, skills, competences, as well as a process, a power relation, an exercise of influence, a construct, among many others. Besides, leadership research has gradually become multidisciplinary<sup>32</sup>, consequently suffering “from a lack of common language”<sup>33</sup>. Despite the great variety of definitions, as Bass maintains, “the definitions indicate a progress of thought”<sup>34</sup>. While the first definitions were essentially “leadercentric”, the more recent definitions:

“conceive leadership in terms of influence relationships, power differentials, persuasion, influence on goal achievement, role differentia-

---

*Social Psychology*, 6, 1976, pp. 475-489; MEINDL, J.R.; EHRlich, S.B. and DUKERICH, J.M., “The romance of leadership”, in *Administrative Science Quarterly*, 30, 1985, pp. 78-102.

<sup>25</sup> Vid. BASS, B.M. with BASS, R., *op. cit.*, nota 5, p. 9.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>27</sup> Vid. GILL, R., *op. cit.*, nota 3, p. 1.

<sup>28</sup> Vid. BASS, B.M. with BASS, R., *op. cit.*, nota 5, p. 10.

<sup>29</sup> Vid. GILL, R., *op. cit.*, nota 3, p. 2.

<sup>30</sup> See, for example, BASS, B.M. with BASS, R., *The Handbook of Leadership: Theory, Research, and Managerial Applications*. 4th ed., ed. Free Press, New York 2008, pp. 15-26; GILL, R., *Theory and Practice of Leadership*. 2nd ed., ed. Sage, London 2011, pp. 2-11.

<sup>31</sup> Vid. BASS, B.M. with BASS, R., *op. cit.*, nota 5, p. 25.

<sup>32</sup> Modern leadership studies draw on insights from several scientific areas, such as psychology, sociology, political science, history, organizational theory, among others.

<sup>33</sup> TERRY, R. Vid. GILL, R., *op. cit.*, nota 3, p. 3.

<sup>34</sup> Vid. BASS, B.M. with BASS, R., *op. cit.*, nota 5, p. 24.

tion, reinforcement, initiation of structure, and perceived attributions of behaviour that are consistent with what the perceivers believe leadership to be”<sup>35</sup>.

Let’s now look to some of the most well known definitions of leadership. James Macgregor Burns argues that leadership “over human beings is exercised when persons with certain motives and purposes mobilize, in competition or conflict with others, institutional, political psychological, and other resources so as to arouse, engage and satisfy the motives of followers”<sup>36</sup>. Therefore, he defines leadership “as leaders inducing followers to act for certain goals that represent the values and the motivations—the wants and the needs, the aspirations and expectations— of both the leaders and followers”<sup>37</sup> [italics in the original]. Peter Northouse sees leadership as “a process in which an individual influences a group of individuals to achieve a common goal”<sup>38</sup>. For Joseph Nye, leadership “is a social relation with three key components - leaders, followers, and the context in which they interact”<sup>39</sup>. Joanne Ciulla makes the point that “Leadership is largely a social construction based on the values and events of the times. The idea of a leader is shaped by what people in a culture think a leader ought to be”<sup>40</sup>. Masciulli, Molchanov and Knight, referring to political leadership wrote: “Leadership is an essential feature of all government and governance ... The lack of leadership routinizes governance. Its political and creative aspects fade way: it becomes no different from administration, focusing solely on pattern maintenance and repletion of the same”<sup>41</sup>.

Leadership is therefore a “transversal concept”<sup>42</sup>, meaning that the word is used as an “umbrella” for multiple meanings, dimensions and practices. Outside the academic or practitioner world, the definitions of leadership tend to be even more inclusive. As J. Richard Hackman notes “the popular press ... frequently refers to the ‘leadership’ that is provided by a charismatic orator, a clever financier, or even a brilliant scientist”<sup>43</sup>. How-

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>36</sup> BURNS, J.M., *Leadership*, ed. Harperperennial Political Classics, New York 2010, p. 18.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>38</sup> *Vid.* BASS, B.M. with BASS, R., *op. cit.*, nota 5, p. 21.

<sup>39</sup> NYE jr., J.S., *The Powers to Lead*, ed. Oxford University Press, Oxford 2008, p. xviii.

<sup>40</sup> *Vid.* CIULLA, J.B., *op. cit.*, nota 22, p. 116.

<sup>41</sup> *Vid.* MASCIULLI, J., MOLCHANOV, M.A. and KNIGHT, W.A., *op. cit.*, nota 21, p. 4.

<sup>42</sup> *Vid.* CRAMME, O., *op. cit.*, nota 12, p. 33.

<sup>43</sup> HACKMAN, J.R., “What is this Thing Called Leadership?”, in NOHRIA, N. and KHURANA, R. (eds.), *Handbook of Leadership Theory and Practice*, Harvard Business Press, Boston MA, 2010, p. 108.

ever, as the author asserts, too much inclusiveness could hobble research on the topic<sup>44</sup>.

Despite the plethora of definitions, it is possible to highlight some important features that are common to several of the most recent definitions of leadership: it is an interactive two-way process between a leader and a follower; this interaction involves structuring or restructuring a situation and the perceptions and expectations of the followers; leaders are agents of change; leaders influence the group and direct the attention of other members to goals and the paths to achieve them<sup>45</sup>. By looking at a vast group of leadership definitions, Ciulla argues that the definitions of leadership adopted by scholars tend to “generally say the same thing - leadership is about a person or persons somehow moving other people to do something”<sup>46</sup>. These definitions do differ, however, in at least four aspects: “how leaders motivate their followers, their relationship to followers, who has a say in the goals of the group or organization, and what abilities the leader needs to have to get things done”<sup>47</sup>.

In brief, I endorse Gill’s argument that to understand leadership it is important to look to the etymology of the word and how its meaning has evolved<sup>48</sup>. Thus, he claims, the essence of leadership is “showing the way and helping or inducing others to pursue it. This entails envisioning a desirable future, promoting a clear purpose or mission, supportive values and intelligent strategies, and empowering and engaging all those concerned”<sup>49</sup>. Drawing on Gill’s model of leadership, I propose that political leadership should entail both a *pragmatic* dimension and a *directional* one. The former is mainly related to the capacity of designing and implementing an adequate strategy to tackle the (more immediate) problems and attain the envisioned outcomes; also it entails an adequate understanding of the context and circumstances, and an accurate identification of threats and opportunities. The second is mostly related with the capacity to set a shared vision for the future, one that is served by the pragmatic moves taken in the short/medium term.

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>45</sup> *Vid.* BASS, B.M. with BASS, R., *op. cit.*, nota 5, pp. 23-25.

<sup>46</sup> CIULLA, J.B., “Ethics and Leadership Effectiveness”, p. 306. Accessed at [http://strandtheory.org/images/Ciulla\\_-\\_Ethics\\_and\\_Leadership\\_Effectiveness.pdf](http://strandtheory.org/images/Ciulla_-_Ethics_and_Leadership_Effectiveness.pdf) (25.09.2011).

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 306.

<sup>48</sup> *Vid.* GILL, R., *op. cit.*, nota 3, p. 8.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 9.



## 2. The singularity of EU's "shared" leadership

On the word of Wolfgang Wessels there is a factual demand for leadership, especially in such a huge and heterogeneous group like the EU<sup>50</sup>. Consequently, he contends that more attention should be paid by the academics to the issue of leadership. However, analyzing leadership in a European Union of twenty-seven (almost twenty-eight) member states is an extremely complex task. Despite the recognized major contribution of a handful of inspiring figures - such as Jean Monnet, Paul Henri-Spaak, Alcide De Gasperi, and more recently Helmut Kohl, François Mitterrand or Jacques Delors - the reality is that the European integration process is mostly a result of "consensus-building". Many of the EU's important leaps were grasped through long and sometimes hardworking negotiations. Therefore, talking about political leadership in the EU is talking about "individual and institutional actors who interact in the quest for a mutually beneficial result during a process of collective choice"<sup>51</sup>. The hybrid nature of the EU, created for encompassing both intergovernmental and supranational traits, results in a diversity of stakeholders: "In the EU, various supranational institutions share power with the member states: the lines of authority are mostly horizontal rather than pyramidal. There is no single institution clearly in charge and able to give orders to the rest of the organization"<sup>52</sup>.

The EU model rests on a "purposeful diffusion of political authority between supranational and intergovernmental institutions"<sup>53</sup>, thus being based on the principle of *shared* leadership. Furthermore, enlargement and the continuous deepening of integration lead to changes in the structural patterns of the European polity, which have emphasized the bargaining dimension of the EU decision-making process. In today's EU the power is diffused among a growing number of "supposedly equal partners"<sup>54</sup> - the national leaders - and institutional headships, making extremely hard for the citizens to identify who truly leads and consequently to really connect with that person or persons. The difficulties of exerting "personality politics" in

---

<sup>50</sup> LISBOAN WORKING GROUP (Report), Workpackage II "Integration Theory and Governance after Lisbon", June 2011, Accessed at: [http://typo3-8442.rrz.uni-koeln.de/fileadmin/wiso\\_fak/europ\\_pol/doc/Conference\\_2011\\_Reports/Report\\_WG\\_II\\_Integration\\_Theory\\_and\\_Governance\\_Mueller.pdf](http://typo3-8442.rrz.uni-koeln.de/fileadmin/wiso_fak/europ_pol/doc/Conference_2011_Reports/Report_WG_II_Integration_Theory_and_Governance_Mueller.pdf) (15.05.2012).

<sup>51</sup> *Vid.* CRAMME, O., *op. cit.*, nota 12, p. 33.

<sup>52</sup> GUEROT, U., "Political Leadership for the European Union", p. 1. Accessed at [http://www.epin.org/new/files/06\\_Guerot\\_leadership.pdf](http://www.epin.org/new/files/06_Guerot_leadership.pdf) (25.09.2011).

<sup>53</sup> BUNSE, S., MAGNETTE, P. and NICOLAIDIS, K., "Shared Leadership in the EU: Theory and Reality" 2005, p. 1. Accessed at [www.sant.ox.ac.uk/people/knicolaidis/asser.doc](http://www.sant.ox.ac.uk/people/knicolaidis/asser.doc) (21.04.2011).

<sup>54</sup> *Vid.* CRAMME, O., *op. cit.*, nota 12, p. 35.

the European polity are obvious and are further complicated by the absence of genuine EU-media coverage and by language barriers<sup>55</sup>.

The new institutional-set introduced by the Lisbon Treaty does not countervail those constraints. In fact, it maintains the dispersal of leadership potential and power in the EU, contributing to the perceived “babel” of European leadership. To the President of the European Commission, the Treaty adds the elected semi-permanent President of the European Council. Besides this tandem, institutionally we have to consider the eighteen-months trio-presidency, the High Representative (simultaneously High Representative for Foreign and Security Policy and Vice-President of the Commission), the President of the European Parliament, the President of the Euro group, and the President of the European Central Bank. This plethora of (institutional positional) leaders is further complicated by the possibility of national leadership coalitions, composed by a changeable number out of the 27 national leaders (that are often more concentrated in national interests rather than in the “common good”). Also, as stressed above, leadership is by no means strictly dependent on formal power.

In short, analyzing leadership in the UE is therefore analyzing a process, in which different individuals, institutions, or governments (or a combination of those) could have the resources to influence others in the bargaining process, therefore assuming a leadership role. Plus, the answer to the question “who leads in the EU?” is also very much dependent on the context and on the type of issue on the agenda. For instance some authors argue that in diplomatic issues France generally takes the lead, whereas in economic and monetary affairs this role is normally performed by Germany<sup>56</sup>. In addition, it should be stressed that leading negotiations at the EU level does not automatically means that European citizens recognize that person and/or institution the legitimacy to lead.

### III. Leadership through the lens of European Integration Theories

In a highly complex polity like the EU, the concept of political leadership is, as already affirmed, extremely difficult to grasp. Being a multi-level system that encompasses different levels and a multitude of actors, the EU provides diverse opportunities and demands for political leadership. It is,

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>56</sup> SCHILD, J., *vid.* LISBOAN WORKING GROUP (Report), Workpackage II “Integration Theory and Governance after Lisbon”, June 2011, Accessed at: [http://typo3-8442.rtz.uni-koeln.de/fileadmin/wiso\\_fak/europ\\_pol/doc/Conference\\_2011\\_Reports/Report\\_WG\\_II\\_Integration\\_Theory\\_and\\_Governance\\_Mueller.pdf](http://typo3-8442.rtz.uni-koeln.de/fileadmin/wiso_fak/europ_pol/doc/Conference_2011_Reports/Report_WG_II_Integration_Theory_and_Governance_Mueller.pdf) (15.05.2012).

however, a type of leadership, which in terms of results, duration, manifestations and sources of legitimacy could be fundamentally distinct from national leadership<sup>57</sup>.

Integration theory has, for the most part, neglected the issue of leadership. Notwithstanding, even if in a residual way, the various perspectives on the integration process highlight different accounts on leadership. Traditionally, leadership in the Community was seen as being either structural (deriving primarily from the so-called supranational institutions) or associated with particular individual figures, which have the charisma and the positional power to lead. Such figures could be national figures (such as Charles de Gaulle) or “supranational” figures (like Jean Monnet, Walter Hallstein, or Jacques Delors)<sup>58</sup>.

The first comprehensive theory of European Integration was Ernst Haas’ Neo-functionalism, developed in the 1960’s. In his classic work on the European Coal and Steel Community, Haas defined integration as “the process whereby political actors in several distinct national settings are persuaded to shift their loyalties, expectation and political activities to a new center whose institutions possess or demand jurisdiction over the pre-existing national states”<sup>59</sup>.

Building on David Mitrany and Jean Monnet’s functionalism, Haas attributed a decisive role to the supranational institutions, particularly to the independent European Commission<sup>60</sup>. In his view, the Commission in the exercise of its powers (namely as guardian of the treaties and as having the monopoly of legislative initiative) would formulate and implement a sufficient amount of legislative policies, which in turn would contribute to a shift of attention and loyalties from the national to the supranational level. The functional spill-over would then occur, furthering the European integration. The neo-functionalist approach was, afterwards, developed by Leon Lindberg. In his study of the early EEC,<sup>61</sup> Lindberg was rather more cautious in his vision of integration, which was defined without reference to an end point. The emphasis was put in “the development of devices and processes for arriving at collective decisions

---

<sup>57</sup> DRAKE, H., “Political Leadership and European Integration: The Case of Jacques Delors”, Paper deliver to the Third Biennial Conference of the European Community Studies Association, Washington DC, May, 27-29, 1993, p. 2.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>59</sup> HAAS, E., *The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces 1950-1957*, ed. Stanford University Press, Standford, 1958, p. 16.

<sup>60</sup> In the European Coal and Steel Community the equivalent to the European Commission was called High Authority.

<sup>61</sup> LINDBERG, L., *The Political Dynamics of European Economic Integration*, ed. Standford University Press, Standford, 1963.

by means other than autonomous action by national governments”<sup>62</sup>. Therefore, for the early neo-functionalists, political leadership was supposed to be primarily structural, largely emanating from a supranational institution - the Commission.

The crisis experienced by the European integration process in the mid-1960s, cast doubts on the deterministic view of the process initially maintained by Haas’s theory. The critics included Haas himself, who then admitted that he had not foreseen “a rebirth of nationalism and anti-functional high politics”<sup>63</sup>. This unexpected turn in the European integration theory was triggered by Charles de Gaulle, whose actions<sup>64</sup> were aimed at repossessing the decision-making stages for national leaders and their governments. As a result, the Commission’s credibility was seriously jeopardized. Neo-functionalists, including Haas, have then acknowledged the necessity of revising their work, in order to include the role of national leadership and leaders in the list of variables with influence in the process of European Integration<sup>65</sup>. After revising his work, Haas concluded that incrementalism in decision-making would prevail, unless it was disturbed by visionary using “high politics”<sup>66</sup>.

The need to reformulate the integration theory (particularly in what concerned the automaticity of the integration) was also admitted by Lindberg. The result was *Europe’s Would-Be Polity*, a joint work with Stuart Scheingold. Here the authors analyze the EC as a political system, where inputs in the form of demands, support and leadership are transformed into outputs in the form of policies and decision. For them, the integration was a *political* process, in which coalition and leadership were seen as central aspects<sup>67</sup>: “leadership has been available from to sources: the supranational institutions and the national governments. The Community’s greatest successes have been scored when both were available to aid in the processing of demands”<sup>68</sup>. Yet, the national sources of political leadership identified by the revised neo-functionalism were not confirmed by the reality of the European integration during the 1970’s. The European integration process appeared to have stagnated, and, as a consequence, scholarly interest in the EC faded.

<sup>62</sup> Vid. LINDBERG, L., cited in LAURSEN, F., “Theory and Practice of Regional Integration”, in Jean Monnet/Robert Schuman *Paper Series*, Vol. 8, n.º 3. February 2008, p. 4.

<sup>63</sup> Vid. HAAS, E., cited in LAURSEN, F., *op. cit.*, nota 62, p. 5.

<sup>64</sup> Namely the famous “empty-chair” crisis, followed by the Luxembourg compromise in January 1966 (which introduced the practice of unanimity).

<sup>65</sup> Vid. DRAKE, H., *op. cit.*, nota 57, p. 4; LAURSEN, F., *op. cit.*, nota 62, p. 5.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>67</sup> Vid. LAURSEN, F., *op. cit.*, nota 62, p. 5.

<sup>68</sup> LINDBERG, L. and SCHEINGOLD, cited in DRAKE, H., *op. cit.*, nota 57, p. 8.

Also, an alternative view was starting to gain force. In a well known article, Stanley Hoffman maintained that the EC experience was better explained by the logic of diversity (therefore, opposed to the neo-functionalistic logic of “automatic” integration)<sup>69</sup>. Also, he suggested that in key-areas for national interest, states would not be eager to choose the “insecurity” of the integration process over the safety, or the self-controlled uncertainty of the national independence. The tonic of Hoffmann’s argument was thus mainly intergovernmental.

Things began to change in the 1980s, with the EC’s new momentum associated with the completion of the Internal Market. The EC was increasingly enlarging its scope, developing new policies to complement early policies. The Commission under the Presidency of Jacques Delors contributed with leadership. Lindberg and Scheingold’s revised neo-functional theory (written in the 1970s) appeared to fit perfectly to the developments of the 1980s. Plus, the academic interest on the European process gained a renewed urge: “the political leadership factor ... now seemed more relevant to understand the events than ever before, since a number of singular phenomena related to leadership were clearly present in the 1980s”<sup>70</sup>. The more consensual view was that the integrative lurch of the EU in early 1990s was pushed by the technical and political expertise of Delors, and by the resourceful and determined statesmanship of both, Mitterrand and Kohl (the so-called “Paris-Bonn-Berlaymont axis”<sup>71</sup>).

Some authors, however, emphasize more the national half of this leadership tandem. According to Mark Wallace, Helen Wallace, and C. Webb (1983) political leadership - in the form of a commitment based on national interests - by one or more EC members was a critical factor to successful policy-making in the EU<sup>72</sup>. Later, Andrew Moravcsik linked these interests to domestic political factors. Attention was therefore turned to national leadership, influenced and brought into being by domestic factors<sup>73</sup>. In fact, Moravcsik’s Liberal Intergovernmentalism has become an important reference point for most studies on European integration. His framework includes three phases: national preference formation, interstate bargaining and institutional choice. With reference to the first phase, Moravcsik maintains

<sup>69</sup> HOFFMANN, S., “Obstinate or Obsolete? The Fate of the Nation-State and the Case of Western Europe”, in *Daedalus* 95 (Summer), 862-915.

<sup>70</sup> *Vid.* DRAKE, H., *op. cit.*, nota 57, p. 6.

<sup>71</sup> DINAN, D., “The Commission and the IGCs”, in NUGENT, N. (ed.), *At the Heart of the Union: Studies of the European Commission*, 2nd ed., ed. Macmillan Press, London, 2000, p. 262.

<sup>72</sup> *Vid.* DRAKE, H., *op. cit.*, nota 57, p. 8.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 8.

that economic interests dominate when national preferences of member states are formed. As for the bargaining phase, he argues that a state commitment in the negotiations (and interest in influencing the outcome) depends on what is at stake for that state. On the other hand, he downplays the role of Community actors (like the European Commission) in the negotiations. As regards the last phase (institutional choice) Moravcsik concludes that states choose to delegate or pool decision-making in international institutions mainly to get more credible commitments: “pooling and delegation is a rational strategy adopted by the member states to pre-commit governments to future decisions, to encourage future cooperation and to improve future implementation of agreements”<sup>74</sup>. To summarize, Liberal intergovernmentalists see the EU Member States “as unitary rational actors that are in control of the process of integration. In the big decisions the EU institutions do not play a very important role”<sup>75</sup>.

Moravcsik’s propositions have been questioned by the Institutionalist approach, embodied by scholars with particular interest in the role played by European institutions<sup>76</sup>. Contrary to the Liberal Intergovernmentalism thesis, institutionalists assign a significant role to European institutions in day-to-day EU politics. Plus, some institutionalists go even further, contending that EU institutions could also have a say in major reforms (which occur through intergovernmental conferences). Derek Beach, for instance, has analysed the role of supranational institutions in the process of EU treaty reform (from the Single European Act to the Constitutional Treaty). He determined that in such negotiations, leadership is needed to overcome the high bargaining costs, and coordination problems. In fact, according to him “governments were not fully in control of the grand bargains on integration since the mid-1980s”. And he goes on arguing that actually “bargaining costs in intergovernmental negotiation are often so high that most governments are forced to rely upon the expertise of the Council Secretariat and Commission for legal and substantive knowledge, and assisting in brokering deals”<sup>77</sup>.

A variety of other approaches and theories aimed at explaining the integration process or the EU governance system could have been analysed here. Arguably the fundamental conclusion would be the same. Different approaches emphasise different actors, types and resources of European

---

<sup>74</sup> Vid. LAURSEN, F., *op. cit.*, nota 62, p. 7.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>76</sup> Such as Derek Beach, Jonas Tallberg, Thomas Christiansen, Desmond Dinan, Laura Cram, among many others.

<sup>77</sup> BEACH, D., *The Dynamics of European Integration: Why and When EU Institutions Matter*, ed. Palgrave Macmillan, New York, 2005, p. 258.

leadership. Despite this diversity, leadership potential is broadly available in the EU, allowing the Union to overcome most of its collective action problems<sup>78</sup>. In fact, as Finn Laursen maintains “...the EU is much better equipped with leadership possibilities than the other integration schemes. [However] ... it is risky business to rely solely on national leadership. It may be available and it may not”<sup>79</sup>.

When analysing leadership in the EU, particularly in what regards the historical decisions, one must acknowledge that national sources (especially from the big countries) have a significant weight. Some national political leaders, like Kohl, Mitterrand, Thatcher, and more recently, Merkel or Sarkozy, have played a determinant role in shaping both incremental and history-making developments of the EU (either pushing the process forward or backward). In fact, the Franco-German duo has assumed a leadership part on and off over the years; a “partnership” that some authors have labelled as a kind of “cooperative-hegemony”<sup>80</sup>. Notwithstanding, the leadership role played by institutional actors, or by individual figures operating through institutional actors, should not be dismissed. For instance, the Commission was initially designed to take the initiative and act as an “honest broker” and, at least in day-to-day legislation, it still has the ability to perform these roles. In reality, as some scholars admit, part of the success of the EU is due “both to supranational institutions and the leadership they, especially the Commission, have been able to exercise”<sup>81</sup>.

#### IV. The quest for *good* leadership: the importance of ethics and effectiveness and how it applies to the EU case

Overall, as noted in section two, constructing the ultimate definition of leadership is not an easy task and probably it is not the most important one: “theorizing about leadership is great fun, hugely indulgent and largely useless”<sup>82</sup>. Perhaps the really meaningful question would be “what is good leadership”, and particularly, “what is good leadership in the EU case”? In effect, leadership is frequently judged as being bad, good, or even non-existent (non-leadership). The quest, of course, is for “good” leadership. But, what is good leadership? As stated by Ciulla the word *good* here means two

<sup>78</sup> LAURSEN, F., “Institutions vs. Leadership: Towards a Theory of Credible Commitments”, in *Dalhousie EUSE Occasional Paper*, n.º 2, 2007, p. 18.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>80</sup> PEDERSON, T., cited in LAURSEN, F., *op. cit.*, nota 78, p. 11.

<sup>81</sup> *Vid.* LAURSEN, F., *op. cit.*, nota 78, p. 19.

<sup>82</sup> Malaysian writer cited in GILL, R., *op. cit.*, nota 3, p. 2.



interrelated things: “morally good leadership and technically good leadership (i.e., effective at getting the job at-hand done)”<sup>83</sup>. The first issue is related to the ethical dimension of leadership. Put it simple, to become a leader is not enough to bring about change or being successful at doing something. It is also important to evaluate if that change is good for the group or for the organization, and to know what the leader’s intentions were. In the literature on leadership, transforming or transformational leadership is closely connected with this ethical dimension of leadership<sup>84</sup>. In fact, Burns’s theory of transforming leadership rests on a set of moral assumptions regarding the relationship between the leader and the follower. Contrasting it with transactional leadership<sup>85</sup>, Burns<sup>86</sup> considers that transforming leadership occurs when “one or more persons *engage* with others in such a way that leaders and followers raise one another to higher levels of motivation and morality” [italics in the original]. And he goes on to argue that “At the highest stage of moral development persons are guided by nearly universal ethical principles of justice such as equality of human rights and respect for individual dignity. This stage sets the opportunity for rare and creative leadership”<sup>87</sup>. Therefore, the transforming leader fundamental act is “to induce people... to feel their true needs so strongly, to define their values so meaningfully, that they can be moved to purposeful action”<sup>88</sup>.

Transformational leadership theory has inspired several researchers. For example Bass (1985) has demonstrated that “empirically transactional and transformational leadership were two positively correlated dimensions” and that transformational leadership adds to transactional leadership in “generating positive outcomes in the groups and organizations led”<sup>89</sup>. Essentially, he makes the point that there is considerable evidence on the greater effectiveness of transformational leadership, for instance of political leaders or public officials<sup>90</sup>. Summing up, good leadership could be both effective and ethical, if the leader “successfully chooses the means that are the most likely to attain the ends sought, but also seeks to embody end-values ... and model-values ... in the process”<sup>91</sup>.

---

<sup>83</sup> Vid. CIULLA, J., *op. cit.*, nota 46, p. 308.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>85</sup> It must be said however that Burns agreed that transactional and transformational leadership were not necessarily opposite ends of a single dimension. Vid. BASS, B.M. with BASS, R., *op. cit.*, nota 5, p. 619.

<sup>86</sup> Vid. BURNS, J.M., *op. cit.*, nota 36, p. 20.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>89</sup> Vid. BASS, B.M. with BASS, R., *op. cit.*, nota 5, p. 618; p. 648.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 647.

<sup>91</sup> *Ibid.*, pp. 9-10.



Which type of leadership is the most effective? Arguably, this is a question with no right answer. First, “adequate” leadership types and styles seem to vary according to the context. In fact, modern theories of leadership generally acknowledge the importance of the situation, denoting that the leaders’ behaviour is systematically changed by changes in situational conditions. Second, there are an extensive list of types and styles of leadership. Bass, for instance, enumerates a plethora of diverse types and taxonomies, which include the democratic, autocratic, participative, group-developing, supportive, intellectual, expert, executive, bureaucrat, representative, among many more<sup>92</sup>. Here again, several scholars have observed that leadership types are normally classified according to the model of organization in which the leadership occurs<sup>93</sup>. So, instead of being a static phenomenon, leadership is characterized by evolutionary change and adaptability to the evolving nature of the organization: “as the organization matures, so will the strategies of its leadership change”<sup>94</sup>. Therefore, leadership is affected by the internal environment, i.e., the “organization’s [or political entity] philosophy, size, structure, objectives, functions, complexity and institutional characteristics”<sup>95</sup>. The same could be said regarding the knowledge, skills and abilities that are off consequence to leadership. Specific situations call for specific competencies (in terms of task accomplishment and interpersonal relations<sup>96</sup> of the leader. The leader’s style should adapt to a given situation. Furthermore, the external environment is also likely to affect the organization and leader’s behaviour. For example, the effect of crisis conditions is generally associated with the emergence of charismatic leadership. Clearly, as Bass puts it “effective leaders need to be alert and sensitive to circumstances which suggest that a problem exists”<sup>97</sup>. Political leaders must be able to read signals of dissatisfaction, of the seriousness of a problem, and of dangerous and opportunity of a crisis. They must be able to “diagnosis properly the conditions of a problem so that they can formulate appropriate policy responses”<sup>98</sup>. Also, typically, crises are associated with the demand for *strong* leadership.

Moving now to the question of leadership types, Bob Goudzwaard considers that there are two types of strong leadership worth distinguishing: *responsive leadership*, a type characterized primarily by responsiveness,

---

<sup>92</sup> Vid. BASS, B.M. with BASS, R., *op. cit.*, nota 5, pp. 29-45.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 727.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 737.

<sup>96</sup> On the word of Bass task accomplishment involves “traits like intelligence and knowledge” and interpersonal competence involves “the ability to communicate and to demonstrate, caring, insight, and empathy”. Vid. BASS, B.M. with BASS, R., *op. cit.*, nota 5, p. 135.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 113.

where the leader “shows profound awareness of existing problems and anticipates problems that are still emerging”, and *path breaking* or *innovative leadership*, which is the “kind of leadership [that] demonstrates courage to break through the walls of apathy and/or suspicious”<sup>99</sup>. Roughly, this second type could be identified with charismatic and transformational leadership. In a fairly similar classification, Masciulli, Molchanov and Knight distinguish between *adaptive leaders* “who react and respond to challenges from local and global systems by introducing changes on the margins” and *innovative leaders* “who seek to implement more radical changes and revise the very rules of the game, or the nature of societal responses to the problem”<sup>100</sup>. According to them, innovative leaders often demonstrate exceptional or charismatic leadership.

As concerns leadership in international organizations, Building on Max Weber’s classic scheme, Oran Young (1990) has identified three different forms of leadership that regularly have a role in the establishment of international institutions. According to him, there are four main types of leaders: structural, entrepreneurial, intellectual and charismatic. Drawing on Young’s typology, Cramme singularizes three different types of leadership<sup>101</sup>. First, entrepreneurial or problem-solving leadership: in a negotiation context of informational asymmetries, high transaction costs, and contested agendas the leadership role is defined “by the ability to devise integrative solutions and package deals... [with] beneficial results for all actors involved”. Second, structural leadership, when “actors in highly developed institutional settings shape processes and outcomes of negotiations positively because they are recognized as having a considerable comparative advantage [experience, knowledge, resources] over the others in a particular field”. In this case, influence is a result of “natural authority”, normally embodied by states and institutions (and not by individuals). Third, directional leadership, which relates to the “capacity of actor to produce enough social, political, or ... intellectual capital to make others change behavior or follow a particular idea in the pursuit of collective action”. This will require inspirational figures.

Therefore, good leaders are characterized by their ability to understand the circumstances and the context they are living in, to define and implement a strategy, to bring about change whereas necessary, while preserving the core values of the group. Plus, these short/medium time measures should serve a long-term shared vision and purpose. This is a very harsh

---

<sup>99</sup> GOUDZWAARD, B., “The Need for Responsive Leadership”. *Election Series’08*, N.º 2, July 24 2008, p. 1.

<sup>100</sup> Vid. MASCIULLI, J., MOLCHANOV M.A. and KNIGHT, W.A., *op. cit.*, nota 21, p. 9.

<sup>101</sup> Vid. CRAMME, O., *op. cit.*, nota 12, p. 34.

endeavour, especially in a complex polity like the EU, whereas leadership drives derive both from institutional and national sources. Also, the current troubled context furthers the challenges of exerting leadership in the EU. In the last decades, the polls show a remarkable decline in public support for the European project<sup>102</sup>. The era of “permissive consensus” has been replaced by a period of growing scepticism about and disapproving on the EU<sup>103</sup>. So, paradoxically, as Brussels multiplied the initiatives to enhance the Union’s popular legitimacy, this popular legitimacy was dramatically declining, making the EU experience probably the lowest level of popular support in its history. How can this increasingly negative public opinion towards the EU be explained?

According to David Easton (1975) the analysis of political support is bi-dimensional: one dimension relates to *modes* of political support, and the other relates to *objects* of political support. On the former dimension, Easton differentiates between two modes of support: *diffuse* support, based on an ideological, sociological and cultural attachment (i.e., it represents a general evaluation of “what the object is or represents”); and *specific* support, based on rational calculations of material costs and benefits (i.e., relates to concrete policy outcomes or the performance of a polity, therefore being policy oriented). On the latter dimension, Easton differentiates three different objects: the community, the regime, and the authority.

Adapting Easton’s framework, Lindberg and Scheingold identified two main types of support for a political system that could be used to analyze the European case: *affective* support, based on a “diffuse and perhaps emotional response to some vague ideals embodied in the notion of European unity”<sup>104</sup>; and *utilitarian* support, based on rational calculations of material costs and benefits of membership in the EU. These two types of support are really two faces of the same coin, since they are not mutually exclusive. The first provides a “basic reservoir of good will towards a political system”, while the second one “determines whether this basic reservoir of support goes up and down”<sup>105</sup>. Hence, if a citizen considers that he benefits from a political system, his underlying level of support will grow accord-

<sup>102</sup> As stated by the Eurobarometer opinion polls, in the late 1980s over 70 per cent of the citizens supported their country’s membership of the EU, while in the last decade roughly 50 percent had the same opinion. Vid. HIX, S., *What’s Wrong with the European Union and How to Fix It*, ed. Polity Press, Cambridge 2008, p. 52.

<sup>103</sup> BOOMGAARDEN, H.G., SCHUCK, A.R.T., ELENBAAS, M. and VREESE C.H., “Mapping EU attitudes: Conceptual and empirical dimensions of Euroscepticism and EU support”, in *European Union Politics*, 12(2), 2011, p. 242.

<sup>104</sup> LINDBERG, L.N. and SCHEINGOLD, S.A. Vid. BOOMGAARDEN, H.G., SCHUCK, A.R.T., ELENBAAS, M. and VREESE, C.H., *op. cit.*, nota 103, p. 244.

<sup>105</sup> Vid. HIX, S., *op. cit.*, nota 102, p. 58.

ingly, while if he perceives that he loses, his underlying level of support will diminish. For Simon Hix it is mainly a mathematical calculus<sup>106</sup>, in which citizens who perceive they gain from integration process tend to support the EU, and those who perceive that integration process threatens their interests tend to oppose the EU.

While a utilitarian assessment could be an important tool to explain variations in attitudes towards the EU, arguably it undervalues a crucial dimension: leadership. European leaders could have an important role in changing citizen' underlying levels of support for the EU. In the absence of a European *demos*, the affective support for the EU will probably be lower than the ideal. Also it is understandable that in times of difficulties, such as the present economic and financial crisis, the utilitarian support (based on the policy outcome) is dangerously low. In such a challenging period, European leadership becomes more vital for the success of the EU. How leaders respond to hopes and concerns of the population, how they engage with citizens and how adequately and timely they handle the euro crisis are crucial to facilitate the sense of belonging and, ultimately, to promote the union (or disintegration) of the European project.

## V. Assessing EU leadership in the euro crisis: pragmatic, directional, or both?

### 1. *The context: the need for reform*

In 2008 a financial crisis erupted in the United States, undermining many of the largest financial institutions of the country. The crisis rapidly spread to the rest of the world, provoking serious damages to a large part of the global financial system. Europe was no exception. According to the World Bank<sup>107</sup>, the region has been hit by a crisis on multiple fronts, since countries are facing major external macro-financial shocks. Specifically, global growth has slowed down, resulting in falling export market demand. Also, major banks and other financial institutions in developed countries have markedly reduced the availability, and increased the cost of external finance across public and private sectors.

---

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>107</sup> WORLD BANK, "The crisis hits home: Stress-testing Households in Europe and Central Asia", 2010. Accessed at [http://siteresources.worldbank.org/ECAEXT/Resources/258598-1256842123621/6525333-1259681048367/WorldBank\\_Crisis\\_Report.pdf](http://siteresources.worldbank.org/ECAEXT/Resources/258598-1256842123621/6525333-1259681048367/WorldBank_Crisis_Report.pdf) (22.05.2012).

The economic crisis and particularly the so-called sovereign debt crisis that dramatically hit some of the Eurozone states rendered obvious that, at least in the economic governance area, the EU needed reform. The struggling of Greece, Ireland and Portugal, and the menace pending over other euro economies, including the big Spain and Italy, brought to day light the fragilities of the EMU. Confronted with the crisis' escalate, the European leaders came to agree on the necessity of reforming some of the dispositions of the (still new) Lisbon Treaty<sup>108</sup>, in order to accommodate new rescue mechanisms and also to enforce tougher supervision rules and stricter budget discipline in the Euro zone. The urgency of the measures was stressed by the constant "pressure" of the financial markets. The announced purpose was then to strength the economic pillar of the EMU and to complete a truly fiscal union.

Nevertheless, the EU's managing of the so-called economic and financial crisis has been anything but an easy mission, particularly since European leaders are not fully in control off the process. For one part, there are external variables such as the constant pressure exerted by the rating agencies over the more fragile EU's economies. Plus, the Euro crisis is part of a wider "systemic crisis"<sup>109</sup>, which implies a "domino effect" that could not be prevented, unless coordinated measures for reforming the world's financial system were agreed. As concerns the internal environment, the difficulties of reaching a consensus in an enlarged and heterogeneous Union have hampered a timely crisis' management. The EU is a political system in the making, which probably only succeed if vested interest is overcome by collective goals. However, the rise of euroscepticism accentuated by the current economic and financial instability has dramatically conditioned the speeches and the attitudes of the national leaders towards Europe; even those who were traditionally pro-European have become obsessed with short-term gains at the expenses of mutual appreciation. In fact, national

---

<sup>108</sup> According to Broin "Two existing treaty provisions in particular — the 'no bailout clause' (a ban on a euro area state paying another's debts) and the 'prohibition on monetary financing' (a ban on the European Central Bank or national central banks financing governments)— were considered as legal impediments to deploying key crisis resolution measures such as the European Financial Stability Facility (EFSF)". BROIN, P.O., "The Euro Crisis: The Fiscal Treaty - An Initial Analysis". Institute of International and European Affairs, *Working Paper* 5, 2012, p. 2.

<sup>109</sup> According to S. CLAESSENS, D. KLINGEBIEL and L. LAEVENs a "systemic crisis is a situation here an economy faces large-scale banking and corporate distress ... A systemic crisis involves complicated coordination problems". *Vid.* CLAESSENS, S., KLINGEBIEL, D. and LAEVEN, L., "Resolving Financial Systemic Crises: Policies and Institutions", World Bank Policy Research Working Paper 3377, August 2004. Accessed at [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/09/07/000160016\\_20040907154538/additional/126526322\\_20041117165058.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/09/07/000160016_20040907154538/additional/126526322_20041117165058.pdf) (22.05.2012).

leaders turn out to be “less and less capable of making concessions, let alone personal sacrifices, for the ‘common European good’”<sup>110</sup>. Some member-states’ positions during this process illustrate well these feelings. Particularly, all the controversy surrounding the “fiscal compact Treaty”<sup>111</sup> highlights many of the dilemmas discussed in the precedents sections.

In brief, the seriousness of the situation urged the European leaders to take action, disclosing a *window of opportunity* to reform the procedures and institutions of the euro governance. Whether being willing to do the reform or being pushed to it, the fact is that the European leaders took the opportunity. European leadership during this process illustrated nonetheless a rather “schizophrenic” situation. Due to its economic performance and dimension (in terms of population), Germany emerged naturally in a leadership position to tackle the crisis; it may even be said that Europeans start to call for German leadership. But, at the same time Europe was not willing to accept German’s authoritative leadership style.

## 2. *The pragmatic dimension of leadership: strategy and measures for tackling the crisis in the short/medium term*

In the traditional “State of the Union” address to the European Parliament, the Commission President, José Manuel Durão Barroso, has referred to political leadership as a way of “making possible what is necessary”<sup>112</sup> [our translation]. This is a simple but an accurate assertion, which reflects the need for pragmatic leadership. Since the crisis erupts in 2008, a wide backdrop of measures have been decided at the European level to handle the crisis, the most famous being the establishment of a temporary fund —the European Financial Stability Facility (EFSF)— along with a permanent fund —the European Stability Mechanism (ESM)— that should enter into force in July 2012. However, other important decisions were taken “including liquidity measures by the European Central Bank, legislative re-

<sup>110</sup> *Vid.* CRAMME, O., *op. cit.*, nota 12, p. 46.

<sup>111</sup> The Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (also known as Fiscal Compact Treaty or Pact) was signed on 2 March, 2012 by 25 out of 27 EU Member States, and is expected to enter into force in January 2013 (provided that twelve Eurozone Members States have deposited their instrument of ratification, or on the first day of the month following of the deposit of the twelfth instrument of ratification, whichever is the earlier).

<sup>112</sup> “Et le leadership politique c’est cela, rendre possible ce qui est nécessaire” (in the original). BARROSO, J.M.D., “European Renewal: State of the Union Address 2011”. Speech 11/607. Accessed at <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/607> (20.10.2011).

form of financial markets passed by the European Parliament and the Council, and the establishment of a loan pool to channel emergency funding to euro area states in conjunction with aid from the International Monetary Fund”<sup>113</sup>. Greece, Ireland and afterwards Portugal benefit from this bail-out mechanism, but as a consequence, they were put under severe austerity programs. The Commission alongside the European Central Bank and the International Monetary Fund (the so-called “troika”) were put in charge of modeling and monitoring the correct implementation of the “rescue programs” in Greece, Ireland and Portugal. Plus, the vertiginous escalate of the crisis lead to the resignation of the elected governments in Italy and Greece. The politicians were substituted by “technocrats”, which were considered more skilled for putting the countries’ finances in the right track<sup>114</sup>. The main argument here was that “technocrats” have a reputation of competence and experience: “a reputational advantage both in terms of knowledge and a sense of putting national interests above party political interests”<sup>115</sup>. Therefore, they would be perceived by the financial markets as being capable of implementing the required reforms, regardless the toughness of the measures needed; measures that most likely would fail to get the necessary political support if introduced by politicians. However, the criticisms were immediate. For one part, these “substitutions” risk to diminish popular legitimacy in the EU, since they were not subjected to democratic approval. In fact, for some analysts the process represented a sort of “democratic pause”, meaning that these governments lack the fundamental political legitimacy that only elected party politicians can bring to a government. Thus, these are necessarily short-time solutions that need to be integrated in a wider and longer-term plan endorsed by the European citizens.

Germany, backed essentially by France, has apparently taken the lead in grasping a strategy to thwart the crisis. But the plan’s resemblance with German’s fiscal model (based on sharp reduction of budget expenditures in order to control the deficit, and a strict application of the Stability and Growth Pact) contributed to yield an image of a *directoire* on the European citizens eyes: “When the crisis burst, the Franco-German *directoire* decided to work as an emergency government”<sup>116</sup>. The media coverage also conveys

---

<sup>113</sup> *Vid.* BROIN, P. O., *op. cit.*, nota 108, p. 1.

<sup>114</sup> After standing aside, Italian Prime-minister Silvio Berlusconi and Greek Prime-minister George Papandreou were succeeded respectively by Mario Monti (a former Commissioner) and Lucas Papademos (a former vice-president of the European Central Bank).

<sup>115</sup> FEATHERSTONE, K., cited in BBC NEWS Magazine “Who, What, Why: What technocrats achieve that politicians can’t?”, 2011. Accessed at <http://www.bbc.co.uk/news/magazine-15720438> (10.04.2012).

<sup>116</sup> MONTANI, G., “After the fiscal compact, Europe democracy”, 2012. Accessed at <http://www.euractiv.com/future-eu/fiscal-compact-european-democracy-analysis-510751>



and even accentuates this image. Actually, the European press abundantly stressed the “unloved” (and apparently undesired) German leadership. Plus, the announced aim of creating a European culture of stability whatever the “price” to be paid by the citizens, further damage the already fragile European public support. Thus, a considerably weaker popular legitimacy was one of the “collateral damages” resulting from Franco-German’s recipe to save the Eurozone. This scenario was aggravated by the above-mentioned accusations of German “hegemony”, translated in an allegedly desire of Chancellor Merkel to force the other member states to adopt the structural reforms that she deemed necessary.

Despite all the doubts about the success of a plan that is based essentially on austerity (with almost no reference to growth measures), during this crisis European leadership is being exerted - at least in what concerns its pragmatic dimension - and has produced several changes which would be inconceivable a few years ago. Yet, the resource to bilateral negotiations, and the image of Franco-German’s plan presented to the other EU’s members as an “accomplished fact” create justifiable doubts about the unity of the European leaders; even though the final decisions were for the most part taken in appropriate forums, such as the European Council and the Eurozone summits. Plus, Franco-German proposed solutions have failed to win the citizens’ hearts and minds. By focusing on reorienting national economies towards sufficiency and sustainability, they were unable of envisioning and convey a shared (and optimistic) idea for the future of a hopefully strengthened political Union.

### *3. The directional dimension: a design and an integrated vision for the long-time*

During the first years of the crisis the European’s “recipe” for the crisis appeared to spin around bail-out mechanisms. EU leadership was essentially reactive to markets’ “moods”. In the mid-2011 this tendency started to reverse, as the debate on a reinforced fiscal union to underpin the euro become the main topic of the Franco-German agenda. A majority of European leaders begin to agree on the necessity of reform the Eurozone governance to enshrine stricter budget policies and closer economic policy coordination. Chancellor Merkel, in particular, insisted on amending the EU treaties, but British Prime-Minister, David Cameron, strongly opposed the idea. Consequently, on the December 2011, twenty-five Europeans lead-

---

(23.04.2012).



ers adopted a new fiscal treaty<sup>117</sup>, that sits alongside the other EU treaties. The text, thus, has the bizarre classification of a strictly “intergovernmental treaty”, even though its implementation involves using the EU institutions.

The so-called fiscal Treaty focus on three main issues: fiscal stability, that is the rules on the levels of government deficit and government debt; economic co-ordination in the EU; and governance of the Euro zone. In the first domain, the new document establishes a limit for the annual structural deficit, which should not exceed 0.5% of Gross Domestic Product. If significant deviations for this goal occur, a correction mechanism will be triggered automatically (including the obligation for the deviant state to correct the situation within a defined period of time). As for coordination, the participating Member States agree to take the necessary actions and measures in all the domains, which are essential to the good functioning of the euro area in pursuit of the objectives of fostering competitiveness, promoting employment, contributing further to the sustainability of public finances and reinforcing financial stability. Finally, in what regards the Eurozone governance, the treaty institutionalizes the Euro Summit (a meeting of the heads of state and/or government of euro area countries, plus the President of the Commission), which will take place at least once a year. The Euro summit will elect a president at the same time as the election of the president of the European Council.

It is too soon to predict the real impact of the new fiscal treaty in tackling the euro crisis. In actual fact, the new document (still in the process of ratification) has been subject to a wide range of criticisms, the major concern being whether it will produce the desired effect. For one part, as mentioned, in its present form, the treaty is not part of the EU law. Consequently, to a large extent it depends on EU primary law. Also, some of the provisions are considered excessively vague. As far as the participation of the European institutions in the Economic governance, even though the new fiscal treaty secures an important role for the Commission in the Eurozone governance, it sidelines the institution in the bail-out mechanism which will be strictly intergovernmental<sup>118</sup>. The apparent decline of the European Commission’s role is, in fact, the main danger of the present European integration’s path. As J.M. Simon stresses “The new treaty will use the European Commission and the European Court of Justice to enforce the rules but the

---

<sup>117</sup> The Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union was then formally signed on 02 March 2012 by twenty-five out of the twenty-seven member states of the European Union.

<sup>118</sup> *Vid.* MONTANI, G., “After the fiscal compact, Europe democracy”, 2012. Accessed at <http://www.euractiv.com/future-eu/fiscal-compact-european-democracy-analysis-510751> (23.04.2012).

European Commission has seen its powers removed like never before and has de-facto become a secretariat of the European Council”<sup>119</sup>. Furthermore, the new treaty does not fulfil the vital necessity of a European growth plan. Still, as Carol Ulmer observes, the treaty should be seen as a first step in the convergence path, “which must be greatly improved”<sup>120</sup>.

The European leadership has been able to take the first pace in order to correct some of the weakness of the EMU. Even though many criticisms highlight what remains to be done in terms of an effective structural reform, the Franco-German duo was able to put in motion a plan for adapting the EU economic governance, which arguably would contribute to strengthen the fiscal union. Yet, European leadership has failed to integrate this plan to reform institutions and policies (mainly in the economic governance area) in a wider long-term vision for a more political and cohesive European Union. After the new fiscal pact was signed, Chancellor Merkel did unveiled what could be considered a proposal for a stronger and integrated Europe:

“My vision is political union, because Europe has to follow its own path. We need to get closer step by step, in all policy areas ... In the course of a long process; we will transfer more powers to the Commission, which will then work as a European government for European competencies. This implies a strong Parliament. The Council, which brings together heads of governments, will form the second chamber. Finally, we have the European Court of Justice as the Supreme Court. This could be the future shape of the European political union in a while and, as I said, after many steps”<sup>121</sup>.

Although there is still a difference between a declaration of intentions and a real strategy to implement it, Merkel’s outlined institutional reform would potentially contribute for a more integrated political Union. Particularly, the emphasis on the necessity to reinforce the roles played by the Commission and the Parliament would be a step towards a federal model for Europe. However, arguably this proposal has a fundamental flaw: it was presented as Chancellor Merkel’s vision for Europe, whereas it should be a *shared* European vision.

---

<sup>119</sup> SIMON, J.M., “The new fiscal pact: the medicine that may end killing the patient”, 2012. Accessed at <http://www.euractiv.com/euro-finance/new-fiscal-pact-medicine-may-killing-patient-analysis-510521> (21.02.2012).

<sup>120</sup> ULMER, C., “A useful treaty or an empty gesture?”, 2012. Accessed at <http://www.euractiv.com/euro-finance/useful-treaty-empty-gesture-analysis-510612> (23.04.2012).

<sup>121</sup> MERKEL, A., cited in MONTANI, G., “After the fiscal compact, Europe democracy”, 2012. Accessed at <http://www.euractiv.com/future-eu/fiscal-compact-european-democracy-analysis-510751> (23.04.2012).

Arguably, the problem with today's European leadership is essentially related with the absence of a cohesive vision for the long-term. Applying Cramme's typology of three types of leadership (problem-solving, structural and directional) to the EU case is possible to conclude that the first two types of leadership are generally present. In particular, the role of institutional actors (for example, the European Commission, the Council Secretariat or the EU Presidencies) and of some individual figures (like the President of the European Commission and some national leaders) during crucial negotiations is widely recognized in the literature on the EU<sup>122</sup>. However, the contemporary EU appears to lack essential directional leadership. As noted above, this type of leadership would require inspirational figures, but few, if any, of the current European leaders have succeeded in inspiring and grasping the hopes of EU's citizens, especially in what concerns a plan for the future of the European project. Effectively, over the past years, inspirational figures (at least in a position of authority) are precisely what appears to be missing in Europe<sup>123</sup>. Thus, the lack of "intellectual capital" is one of the problems with EU leadership<sup>124</sup>.

#### 4. *The Franco-German tandem: a new balance of power or a matter of perception?*

Even though it is still too soon for evaluating the efficacy of the adopted measures to settle the crisis, one could risk an assessment of the leadership exert by the Franco-German tandem during this process. In effect, at least in the eyes of the public opinion, German and France have assumed a leading role in tackling the euro crisis. Some of the measures agreed, stipulating more rigor in the public finances and a bolstering of the control mechanisms, were probably inevitable. In particular, the necessity to reform the

---

<sup>122</sup> This is for example the case of some of the most decisive steps of EU treaty reform negotiations. On the role of the institutional actors on EU treaty reform negotiations, see for example, BEACH, D. and MAZZUCELLI, C. (eds.), *Leadership in the Big Bangs of European Integration*, ed. Palgrave, New York 2007; CHRISTIANSEN, T., "The Role of Supranational Actors in EU Treaty Reform", in *Journal of European Public Policy*, 9:1 February 2002, pp. 33-53; CHRISTIANSEN, T.; FALKNER, G. and JORGENSEN, K.E., "Theorizing EU Treaty Reform: Beyond Diplomacy and Bargaining", in *Journal of European Public Policy*, 9:1, February 2002, pp. 12-32; DINAN, D., "The Commission and the IGC's", in NUGENT, N. (ed.), *At the Heart of the Union: Studies of the European Commission*, 2<sup>nd</sup> ed., ed. Macmillan Press, London 2000; GRAY, M. and SPENCE, D., "The Commission and Intergovernmental Conferences", in SPENCE, D. and WITH EDWARDS, G. (eds.), *The European Commission*, 3<sup>rd</sup> ed., ed. John Harper Publishing, London 2006.

<sup>123</sup> *Vid.* CRAMME, O., *op. cit.*, nota 12, p. 46.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 46.

governance of the Eurozone was evident. The same could be said regarding the establishment of renewed “rescuing” mechanisms designed to help states with less robust economies.

But Merkel and Sarkozy were not successful in passing the message: neither in what concerns the adequacy of the reform accorded, nor in establishing that the measures adopted were not to blame for the escalate of the crisis. Also they were unable to secure a full *European* consensus. This normally requires a figure capable of exerting a communicator/mediator role, a part many times efficiently performed by the European Commission. However, in the present Euro crisis’ managing the Commission was apparently assigned a marginal role. The majority of the adopted solutions resembled a “minimum common denominator”, and still some member states opted out (as was the case of the new fiscal treaty<sup>125</sup>). Consequently, the negative image of a *directoire* prevailed, endangering the solidarity and cohesion of the European project and jeopardizing the European citizen’s support.

In fact, the criticisms highlighted by the media regarding Franco-German “monopoly” of leadership appear to be endorsed by many EU specialists. Some go even further making the case that the euro crisis has been changing the balance of power in Europe, leading to a German “hegemony”. For Charles Grant, Germany is emerging as the “unquestioned leader” pushing France for a “subordinate role”<sup>126</sup>. That being said, we must stress that the Franco-German influence in the integration process could hardly be considered a novelty. As referred to in precedent sections, more than once in the history of European Union’s construction, the Franco-German axis had become decisive to push the integration process forward. This was for example the case of the reforms that lead to the completion of the single market, and afterwards the creation of the European Monetary Union and the political union.

But when comparing today’s Europe with Europe in the late eighties and early nineties there are, indeed, two differences worth noticing: first, back then the Commission, under the Presidency of Jacques Delors, was an extremely influent player; second, even though Helmut Kohl and François Mitterrand had pivotal roles in pushing the integration process forward, the crucial decisions were a result of an enlarged negotiating process. In today’s EU the negotiation dimension is still present. This fact is proved by the UK’s refusal to resume the European treaty reform process, which pushed the new agreement to the odd position of an “exclusively intergovernmental treaty”, existing outside of the EU treaties framework; and afterwards, by the decision of UK and Czech Republic not to sign the new fiscal com-

<sup>125</sup> The “fiscal compact” was not signed by the United Kingdom and Czech Republic.

<sup>126</sup> GRANT, C., “Monnet loses to de Gaulle”, 2011. Accessed at <http://www.cer.org.uk/publications/archive/bulletin-article/2011/monnet-loses-de-gaulle> (12.01.2012).

pact. In effect, the intransigency of the UK position, seconded by the Czech Republic, should at least cast some doubts in the perceived Franco-German “domination” over their partners.

Notwithstanding, it is also undeniable that there has been a dramatic alteration in the *perception* of the European citizens regarding the process of *salient* decision-making in the EU. Indeed, the key decisions on the euro crisis were sensed as being taken mainly by two major players from two big countries - Chancellor Angela Merkel with the help of President Nicolas Sarkozy - and then *endorsed* by the other euro leaders. Paradoxically, the perceived strong leadership performed by both actors - normally a welcomed characteristic in times of crises - seems like to have become counterproductive in the EU case. At least, it has contributed for broadening the decline of popular legitimacy in the EU, since a significant percentage of the European citizens appear to question the authority of the two perceived major decision-makers. By apparently subverting one of the basic principles of the EU —equality between big and small member states— Europe’s response to the present euro crisis looks to have furthered the gap between small and poor and big and rich states<sup>127</sup>.

Furthermore, the Commission was somewhat left on the margins of the process. In line with this reasoning, Olaf Cramme, referring to the current European policy-making process, sharply observes:

“Whereas the Commission used to be the central mechanism for reducing the transaction cost of any contested bargain between member states, it has become almost powerless in the face of a shifting political agenda which is now dominated by greatly sensitive policy issues outside of classical community business”<sup>128</sup>.

In fact, unlike other regional integration experiences, the European integration process has given “supranational” powers to common institutions. The Commission, in particular, was assigned with significant leadership potential. However, as the Commission performed this role successfully, some national leaders start to feel that the institution was becoming too powerful and opportunistic in pursuing its own agenda; one that was visibly more integrationist than the agenda envisioned by those national leaders. Consequently, the European Council (for some a vehicle for collective national leadership) was created. Plus, other forms of national leadership were added to the process, gradually sidelining the Commission’s role. The “golden

---

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> CRAMME, O., “What Leadership Crisis in the EU?”, 2011. Accessed at <http://www.policy-network.net/articles/4020/What-leadership-crisis-in-the-EU> (21.02.2012).

age” of the Commission is identified with Delors’ presidencies. After this period, the Commission has adopted a much more “low-profile” style, to say the least. Notwithstanding, it did manage to become associated to the decisive steps of the EU construction. The present euro crisis represents no exception. The Commission, with the European Central Bank and the International Monetary Fund formed the so-called “troika” responsible for defining and monitoring the correct implementation of the rescuing Programs in Greece, Ireland and Portugal. Also, the Commission President, Durão Barroso, has come up with several proposals based on a “twin track approach on stability and growth”<sup>129</sup>. The European Commission’s President has insisted for instance in the necessity to complement “austerity measures” with a structured plan for growth and employment<sup>130</sup>.

Yet, despite the Commission’s initiatives, it is obvious that in this particular crisis the major inputs in terms of leadership are national. The recent presidential elections in France, and the consequent stepping aside of Sarkozy, succeeded by François Hollande, does not appear to change the importance of national leadership in this crisis’ management. However, Hollande’s unveiled proposals for settle the crisis, do cast some doubts about the continuity of the Franco-German axis’ harmony.

## VI. Concluding remarks: European leadership beyond the Euro crisis

Leadership and the determination of who is to lead a group has always been a pivotal question<sup>131</sup>. As the societies grew in size and complexity, so the qualities of the leader change. In multi-level political systems, such as the European Union, leadership is more diffuse and therefore more difficult to grasp. The specificities of a multi-level arrangement render personality politics extremely difficult. Plus, in modern times, individual leaders have lost some of their importance. And yet, “... leaders are as necessary today as ever”<sup>132</sup>. In fact, timely political leadership and adequate leaders could

---

<sup>129</sup> BARROSO, J.M.D., “Seizing the moment to boost growth: 9th May message from the European Commission”, Speech/12/337, 08 May 2012. Accessed at <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/337> (25.05.2012).

<sup>130</sup> On November 2011 the European Commission adopted a package enabling “new action for growth, governance and stability”. The adopted package contains four elements: the 2012 Annual Growth Survey setting out the economic priorities for the coming year; two Regulations to tighten economic and budgetary surveillance in the euro area; and a Green Paper on Stability Bonds.

<sup>131</sup> JACOBSON, J.A., *An Introduction to Political Science*, ed. West/Wadsworth, Belmont CA 1998, p. 167.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 171.

have a tremendous impact on the success or failure of an organization or a political entity.

Such reasoning is even more relevant in times of crisis, like the present economic and financial one. The inadequacy of the existing Eurozone mechanisms to cope with a systemic crisis highlighted the necessity of reforming the EU economic governance. A first set of reforms was designed. In effect, in the past two years European leaders have adopted several measures to cope with the crisis. The short-term ones are already being implemented, but others, like the new fiscal treaty, are still in the process of ratification. Whether the plan designed to tackle the crisis will be effective remains to be seen. Yet, the growing disillusion of the European citizens regarding the path of the European project shows that proper political leadership should also rest on a vision for the future, one that reflects the European citizens' expectations and demands. An effective European leadership, thus, is one that is capable of complementing pragmatism with direction.

Despite several verdicts of failure, the European project has reached an impressive degree of integration<sup>133</sup>, which should not be jeopardized by strictly intergovernmental logics. A multi-level political system like the EU would benefit from a truly "shared leadership" that embraces national actors alongside institutional ones. It is well known that in times of difficulties or stalemates, the integration process has been traditionally impelled forward by the dynamism of a core group, some times against the will or the inertia of the others. From the normative perspective, there is nothing wrong with the ideal of shared leadership. Actually, "rather than a aria, leadership can be a chorus of diverse voices", as long as these voices will be "singing in *unison*"<sup>134</sup> [my emphasis]. Instead of being a negative feature, this almost obligation to rest in leadership "partnerships" may constitute one of the keys for the success of the European integration. Accordingly, the Franco-German tandem (preferably in concert with the European institutions, such as the European Commission, and the EP) could be beneficial for Europe, *if* and *when* it envisions a viable and shared solution for Europe as a whole. The EU is still a *common* project. Thus, as Durão Barroso asserts, the answer to our problems could only be *European*<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> According to Hix the EU is "one of the most remarkable political achievements of the modern age". *Vid.* HIX, S., *op. cit.*, nota 102, p. 26.

<sup>134</sup> PASTERNAK, B., WILLIAMS, T.D. and ANDERSON, P.F. *Vid.* GILL, R., *op. cit.*, nota 3, p. 31.

<sup>135</sup> BARROSO, J.M.D., "European Renewal: State of the Union Address 2011". Speech 11/607. Accessed at <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/607> (20.10.2011).





# Free Trade Agreements in Asia: Economic imperatives or footholds for external relevance?\*

María J. García  
National Centre Research on Europe  
University of Canterbury

**Summary:** I. Introduction.—II. Free Trade Agreements.—III. European Union Free Trade Agreement Strategy. 1. A Realist EU Trade Policy?—IV. The European Union's Free Trade Agreements in East Asia. 1. EU-Asia Economic Relations Overview. 2. Competition and Choice of FTA Partners. 3. Negotiating FTA with Asian States.—V. Concluding Remarks.

---

**Abstract:** This paper charts the motivations behind the European Union's free trade agreements (FTAs) in East Asia. Economists have cast doubts as to the benefits of individual FTAs between large economies and smaller ones, such as the agreements under negotiation between the EU and Vietnam, Singapore, Malaysia and India. This paper engages with this literature by focusing on the interplay between material interests pursued by the EU's trade policy in Asia and the political motivations, amongst which maintaining a significant international engagement and shaping future economic governance occupy a prime role. An empirical analysis based on documentary and interview materials is subject to process tracing to further our understanding of how different interests and ideas are articulated in foreign policy.

**Keywords:** FTAs, EU-Asia Relations, Trade policy, Negotiations.

**Resumen:** *Este artículo explora los motivos tras la política de acuerdos de libre comercio (ALC) de la Unión Europea en el este asiático. Los economistas se muestran escépticos respecto a los beneficios de ALCs entre economías asimétricas como en las negociaciones entre la UE y Vietnam, India, Malasia y Singapur. Teniendo esto en cuenta, este artículo investiga la interrelación entre los intereses materiales de la política comercial de la UE y los objetivos políticos que buscan los acuerdos, como mantener una presencia global y moldear la futura gobernanza económica. El análisis empírico utiliza entrevistas y documentos oficiales para trazar cómo los distintos intereses e ideas normativas influyen en, y se articulan a través de, la política comercial exterior de la UE.*

**Palabras clave:** *Acuerdos de Libre Comercio, Relaciones UE-Asia, Política comercial, Negociaciones.*

---

\* Recibido 7 de marzo de 2012, aceptado 15 de marzo de 2012.

## I. Introduction

This article charts the motivations behind the European Union's recent free trade agreements (FTAs) and FTA negotiations in Asia. Economists have cast doubts as to the benefits of individual FTAs between large economies and smaller ones, in terms of GDP indicators and industrialization, such as the agreements under negotiation between the EU and Vietnam, Singapore, Malaysia and India. The narrative of the EU's trade policy in Asia engages with this literature by focusing on the interplay between material interests pursued by the EU's trade policy in Asia and the political motivations, amongst which a realist foreign economic policy aimed at maintaining a significant international engagement and shaping future economic governance occupies a prime role. The rest of the article is divided into four more sections. Section two explains current trends in FTA and explanations thereof. Section three focuses on the aims and recent trajectory of the European Union's trade policy, in particular its position on FTAs, and outlines the theoretical implications of a realist EU trade policy. Section four analyses the economic relation and ongoing FTA negotiations between the EU and Asian states, and a final section offers some concluding remarks.

## II. Free Trade Agreements

Free Trade Agreements (FTA), Preferential Trade Agreements (PTA) and Regional Trade Agreements (RTA)<sup>1</sup> represent tools for the furthering of economic relations between two or more parties (states or regional groupings) by facilitating trade and investment exchanges. The scope and coverage of FTAs varies greatly, but what is clear is that since the global waves of economic reform and liberalization of the late 1980s and 1990s, FTAs have multiplied five-fold, from 86 to 421, over the past two decades from 1990<sup>2</sup>. This new wave of FTAs even involves states traditionally committed to multilateral liberalization, and is characterized by agreements between

---

<sup>1</sup> Most agreements are officially labeled FTAs, even if they do not liberalise 100 percent of exchanges and would be more aptly named PTAs, however, for simplification purposes and consistency with the official names of the agreements, FTA will be used throughout the article to encompass FTAs, PTAs and RTAs.

<sup>2</sup> WORLD TRADE ORGANISATION (WTO), *World Tariff Profile*. 2011 <http://stat.wto.org/TariffProfile/WSDBTariffPFExport.aspx?Language=E&Country=I> (last accessed 05/12/2011).

developed and developing states, cross-regional negotiations, and faster negotiations<sup>3</sup>.

Studied largely by economists, concerned with the technical and costly effects of a complex ‘spaghetti bowl’<sup>4</sup> of tariffs, rules of origin and regulations<sup>5</sup>, FTAs have been viewed as both stumbling blocks<sup>6</sup> and stepping stones to successful global economic liberalization<sup>7</sup> via the World Trade Organisation (WTO) within a debate on the compatibility of bilateral and multilateral liberalization<sup>8</sup>. This literature shares the assumption that free trade and liberalization lead to growth<sup>9</sup>. To substantiate this, models concerned with discriminatory effects of FTAs as they result in trade diversion away from non-preferential partners (non-FTA partners) and trade creation with FTA partners produced by lowering tariffs and nontariff barriers to FTA partners, suggest outsiders to FTAs will want to become insiders thus expanding free trade. Richard Baldwin’s metaphor of the ‘domino effect’ offers a good example<sup>10</sup>. Similarly, Gene Grossman and Elhaman Helpman claim that trade diversion provides the principal motive for forming new

<sup>3</sup> FIORENTINO, R., VERDEJA, L. and TEQUEBOEUF, C., ‘The Changing Landscape of Regional Trade Agreements: 2006 Update’, *Discussion Paper N.º 12*, WTO, Lausanne, 2007.

<sup>4</sup> BHAGWATI, J., “The World Trade System”, *Journal of International Affairs*, Vol. 48, N.º 1, 1994, pp. 279-285.

<sup>5</sup> BALDWIN, R., “Multilateralising Regionalism: Spaghetti Bowls as Building Blocs on the Path to Global Free Trade”, *The World Economy*, Vol. 29, N.º 11, 2006, pp. 1451-1518.

<sup>6</sup> BALDWIN, R., “A Domino Theory of Regionalism”, *Working paper 857*, Centre for Economic Policy Research, London, 1993; BHAGWATI, J., “The World Trade System”, *Journal of International Affairs*, Vol. 48, N.º 1, 1994, pp. 279-285; BHAGWATI, J., *Termites in the Trading System: How Preferential Agreements Undermine Free Trade*. Oxford University Press, Oxford, 2008; THUROW, L., *Head to Head: The Coming Battle among Japan, Europe and America*, William Morrow, New York, 1992; KRUGMAN, P., “Regionalism versus multilateralism: analytical notes”. In: DE MELO, J. and PANAGARIVA, A. (eds.), *New Dimensions in Regional Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 58-89.

<sup>7</sup> DENT, C.M., “Networking the Region? The emergence and impact of Asia-Pacific bilateral free trade agreement projects”, *Pacific Review*, Vol. 16, N.º 1, 2003, pp. 1-28; WEI, S. and J. FRANKEL., “Can Regional Blocs be a Stepping Stone to Global Free Trade? A Political Economy Analysis”, *International Review of Economics and Finance*, Vol. 5, N.º 4, 1996, pp. 339-347.

<sup>8</sup> MANSFIELD, E. and MILNER, H., “The New Wave of Regionalism”, *International Organisation*, Vol. 53, 1999, pp. 589-627.

<sup>9</sup> For more on economic agreement on growth and liberalisation relationship see MADISON, A., *The World Economy: A Millennial Perspective*, OECD, Paris, 2001. Despite much agreement the claim that openness leads to growth and development has also been questioned, see RODRIGUEZ, F and RODRIK, D., “Trade Policy and Economic Growth: A Skeptic’s Guide to the Cross-national Evidence”, in BERNANKE, B. and ROGOFF, K. (eds.), *Macroeconomics Annual 2000*, MIT Press for NBER, Cambridge MA, 2000.

<sup>10</sup> BALDWIN, R., *op. cit.* footnote 6, p. 4.

FTAs as states hope to avoid trade diversion effects on themselves<sup>11</sup>. As liberalization extends via FTAs, states should experience positive welfare gains.

However, models predict marginal welfare gains<sup>12</sup>, and studies estimating outcomes of FTAs between the EU and Asian states also reflect this tendency<sup>13</sup>. As Raymond Ahearn points out in reference to EU and USA FTAs with smaller partners, whilst overall results are meager, “this does not mean individual companies and workers have not benefited or that exports have not risen at faster rates, but that in the aggregate many other factors other than FTAs may be determining how well each side does overall”<sup>14</sup>. The crux of the matter is that overall welfare gains predicted by the models are asymmetrically distributed with some sectors winning substantial benefits from liberalization and FTAs and others losing out- averaging a lacklustre total.

One of the characteristics of FTAs is that unlike current rounds of negotiations at the WTO, they allow for the exclusion of some sectors from the liberalization package. Sensitive sectors can be left out of negotiations through exclusion lists.<sup>15</sup> This facilitates the position of the government negotiators who must mediate between the contradictory interests of domestic export-oriented sectors and domestically-focused producers with protectionist leanings. Because this enables policy-makers to circumvent some of the domestic opposition to economic liberalization, John Ravenhill has referred to this as “liberalisation without political pain” (for the government)<sup>16</sup>. Ironically, it is those excluded sectors that would produce the highest welfare gains if they were included within the agreements<sup>17</sup>. For this reason econo-

---

<sup>11</sup> GROSSMAN, G. and HELPMAN, E., “The Politics of FTAs”, *American Economic Review*, Vol. 85, N.º 4, 1995, pp. 667-690.

<sup>12</sup> HALLAERT, J., “Proliferation of preferential trade agreements: Quantifying its welfare impact and preference erosion”, *Journal of World Trade*, Vol. 42, N.º 5, 2008; BALDWIN, R. and VENABLES, J., “Regional Economic Integration” in *Handbook of International Economy*, Vol. 3, Elsevier, New York, 1995, pp. 1597-1644.

<sup>13</sup> IBM BELGIUM *Sustainability Impact Assessment. EU-South Korea FTA*, Brussels, Commissioned by European Commission, 2008; ECORYS *Interim Report. Trade Sustainability Impact Assessment EU-ASEAN FTA*. The Netherlands, Commissioned by European Commission, 2009.

<sup>14</sup> HALLAERT, J., “Proliferation of preferential trade agreements: Quantifying its welfare impact and preference erosion”, *Journal of World Trade*, Vol. 42, N.º 5, 2008, p. 23.

<sup>15</sup> To comply with GATT Article 24 and GATS Article 5, FTAs need to offer substantial liberalisation and not create new barriers for other parties, but it is vague exactly how much of the trade must be liberalised.

<sup>16</sup> RAVENHILL, J., “The New Bilateralism in the Asia Pacific”, *Third World Quarterly*, Vol. 24, pp. 299-317.

<sup>17</sup> WONNACOTT, P. and LUTZ, M., “Is there a case for Free Trade Areas?”, in J. SCHOTT (ed.), *Free Trade Areas and US Trade Policy*, Institute for International Economics, Washington D.C., 1989, pp. 54-84.

mists tend to oppose limited scope FTAs, and advocate multilateral liberalisation at the WTO<sup>18</sup>.

Given the limited economic gains from FTAs, scholars have turned to discern political reasons for governments to engage in complex and lengthy FTA negotiations. Jaghdish Bhagwati, for example, considers the USA a 'selfish hegemon', which while wedded to multilateral outcomes, uses the bilateral approach as a bargaining strategy to divide the non-hegemonic governments and improve the final multilateral outcome in favour of its own preferences<sup>19</sup>. Indeed, since the early 2000s the USA has pursued a "three-dimensional trade strategy: multilateral, regional and bilateral, so as to exert latent pressure on recalcitrant liberalisers" by concluding FTAs with other states creating "competition in liberalisation"<sup>20</sup>. This deliberate policy plays into assumptions like Baldwin's 'domino theory' which states that, concerned with trade diversion from a new FTA, outsiders will want their own FTA and will be more willing to acquiesce to others' demands, especially when what is at stake is access to some of the world's most important markets (like the USA, EU or China). In a similar vein, since its shift in policy announced in 'Global Europe' in 2006, the EU, too has followed a dual, multilateral and bilateral strategy for liberalization, and in its bilateral FTA has sought to institutionalize future coordination of positions at the WTO with its partners.

Smaller players may not be able to internationalise their preferences in the same way as the USA or EU through FTAs, yet, they too have important political considerations in mind when engaging in FTAs. Apart from not losing out to competitors involved in FTAs, Asian Pacific states, for example, have entered FTAs for various reasons including learning processes, locking in domestic liberalization reforms, sending signals to other potential FTA partners and strengthening their position in other negotiations<sup>21</sup>. Shujiro Urata further argues that the flurry of Asian FTAs was a response to the USA's turn to FTAs with NAFTA (1994) (in a 'domino theory' scenario), and WTO Doha Round difficulties, as well as a way to gain improvements on existing WTO commitments, as these new FTAs typically include facilitation of foreign trade and of investment as well as economic

---

<sup>18</sup> SALLY, R., "China's Trade Policy in Wider Asian Perspective". Paper prepared for the LSE/CCER conference, Beijing, 22/23, 2005, p. 41 (last accessed 23/10/2011). <http://www2.lse.ac.uk/internationalRelations/centresandunits/ITPU/docs/sallychinatradepolicy.doc>

<sup>19</sup> BHAGWATI, J., *op. cit.*, footnote 4.

<sup>20</sup> SCHOTT, J., "Free Trade Agreements and US Trade Policy: A Comparative Analysis of US Initiatives in Latin America, the Asia-Pacific Region, and the Middle East and North Africa", *The International Trade Journal*, Vol. 20, N.º 2, pp. 95-138, p. 98.

<sup>21</sup> AGGARWAL, V.K. and URATA, S., *Bilateral Trade Agreements in the Asia Pacific: Origins, Evolution and Implications*, Routledge, Basingstoke, 2006.

and technical cooperation<sup>22</sup>. He further demonstrates FTAs in East Asia have political intentionality; used by some (ASEAN) to promote greater regional integration, by others (China, Japan) as a way of strengthening their ties with ASEAN and other newly industrialized economies as they vie for leadership, and as a way of promoting liberalization and domestic reforms using external commitments as a way of circumventing domestic opposition in the aftermath of the 1997 Asian financial crisis.

Mireya Solis and Saori Katada find evidence of FTAs as tools for diplomatic power, which could explain why FTAs have not developed between the largest economies (EU, China, USA, Japan) but instead between these and smaller players or between smaller economies, as they compete for influence. They explain the proliferation of FTAs in the form of ideational diffusion, whereby states are emulating each others' policies, spurred on by a 'competitive diffusion' in which the policy is implemented in view of what competitors do<sup>23</sup>. In a sense this is the ideational equivalent to Baldwin's economic 'domino theory'. This paper further refines this idea of 'competitive diffusion' and a 'domino' by borrowing the concept of power balancing from traditional realist conceptions of foreign policy, as explained in subsequent sections. It offers a vision, based on the case of the European Union's FTA strategy in Asia, of FTAs as balance of power tools, deployed not just to avert trade diversion effects ('domino effect') or as emulation ('competitive diffusion') but also to achieve milieu-shaping objectives and to secure future power positions.

### III. The European Union's Trade Policy and FTAs

Since its establishment in the Treaty of Rome, the EU's trade policy has always purported clear economic objectives, based on liberalisation, which mirrored the internal development of the single market:

By establishing a customs union between themselves the Member States intend to contribute, in conformity with the common interest, to the harmonious development of world trade, the progressive abolition of restrictions on international exchanges and the lowering of customs barriers (Art. 206 Consolidated Treaties)<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> URATA, S., "Proliferation of FTAs in East Asia", Paper presented at PECC Trade Forum, Jeju, Korea on 23/05/2005.

<sup>23</sup> SOLIS, M. and KATADA, S., "Explaining FTA Proliferation: A Policy Diffusion Framework", in SOLIS, M.; STALLINGS, B. and KATADA, S., *Competitive Regionalism. FTA Diffusion in the Pacific Rim*, PalgraveMacmillan, Basingstoke, 2009, pp. 1-26.

<sup>24</sup> Consolidated Treaties of the European Union, *Official Journal of the European Communities*, C83, 30.3.2010, <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm> (last accessed 12/01/2012).

According to the foundational Treaties, this was to be tasked to the European Commission, which from the start was entrusted with the representation of Member States internationally in trade. Scholars in the collusive delegation camp argue that this institutional arrangement afforded the European Commission insulation from domestic settings where protectionist and liberalising interests compete, and allowed it to pursue the liberalisation objective set out in the Treaties.<sup>25</sup> Others have focused on the influence of economic interests, such as exporters, importers and import-competing interests, and nongovernmental organizations in the formulation of trade policies<sup>26</sup>. Whilst some find interests groups' pressure key in formulating trade policy<sup>27</sup>, others argue that the Member States and European Commission remain autonomous<sup>28</sup>. The complication lies in the fact that given the diverse nature of the EU, and the need to aggregate different sectoral and national interests in determining the policy, and the existence of several veto points (Commission discussion, domestic discussions, bargaining in the Council, European Parliament ratification) creates a complex system where it becomes difficult to discern which interests are being defended, once the EU

---

<sup>25</sup> MEUNIER, S., "What Single Voice? European Institutions and EU-US Trade Negotiations", *International Organisation*, Vol. 54, N.º 1, 2000, pp. 103-135; MEUNIER, S., *Trading Voices. The European Union in International Commercial Negotiations*, Princeton, Princeton University Press, 2005; WOOLCOCK, S., "European Union Trade Policy: Domestic Institutions and Systemic Factors". In KELLY, D. and GRANT, W. (eds.), *The Politics of International Trade in the Twenty-First Century: Actors, Issues and Regional Dynamics*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2005. The liberalizing impulse has not been uniform. The EU maintains a protectionist stance on agricultural issues and also cultural services, and was more protectionist in GATT negotiations in the 1970s and 1980s (see KAHLER, M. "European Protectionism in Theory and Practice", *World Politics*, Vol. 37, n.º 4, 1985, pp. 475-502).

<sup>26</sup> DUR, A. and DE BIEVRE, D., "Inclusion without Influence? NGOs in European Trade Policy", *Journal of Public Policy*, Vol. 27/ 1, 2007, pp. 79-101; GERLACH, C., "Does Business Really Run EU Trade Policy? Observations about EU Trade Policy Lobbying", *Politics*, Vol. 26, n.º 3, 2006, pp. 176-183.

<sup>27</sup> DE BIEVRE, D. and DUR, A., "Constituency Interests and Delegation in European and American Trade Policy", *Comparative Political Studies*, Vol. 38, n.º 10, 2005, pp. 1271-96; DUR, A., "Bringing Economic Interests Back Into the Study of EU Trade Policy-Making", *British Journal of Politics and International Relations*, Vol. 10, N.º 1, 2008; VAN DEN HOVEN, A., "Interest Group Influence on Trade Policy in a Multilevel Polity: Analysing the EU Position at the Doha WTO Ministerial Conference", *EUI Working Paper*, RSC N.º 2002/67, European University Institute, Florence, 2002.

<sup>28</sup> WOLL, C., "Trade Policy Lobbying in the European Union: Who Captures Whom?", In COEN, D. and RICHARDSON, J. (eds.), *Lobbying in the European Union: Institutions, Actors and Issues*, Oxford University Press, Oxford, 2007; YOUNG, A.R., *Extending European Co-operation: The European Union and the 'New' International Trade Agenda*, Manchester University Press, Manchester, 2002.



is negotiating with ‘one voice’ with third parties.<sup>29</sup> This complexity is further compounded by the fact that as the EU’s first institutionalised foreign policy, trade policy has been linked to the attainment of other foreign policy objectives<sup>30</sup>, making the EU a truly ‘conflicted trade power’<sup>31</sup>.

To consolidate certain foreign policy goals (for instance retaining influence in former colonies, stability in its neighbourhood, assisting development, promotion of human rights and a milieu-shaping normative agenda) the EU leveraged its market by offering preferential market access to selected partners, often through FTA arrangements. Some FTAs pursued developmental objectives (Lomé conventions with developing states in Africa, Caribbean and Pacific), others hoped to reinforce political reforms (FTAs with Central and European states in the 1990s), others aimed at forging closer and more stable economic relations with the EU’s neighbours (agreements with EFTA, Turkey, Mediterranean Basin states)<sup>32</sup>. Such an array of politically-motivated FTAs perhaps lent credence to economists’ complaints about the economic incongruence of FTAs.

In addition to these motivations, in the mid to late 1990s, the EU’s first genuinely economically-motivated FTAs appeared. The Global Agreement negotiated with Mexico in 1997, was a response to the creation of NAFTA and the EU’s subsequent loss of market share in Mexico<sup>33</sup>. This reflects the logic of the ‘domino theory’ of FTAs. In a pre-emptive move, the European Commission sought a negotiating mandate and opened FTA negotiations with Mercosur and Chile in 1999. The Association Agreement with Chile (agreed in 2002) and the projected one with Mercosur (under negotiation since 1999) meant to anticipate moves in the Western Hemisphere towards a Free Trade Area of the Americas (which failed), and guarantee EU business access to burgeoning markets in Latin America<sup>34</sup>. These FTAs revealed a policy concerned with competitors and with using FTAs specifically to economically balance against the USA, although the difficulties in gain-

<sup>29</sup> MEUNIER, S., “What Single Voice? European Institutions and EU-US Trade Negotiations”, *International Organisation*, Vol. 54, N.º 1, 2000, pp. 103-135.

<sup>30</sup> BALDWIN, M., “EU Trade Politics- Heaven or Hell?”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, N.º 6, 2006, pp. 926-942.

<sup>31</sup> MEUNIER, S. and NICOLAIDIS, K., “The EU as a Conflicted Trade Power”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, N.º 6, 2006, pp. 906-925.

<sup>32</sup> LAMY, P., “Stepping Stones or Stumbling Blocs: The EU’s Approach Towards the Problem of Multilateralism versus Regionalism in Trade Policy”, *The World Economy*, Vol. 25, N.º 10, 2002, pp. 1399-1413, p. 1405.

<sup>33</sup> DUR, A., “EU Trade Policy as Protection for Exporters: The Agreements with Mexico and Chile”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 45, N.º 4, 2007, pp. 833-855.

<sup>34</sup> GARCIA, M., “Incidents along the Path: Understanding the Rationale behind the EU-Chile Association Agreement”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 49, N.º 3, 2011, pp. 501-524.



ing negotiating mandates in the case of Mercosur and Chile<sup>35</sup> suggest that the ‘conflicted trade power’ often requires an imminent threat to react with conviction.

Just as these new economically-motivated FTA negotiations were commencing, the EU’s FTA policy shifted when the institutional management of FTAs in the European Commission was reformed. In 1999, the Commission reorganised its foreign affairs departments along thematic rather than geographic lines, thus, DG Trade was born. Its first Commissioner, Pascal Lamy (1999-2004), placed a moratorium on starting new FTAs (although ongoing FTA negotiations continued), and instead directed his DG’s energies towards attaining extensive multilateral liberalisation at the WTO. The agenda at this time included uploading the so-called Singapore issues into the WTO (services, public procurement, intellectual property (IP) rights and competition policy). Binding agreements on the Singapore issues would have advantages for the EU and other developed economies as their advanced service providers could benefit from access to new markets and potential lucrative public procurement deals elsewhere. This forms part of what Pascal Lamy, himself, described as the EU’s ‘deep trade’ agenda<sup>36</sup>.

Alisdair Young and John Peterson explain the ‘deep trade’ agenda focused on internationalising the Singapore issues as well as environmental and labour standards, as a response to new dynamics in international trade. Since the late 1980s controversies have revolved around behind-the-border issues (regulations and standards) rather than tariffs and quotas. As the multilateral system encroached on domestic (or EU) regulations through the agreements on Services (GATS) or intellectual property (TRIPS), new players (Parliaments, NGOs, civil society groups) became more active in expressing their voice regarding trade negotiations<sup>37</sup>. Moreover, it also became increasingly apparent that the emerging powers would no longer acquiesce to the EU-US setting the WTO agenda. The Doha Round at the WTO (launched in 2001), was specifically devoted to development to cater for the interests of these new players. Young and Peterson claim that the EU’s ‘deep trade’ agenda was a response to this, and that its developmental stance was brought about through civil society pressure and opin-

---

<sup>35</sup> DG Agriculture, agriculture groups, France, Austria, Ireland were opposed to negotiations with Mercosur given Brazil’s competitive agricultural sector, whilst other states, economic sectors and DGs in the European Commission pressed for negotiations. For background on these difficulties see GARCIA, M., *The Path to the 2002 Association Agreement between the European Union and Chile. A Case Study of Successful Political Negotiations*, Edwin Mellen, New York, 2009, ch. 4.

<sup>36</sup> LAMY, P., *op. cit.*, footnote 32.

<sup>37</sup> YOUNG, A.R. and PETERSON, J., “The EU and the New Trade Politics”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, N.º 6, 2006, pp. 795-814.

ion influencing the trade preferences of social democratic governments at the time (Schroeder's red-green coalition in Germany, Blair's development agenda in the UK), which then shaped the EU's trade policy<sup>38</sup>. In this context, Commissioner Pascal Lamy, himself a socialist, instituted a doctrine of 'harnessing globalisation' consisting of "a broad and encompassing doctrine that subordinated trade policy to a variety of trade and non-trade objectives, such as multilateralism, social justice and sustainable development"<sup>39</sup>, which was defended at the WTO.

From the onset the Doha Round was beset with confrontations and disagreements. By the 2005 Hong Kong Ministerial most of the EU's cherished items on its 'deep trade' agenda had been discarded by emerging powers from the negotiations (rules on competitions, investment policy, labour standards and most of the environmental items).<sup>40</sup> The EU's preferences in its 'deep trade' agenda live on, however in its unilateral trade policies (e.g. General System of Preferences Plus which grants better access to the EU's market in exchange for compliance on some of its labour and environmental conditions) and also in its bilateral and regional trade agreements.

Just as the EU continues to pursue its thwarted interests outside the WTO, so have other actors. Specifically, the USA, in view of the difficulties in the Doha Round, engaged in an active policy of "competitive liberalisation" engaging in FTAs with individual states (especially in Latin America and Asia), hoping fears of trade diversion would set off a 'domino effect' and encourage "recalcitrant liberalisers" to accept the enhanced sectoral liberalisation the US and EU were promoting within the aegis of the WTO.<sup>41</sup> Emulating the USA, and frustrated with the WTO, states in Asia, the world's region where FTAs had traditionally been absent, engaged in a frenzy of FTA negotiations as well<sup>42</sup>, although these FTAs have tended to be 'shallower', i.e. less comprehensive in scope than those negotiated by the USA<sup>43</sup>.

Whilst other actors were pursuing their trade preferences through FTAs (Including establishing regulatory standards or gaining mutual recognitions for these, certain types of IP protection, etc.), the EU continued to hope for a resolution to the Doha Round. When Peter Mandelson took over DG

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 806.

<sup>39</sup> MEUNIER, S., "Managing Globalisation: The EU in International Trade Negotiations", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 45, N.º 4, 2007, pp. 905-926, p. 906.

<sup>40</sup> YOUNG, A. and PETERSON, J., *op. cit.*, footnote 37, p. 807.

<sup>41</sup> SCHOTT, J., *op. cit.*, footnote 20, p. 98.

<sup>42</sup> URATA, S., *op. cit.*, footnote 22.

<sup>43</sup> SALLY, R., "Looking East: The European Union's New FTA Negotiations in Asia", *Jan Tumlir Policy Essays/3/2007*, ECIPE, Brussels, 2007.

Trade in late 2004, he and his team, concerned with the rise in USA and other FTAs, and the absence of similar ‘deep trade’ arrangements for the EU, developed a new EU trade policy, which was encapsulated in the ‘Global Europe’ Document presented in 2006. ‘Global Europe’ for the first time established an explicit EU FTA policy and laid out the economic rationale behind FTAs:

The key economic criteria for new FTA partners should be market potential (economic size and growth) and the level of protection against EU export interests (tariffs and non-tariff barriers). We should also take account of our potential partners’ *negotiations with EU competitors*, the likely impact of this on EU markets and economies...

Based on these criteria, ASEAN, Korea and Mercosur (with whom negotiations are ongoing) emerge as priorities. They combine high levels of protection with large market potential and they are active in concluding FTAs with EU competitors<sup>44</sup>.

The choice of immediate FTA partners reveals a balancing imperative, which is reiterated elsewhere in the policy: “[w]here our partners have signed FTAs with other countries that are competitors to the EU, we should seek full parity at least”.<sup>45</sup> India and Russia are mentioned as potential candidates too, if less urgent as they were not in direct negotiations at the time with the USA, and therefore the immediate need to balance against USA competitors was absent. Strengthening strategic links with important emerging markets appears to be a key motivating factor behind EU FTAs with Mercosur, but more especially South East Asia and India. Here the aim is simply to strengthen trade and investment links with markets that will be important in the future<sup>46</sup>, thus attempting to pre-empt any bilateral deals that these future markets may make with EU competitors. Even if the sustainability studies indicate meager overall welfare gains from these FTAs<sup>47</sup>, the fear of being left out of the FTA networks and perhaps having some exporters at a disadvantage to USA or Asian exporters elicits such policy responses. This is in line with the economic rationale of the ‘domino theory’, the ideational logic of ‘competitive diffusion’, but also, with the use of

<sup>44</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Global Europe. Competing in the World*, Brussels, 2006, p. 11.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>46</sup> WOOLCOCK, S., “European Union Policy Towards Free Trade Agreements”, *ECIPE Working paper No 3*, ECIPE, Brussels, 2007, p. 4.

<sup>47</sup> IBM BELGIUM, *op. cit.*, footnote 13; ECORYS, *op. cit.*, footnote 13; DECREUX, Y.; MILNER, C. and PERIDY, N., *The Economic Impact of the Free Trade Agreement between the EU and Korea*, CEPII/ATLASS, Brussels Study for European Commission, 2010.

FTAs as tools to maintain an economic balance of power and hedge against another player's preferences becoming the standard.

Trade Commissioner Karel De Gucht's<sup>48</sup> 2010 'Trade, Jobs and Growth' strategy follows a very similar line to 'Global Europe' with respect to FTAs and the WTO<sup>49</sup>. The 2010 Strategy continues past trends: it reiterates the aim to complete the Doha Round in 2011<sup>50</sup>, prioritises the continuation of competitiveness-driven FTA negotiations<sup>51</sup>, and continues to focus on achieving international liberalisation of public procurement and regulatory regimes<sup>52</sup>. Consistency with the 'deep trade' agenda, and pursuit of EU interests encompassed by it, has been reiterated by Commissioner De Gucht with respect to negotiations with Asia: "We are not available to do shallow FTAs"<sup>53</sup>.

### 1. *An EU Realist FTA Strategy?*

In the post-'Global Europe' era, EU trade policy seeks economic advantages, and to balance against trade diversions and exclusion from preferential arrangements, in a behavior that echoes conceptions of realist foreign policy. Realist and the more nuanced neorealist tradition, view the international arena as an anarchic structure and self-help system besieged by conflictive competition between the actors in the system<sup>54</sup>, sovereign states. Realism's "theory of action is based on a self-interest which is defined in a predominantly materialist"<sup>55</sup>, with actors' behavior is determined by rationalist models of decision-making<sup>56</sup>, where "foreign policy is explained by reference to the goal-seeking behaviour" of self-interested utility-maximis-

<sup>48</sup> Trade Commissioner since late 2009.

<sup>49</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Trade, Growth and World Affairs. Trade Policy as a Core Component of the EU's 2020 Strategy*, 2010.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>53</sup> DE GUCHT, K., "Europe and Singapore: partners in trade, partners for growth", Speech delivered at Lee Kuan Yew School of Public Policy, Singapore, 3 March 2010. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/58> (last accessed 20/11/2011).

<sup>54</sup> WALTZ, K., *Man, the State and War: A Theoretical Analysis*, Columbia University Press, New York, 1959.

<sup>55</sup> GUZZINI, S., "The Enduring Dilemmas of Realism in International Relations", *European Journal of International Relations*, Vol. 10, N.º 4, 2004, pp. 533-568, p. 536.

<sup>56</sup> KAHLER, M., "Rationality in International Relations", *International Organization*, Vol. 52, N.º 4, 1998, pp. 919-941, p. 924.

ing actors<sup>57</sup>. These approaches tend to define self-interest in terms of strategies seeking to guarantee the security and sovereignty of the state<sup>58</sup>. To ensure security and integrity, states are concerned with their power position vis-à-vis competing states, building power resources (e.g. armies in case of conflict). Hence the importance afforded to concepts like power balancing. In the neorealist framework, states will cooperate only if it furthers their national interests and guarantees absolute or relative gains that are greater to those afforded to the other parties<sup>59</sup>. Although realists perceive states as unitary actors acting within a bounded rationality to first and foremost increase their security, they accept that states also act according to second-order interests which rank below national security and which will be sidestepped if they conflict with core security interests or balance of power logics<sup>60</sup>.

However, interests are not exclusively linked to physical security. Economic and commercial interests are crucial to the functioning of states and just as important in shaping interests and actions, especially in the current globalized world<sup>61</sup>, where states compete for resources to enhance economic growth<sup>62</sup>, market shares and investment. As Robert Gilpin puts it:

in a highly integrated global economy, states continue to use their power and to implement policies to change economic forces favourable to their own national interests and the interests of their citizenry. These national economic interests include receipt of a favourable share of the gains from international economic activities and preservation of national autonomy<sup>63</sup>.

Although the EU is clearly not a state, in trade policy, once the internal decision-making processes of bargaining and interest aggregation have been completed, it acts as though it were a unitary entity in international negotia-

---

<sup>57</sup> FEARON, J. and WENDT, A., "Rationalism versus Constructivism: A Skeptical View", in CARLNAES, W.; RISSE, T. and SIMMONS, B. (eds.), *Handbook of International Relations*, Sage, London, 2002, pp. 52-72, p. 54.

<sup>58</sup> MEARSHEIMER, J., *The Tragedy of Great Power Politics*, W.W. Norton, New York, 2001.

<sup>59</sup> WALTZ, K., *Theory of International Politics*, McGraw-Hill, New York, 1979.

<sup>60</sup> MEARSHEIMER, J., *op. cit.*, footnote 58, p. 46.

<sup>61</sup> GRIECO, J., "Understanding the problem of international cooperation: the limits of neo-liberal institutionalism and the future of realist theory", in BALDWIN, D. (ed.), *Neorealism and Neoliberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, pp. 301-39; SCHWELLER, R.L., "Realism and the Present Great Power System: Growth and Positional Conflict over Scarce Resources", in KAPSTEIN, E. and MASTANDUNO, M. (eds.), *Unipolar Politics: Realism and State Strategies After the Cold War*, Columbia University Press, New York, 1999, pp. 28-67.

<sup>62</sup> GILPIN, R., *The Political Economy of International Relations*, Princeton University Press, Princeton, 1987.

<sup>63</sup> GILPIN, R., *Global Political Economy* Princeton University Press, Princeton, 2001, p. 21.

tions. This justifies an EU level policy analysis and facilitates the application of realist concepts. With the notable exception of Zimmerman's (2007) explanation of the EU's positions on Chinese and Russian WTO accession as based on realist considerations of power rather than domestic mobilization of pro-liberalisation interests, realism has largely been absent from studies of EU trade policy<sup>64</sup>. However, as the EU's trade policy becomes increasingly concerned with international economic competition and balancing against possible commercial advantages negotiated by other parties, realist (more precisely neorealist) approaches which integrate commercial interests as constituents of national interests can aid in our understanding of events. A realist EU trade policy is, therefore, one where the EU pursues a strategic policy to maximise the benefits to its own economic actors, which includes milieu-shaping rule adoption (exporting its competition policy, IPR rules, labour and environmental standards), gaining allies for multilateral talks, entering a market before competitors, and so on, and not just an increase in short-term absolute trade. Milieu-shaping rule adoption is particularly crucial to the EU's trade policy as it serves a dual purpose of securing material economic advantages, but also serves to further normative aims of the EU<sup>65</sup>, which highlights what economists have noted "that nothing in their [rationalist] approach prevents taking desires, (or interests or preferences) as being informed by or based on norms"<sup>66</sup>. A turn towards a more explicitly self-interested trade policy is particularly salient since the competitiveness-driven 'Global Europe' agenda of 2006, which responded to a more competitive international environment. In this sense the policy also signified a pragmatic and realist shift.

#### IV. The European Union's FTA Strategy in East Asia

##### 1. *EU-Asia Economic Relation Overview*

Over the last decade the economic relationship between Europe and Asia has changed dramatically. Europe-Asia bilateral trade flows have in-

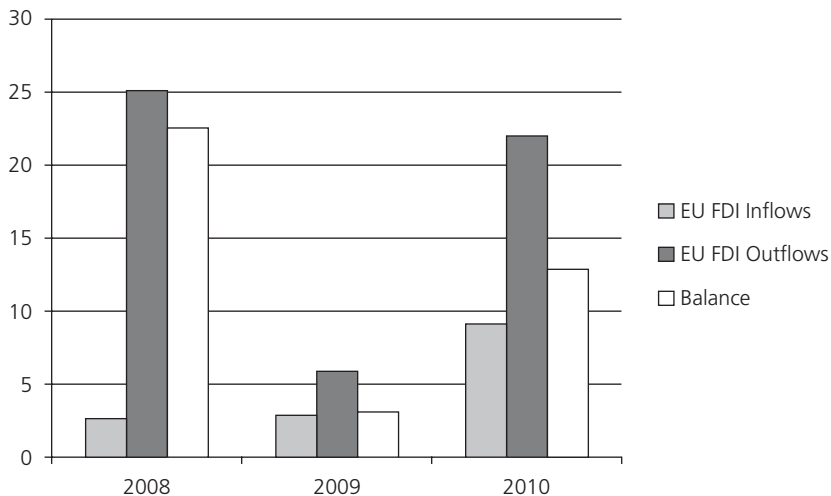
---

<sup>64</sup> ZIMMERMAN, H., "Realist Power Europe: The EU in the Negotiations on China's and Russia's WTO Accession", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 44, N.º 4, 2007, pp. 813-832.

<sup>65</sup> Normative aims of the EU include value promotion (human rights, democracy), but also protecting the EU's social model (which requires others to also adopt higher labour standards). The interplay of material and non-material interests in the EU's grand strategy as an international actor is presented in SMITH, M.E., "A Liberal Grand Strategy in a Realist World? Power, Purpose and the EU's Changing Global Role", *Journal of European Public Policy*, Vol. 18, N.º 2, 2011, pp. 144-163.

<sup>66</sup> FEARON, J. and WENDT, A., *op. cit.*, footnote 57

creased by more than 50 percent in recent years. Previously both regions directed their largest trade flows to North America, now flows between these two regions are greater than their respective flows to North America.<sup>67</sup> In 2010 China was the EU's top supplier (18 percent of EU imports) and second market (8.4 percent of EU exports), whilst the EU accounts for about a quarter of China's trade. ASEAN accounted for 5.2 percent of total EU trade, and China, India, Japan and South Korea were amongst the EU's top ten trade partners<sup>68</sup>. Foreign Direct Investment (FDI) flows have followed a similar dynamic, experiencing sharp rises. EU FDI stocks in Asia increased by 74 percent between 2004 and 2009, and account for 15.1 percent of total EU outward FDI. FDI inflows from Asia have risen by 10 percent over the same period and represent 11 percent of total FDI in the EU<sup>69</sup>. As Figures 1 and 2, overleaf, show, even in the depths of the financial and economic crisis besieging Europe since 2008, significant FDI flows have continued.

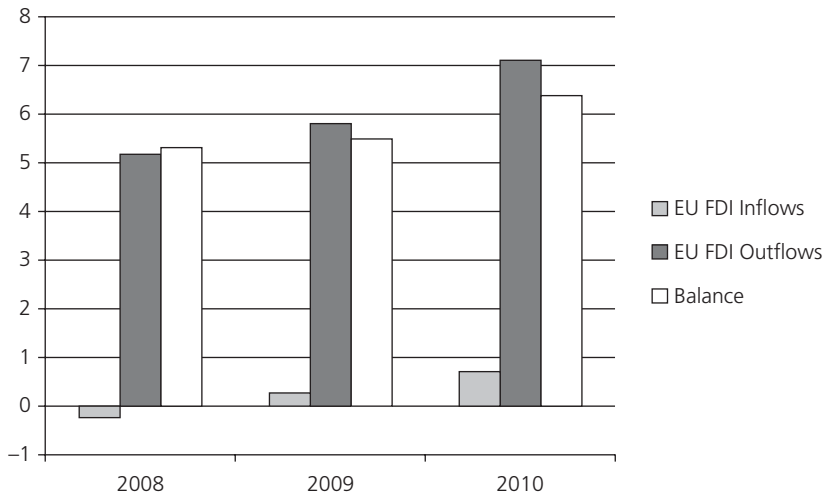


**Figure 1**  
EU-ASEAN FDI Flows (Billion EURO)

<sup>67</sup> GAVIN, B. and SINDZINGRE, A., "EU Trade Relations with Emerging Asia: Identifying the issues", *Asia Europe Journal*, Vol. 7, N.º 9, 2009, pp. 9-22, p. 10.

<sup>68</sup> DG TRADE, European Commission Website: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/regions/asean/> (last accessed 01/12/2011).

<sup>69</sup> Author calculations with data from EUROSTAT EU FDI Extra-EU27 <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=0&pcode=tec00094&language=en> (last accessed 01/12/2011).



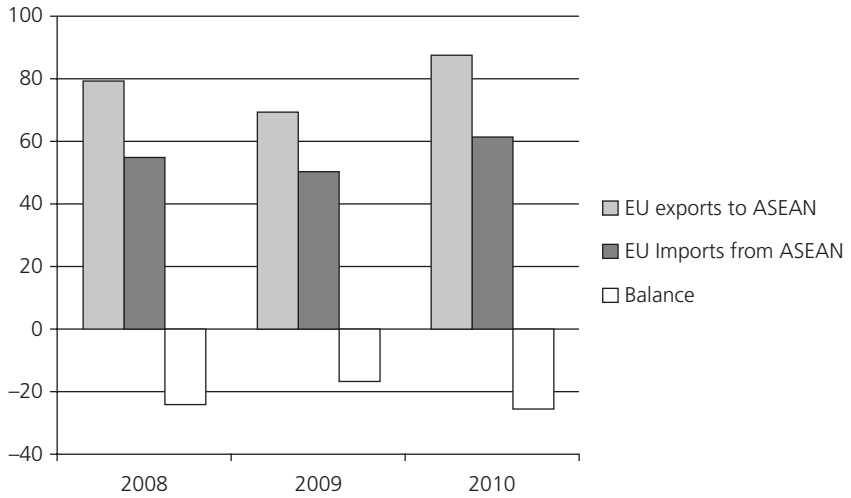
Source: EUROSTAT Comtext.

**Figure 2**  
EU-China FDI Flows (Billion EURO)

Unprecedented economic growth in China, and other emerging states in the region, and these states' greater integration in global markets (not least through the accession of China to the WTO in 2001) has led to this situation. As these states adopted pro-market reforms, they attracted greater FDI, at the same time their export-led growth model (and ability to mass produce consumer goods at competitive rates) has translated in a sharp rise in trade flows. Increased levels of prosperity in emerging states have also signified the appearance of new and populous markets where EU firms want to sell their goods and services (also enhancing trade flows in the other direction). The result is a complex economic relationship, characterized by interdependence between the economies, and not short of idiosyncrasies. Whilst the EU and China, for example, rely on each other, highly mediatic trade conflicts are common in the relationship<sup>70</sup>. Some of these complications arise from the trade imbalances between the EU and Asian states, which are magnified in the case of China. The EU suffers significant trade in goods deficits with Asian states (see Figures 3, 4) but displays small surpluses

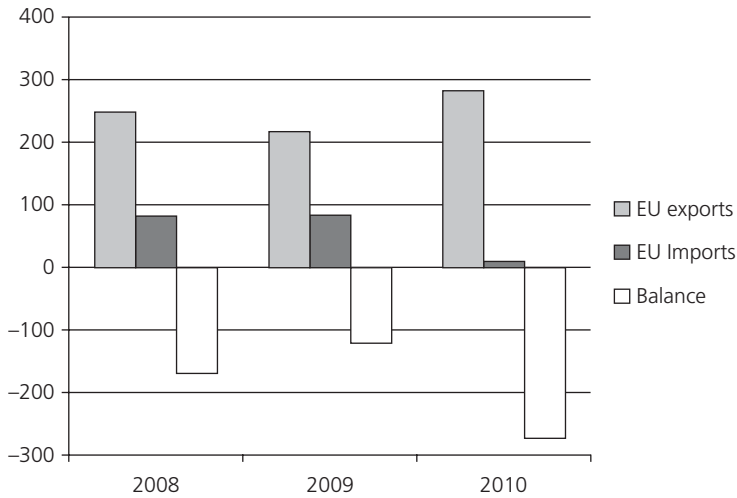
<sup>70</sup> HERON, T., "European Trade Diplomacy and the Politics of Global Development: Reflections on the EU-China 'bra wars' dispute", *Government and Opposition*, Vol. 42, N.º 2, 2007, pp. 190-214.



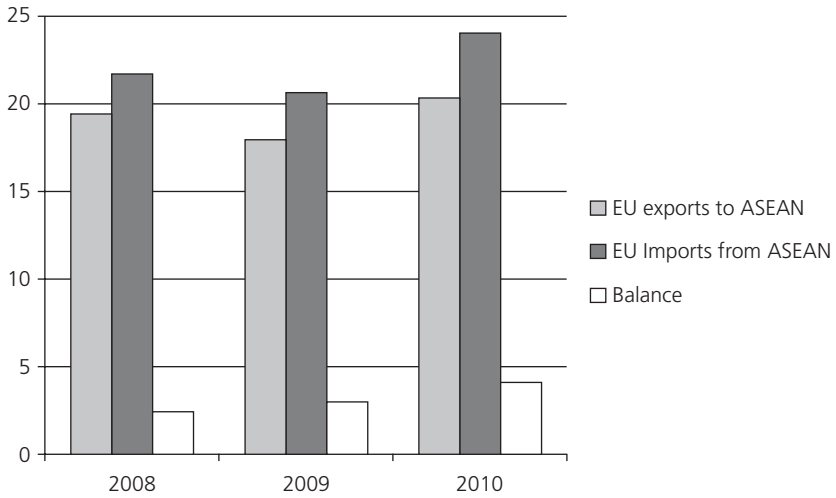


Source: EUROSTAT Comtext.

**Figure 3**  
EU-ASEAN Trade in Goods (Billion EURO)

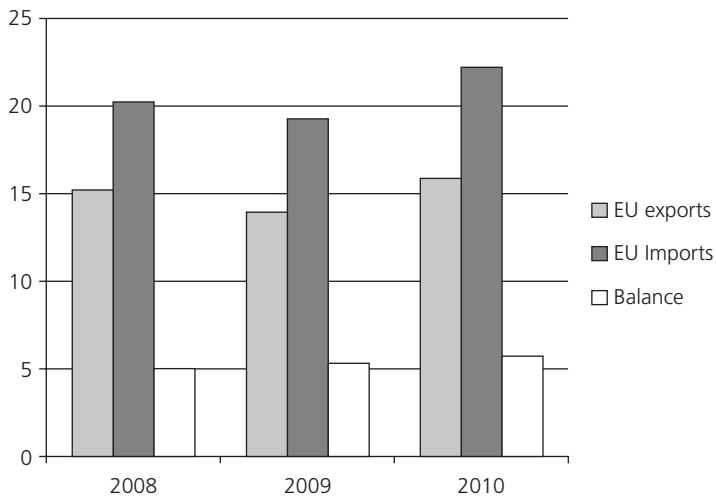


**Figure 4**  
EU-China Trade in Goods (Billion EURO)



Source: EUROSTAT Comtext.

**Figure 5**  
EU-ASEAN Trade in Services (Billion EURO)



Source: EUROSTAT Comtext.

**Figure 6**  
EU-China Trade in Services (Billion EURO)

in trade in services (see Figures 5, 6). Asian export-led growth policies, trends in globalization, and the choices of transnational corporations developing international production chains, have created this situation. What is striking is that in contentious issues, such as anti-dumping measures, often EU states, economic sectors, and even particular firms are at odds with each other and EU policies, given their different economic structures and choices<sup>71</sup>.

Trade has been a cornerstone of the EU's strategy for Asia for decades. In 1994, the European Commission launched its 'New Asia Strategy', when Commissioner for the developing world, Manuel Marín, separated the framework policies for Asia and Latin America. The policy stressed concerns with 'losing out' economic opportunities in the region:

The Union stands to lose out on the economic miracle taking place there because of the strong competition: from Japan and the United States, and also increasingly from companies within the region's newly industrialised and capital rich countries such as Korea or Taiwan [...] If European companies are unable to take a full share of the world's main centre of growth in the next decade this will affect their profits and competitiveness, not only in Asian markets, but also world-wide. [...] <sup>72</sup>

'New Asia Strategy' proposed enhanced discussions, exchanges, linkages between companies and chambers of commerce and discussions on mutual recognition of standards and investment environments as measures to strengthen trade and investment ties and ensure a strong European economic presence in the region. These measures sought to secure EU material interests in the region, and also to establish future milieu-shaping regulatory environments. Acknowledging the diverse levels of development in the region, the strategy also focused on poverty alleviation plans, cooperation in fighting drugs, environmental matters, and also on sponsoring regional integration, (especially through continued support for ASEAN), thus displaying more normative concerns and ambitions as well.<sup>73</sup> These same topics have remained key aspects of the EU's relations with the region, and reappear in subsequent documents. Concerns with further enhancing economic ties with Asia are also constant throughout time:

---

<sup>71</sup> Countries in the EU that produce shoes demand EU action against Chinese shoe imports, whilst others and consumers demand more imports. Sometimes the competition is between EU firms that have relocated production and other EU firms that have kept production lines in the EU. For more see SHU, M., "Dealing with an emerging economic power: The EU's Trade policy towards China" Paper presented at PSA 60<sup>th</sup> Annual Conference, Edinburgh, 30/3/2010.

<sup>72</sup> EUROPEAN COMMISSION, *New Asia Strategy*, Brussels, COM(94)314, 1994, p. 18.

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 18.

[...] we should redouble our efforts to enhance the open multilateral framework for trade and investment, to remove non-tariff barriers to trade and investment, and to enhance the legal, regulatory and technical framework for our economic operators<sup>74</sup>.

Likewise, DG Trade's 'Global Europe' reinforced the trend. It is symptomatic of the importance afforded to Asia by this stage, that 'Global Europe' specifically mentions China in grave terms: "Europe must get China right, as an opportunity, a challenge and prospective partner"<sup>75</sup> and the fact that another policy paper dealing exclusively with this relationship accompanied 'Global Europe'<sup>76</sup>. Responding to setbacks in the WTO Doha Round negotiations, where the EU hoped to extend its 'deep trade' agenda preferences, the USA's increased number of FTA negotiations in the Western Hemisphere and Asia, Asian FTAs and Asian economic growth, in its new trade policy, the EU actively sought to extend the EU's economic governance preferences in its relations with Asia. Abandoning Lamy's FTA moratorium and advocating extensive FTAs was a specific tool to address a potential loss of EU competitiveness in emerging markets. 'Global Europe' emphasized this economic imperative in contrast with pre-2000 FTAs which followed developmental and stability goals: "in order for trade policy to help create jobs and drive growth, economic factors must play a primary role in the choice of future FTAs"<sup>77</sup>.

## 2. *Competition and Choice of Asian FTA Partners*

A realist emphasis on competitiveness and balancing against the FTAs of the USA is reflected in the choice of FTA partners. ASEAN and South Korea are signaled as immediate priority areas. Korea was in FTA negotiations with the USA, Singapore, Thailand, and Malaysia (ASEAN members) had also negotiated FTAs with the USA. ASEAN states were also involved in FTA negotiations with China, although this FTA which entered into force in January 2010 is less extensive than those negotiated by the USA and EU. Table 1, overleaf, shows the timing of USA and EU agreements and clearly demonstrates this balancing, emulation and 'catch-up' reflex.

---

<sup>74</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Europe and Asia: A Strategic Framework for Enhanced Partnerships* COM (2001) 469, 2001, p. 13.

<sup>75</sup> EUROPEAN COMMISSION, *op. cit.*, footnote 44, p. 12. Apart from the trade relationship with the USA this is the only specific relationship that gets its own mention.

<sup>76</sup> EUROPEAN COMMISSION, *EU-China Closer partners, Growing Responsibilities*, COM(2006)632, 2006.

<sup>77</sup> EUROPEAN COMMISSION, *op. cit.*, footnote 44, p. 11.

**Table 1**  
Comparative Timeline of EU, USA, Chinese, FTAs in Asia

	CHINA start	CHINA end	USA start	USA end	EU start	EU end
ASEAN	2001	2007 (2010*)			2007	Suspended 2010
Hong Kong		2003				
Macao		2003				
Thailand		2003	2004 (suspended 2006 after regime change)			
Singapore		2008	TPP^ 2008	2003 (2004)	2010	
South Korea			2006	2007 (end 2011)	2007	2009 (mid 2011)
Malaysia	(ASEAN)		2006 (prior trade investment framework agreement 2004)		2010	
Vietnam	(ASEAN)		TPP 2008		2010	
Myanmar	(ASEAN)					
Japan						
Pakistan		2006				
Brunei			TPP 2008			
India	2008 Feasibility study- highly unlikely		Commercial dialogue		2007	

*ASEAN:* Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Lao PDR, Malaysia, Myanmar, Philippines, Singapore, Thailand, Viet Nam.

Dates in brackets represent implementation dates when these differ from conclusion of negotiations.

\* 2010 for Brunei Darussalam, Malaysia, Singapore, Philippines, Thailand, Indonesia, 2015 for others.

^ TPP stands for Transpacific Partnership.

*Sources:* European Commission DG Trade website, US Trade Representative website, ASEANWEB (2011)<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> ASEANWEB <http://www.asean.org/20164.htm>; European Commission Trade Website <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/free-trade-agreements/>; India Business [http://business.gov.in/trade/trade\\_agreements.php](http://business.gov.in/trade/trade_agreements.php); MOFCOM Chinese Ministry of Foreign Trade [http://fta.mofcom.gov.cn/english/fta\\_qianshu.shtml](http://fta.mofcom.gov.cn/english/fta_qianshu.shtml); USTR United States Office of the Trade Representative <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements> (all last accessed 12/12/2011).

The realist imperative of balancing against competitors, maintaining economic footholds in the region and impacting economic governance through the standards and norms negotiated in FTAs, is evident in the choice of partners, and also in the underlying desire to pursue FTAs that were estimated to afford very meager overall welfare returns to the EU. South Korea is the EU's 8<sup>th</sup> largest trading partner (2.3% of EU trade) and the EU is Korea's second export destination, yet GCE models predicted welfare effects on GDP of this agreement at 0.08 percent for the EU and between 0.4 and 2 percent for South Korea, as a result of potential higher FDI.<sup>79</sup> Benefits of FTAs are distributed unevenly across economies and sectors, accounting for overall limited returns, even when rises in Korean exports to the EU of 34 percent and of 82 percent for EU exports were expected.<sup>80</sup> In a comprehensive EU-ASEAN FTA scenario welfare gains as percentage of GDP were estimated at 0.23% for the EU and 3.66 to 15.27% for different ASEAN states, and in the case of a restrictive FTA at merely 0.02% and 0.08-1.92% respectively,<sup>81</sup> with ASEAN states gaining additional market access to the EU and European transnational corporations strengthening their impact in the ASEAN region. In essence, a longer-term balancing and competitiveness strategy, (securing favourable intellectual property regulations, public procurement treatment, and access to future business opportunities) is at play in these FTA negotiations, rather than short-term overall economic gains.

Further evidence of this can be found in the fact that a FTA with South Korea was prioritised, but not one with Japan, even though Japan is the EU's 6<sup>th</sup> trade partner and accounts for 3.2 percent of EU total trade (0.9 percent more than South Korea)<sup>82</sup>. The reason for this is the EU chose to focus on the faster growing markets in the region (ASEAN and South Korea)<sup>83</sup>, but also the fact that Japan was not in negotiations with the USA. Fearing that its manufacturers would be disadvantaged once the EU reduced tariffs on Korean manufactures, Japan asked the EU to initiate FTA negotiations in 2010, in line with 'domino theory' predictions.<sup>84</sup> Even then, the EU remained lukewarm, partly to facilitate the passage of the Korea FTA in the European Parliament without fears of extending those advantages to Japan.

---

<sup>79</sup> IBM BELGIUM, *op. cit.*, footnote 13, p. 13.

<sup>80</sup> DECREUX *et al.*, *op. cit.*, footnote 47, p. 6.

<sup>81</sup> ECORYS, *op. cit.*, footnote 13, p. 18.

<sup>82</sup> EUROPEAN COMMISSION, Relations with Japan Website <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/countries/japan/> (last accessed 25/12/2012).

<sup>83</sup> JAPAN TODAY, 'For EU, Japan not as attractive as other Asian economies' 01/05/2010.

<sup>84</sup> FALETTI, S., "FTA Deal with Seoul to boost EU's trade offensive in Asia", *Europolitics*, 13/10/2010.

However, intensifying ongoing dialogues on regulatory reform and nontariff barriers, in May 2010, Japan and the EU did establish a high level group to discuss upgrading their economic relationship and study a potential FTA. Although negotiations have not begun, the results of the EU's public consultation in November 2010 were favourable to a FTA, as is Japanese business<sup>85</sup>, and future negotiations are likely. Japan is negotiating with ASEAN, as is South Korea, in what in effect would "network" the entire East Asia region through ASEAN plus Three FTAs<sup>86</sup>, and is also considering entering the negotiations of a Transpacific Partnership with the USA, Australia, New Zealand, Brunei, Chile, Peru, Singapore, Malaysia and Vietnam. Within this context, Japan becomes a more attractive, and pressing, FTA prospect within the EU's competitiveness and balancing agenda.

### 3. *Negotiating FTAs with Asian states*

When the EU did enter negotiations with Asian states following 'Global Europe', it did so with ASEAN, South Korea and India in 2007. All sets of negotiations progressed more slowly than had been envisaged. In the case of ASEAN, differences in levels of development and preferences amongst ASEAN members and the EU's requirements that its FTAs encompass more than trade, but also investment, procurement, intellectual property rights, and a host of political clauses, complicated the negotiations. The Philippines, for example, signaled from the start that the political cooperation agreement would be problematic as it requires signatories to become members of the International Criminal Court<sup>87</sup>.

Shifting from its previous trade strategy prioritizing multilateral and interregional negotiations (with ASEAN, Mercosur, Central America), which had even been characterized by some as "a doctrine of global policy-based on interregionalism",<sup>88</sup> Trade Commissioner De Gucht (since 2009) on a trip to South East Asia in March 2010 announced the launch of negotiations for a FTA with Singapore and with Vietnam, and in November that year he launched negotiations with Malaysia. The move to bilateral deals seems to

---

<sup>85</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation*, 2012 [http://trade.ec.europa.eu/consultations/?consul\\_id=148](http://trade.ec.europa.eu/consultations/?consul_id=148) (last accessed 15/02/2012).

<sup>86</sup> DENT, C., "Networking the Region? The emergence and impact of Asia-Pacific bilateral free trade agreement projects", *Pacific Review*, Vol. 16, N.º 1, 2003, pp. 1-28.

<sup>87</sup> Bilaterals Webiste, [www.bilaterals.org](http://www.bilaterals.org) (last accessed 10/12/2012).

<sup>88</sup> SODERBAUM, F., STRALGREN, P. and VAN LAGENHOVE, L., "The EU as a Global Actor and the Dynamics of Interregionalism: A Comparative Analysis", *European Integration*, Vol. 27, N.º 3, 2005, pp. 365-380, p. 371.

reflect a more pragmatic approach to FTAs, as a bilateral deal will be easier to negotiate than a FTA with another regional grouping that often lacks the level of institutional unity in the negotiations that the European Commission has developed<sup>89</sup>. The bilateral approach also enables the EU to keep up mainly with USA FTAs, which included FTAs with Singapore and Malaysia and negotiations with Vietnam within the Transpacific Partnership, as well as keeping up with China's and Japan's FTAs in the region. In the particular case of the EU-ASEAN FTA, the bilateral approach would also allow European governments to avoid taking on any commitments that support the regime in Myanmar and also to deal with the economic heterogeneity among ASEAN members.<sup>90</sup> Notwithstanding this, the EU remains intent on an eventual bloc-to-bloc FTA with ASEAN as highlighted by De Gucht himself:

The launch of FTA negotiations with Singapore, for us, marks the beginning of a deeper engagement with Asia, and in particular in our relations with the ASEAN region.

Although Singapore is the 'first one in', our door remains open for other ASEAN countries interested in negotiating a comprehensive free trade agreement with us. We are not available to do shallow FTAs, but we will be mindful of differences in levels of development<sup>91</sup>.

Due to the nature of ongoing negotiations, little data is available about the negotiations with Singapore, Vietnam, Malaysia, and India. Given Singapore's open economy, its competitive service sector, negotiations should be easier than with the other partners as some of the EU's liberalization requirements in services will not be challenging for the city-state. On the other hand, EU requirements for opening public procurement markets are proving difficult to reconcile with the developmental economic policies of partners like Malaysia, India and Vietnam, whose governments use public contracts to direct FDI to particular regions. The EU Head of Delegation in Malaysia claimed progress had been made in the negotiations, but conceded in September 2011 that negotiations would be complicated<sup>92</sup>.

Negotiations with India, which were initially scheduled to conclude in 2009, continue in 2012. EU demands for opening public procurement ten-

---

<sup>89</sup> ROBLES, A., "An EU-ASEAN FTA: The EU's Failures as an International Actor", *European Foreign Affairs Review*, Vol. 13, N.º 4, 2008, pp. 541-560, p. 337.

<sup>90</sup> Bilaterals Website, *op. cit.*, footnote 87.

<sup>91</sup> DE GUCHT, K., *op. cit.*, footnote 53.

<sup>92</sup> MALAYSIA DIGEST, "Fifth Round of EU-Malaysia Negotiations" 30/09/2011 <http://malaysiandigest.com/business/32357-fifth-round-fta-negotiations-between-malaysia-eu-in-mid-oct.html> (last accessed 30/09/2011).



ders have been heavily resisted by Indian negotiators and, as a face-saving measure for both parties, India has agreed to open the federal level public procurement market. However, most public contracts occur at the state level, and EU firms would be excluded from these. EU intellectual property provisions (and their effects on Indian generic medicine production), different preferences in the liberalization of services (with the EU wanting banking liberalization, and India liberalization in visas for short-term service provision in IT) have been significant stumbling blocs as well<sup>93</sup>. EU negotiators hope to finalise an agreement in 2012, but the final outcome remains uncertain. Negotiations with India represent an interesting case: given India's economic growth and future significance, it was signalled as a second-order FTA priority in 'Global Europe' but negotiations were launched at the same time as with first-order priority states. Apart from securing its future position in India, negotiations aimed to ensure the EU would not lose out to a potential FTA with the USA, which although as yet uninitiated, has been subject of speculation for years. Influenced by its own desire to avoid losing out to advantages negotiated by its main competitors, the USA is increasingly interested in negotiating a FTA with India given EU negotiations<sup>94</sup>. Its wishes to strengthen the USA-India strategic partnership as part of its containment of China and its international strategy against terrorism, further account for talks about a possible USA-India FTA<sup>95</sup>.

Balancing against potential advantages negotiated by the USA, was a key motivation behind EU negotiations with South Korea. Although the USA had commenced negotiations earlier, in the end the EU finalised its FTA with Korea sooner and its ratification took place six months ahead of that of the USA-Korea FTA. Despite the Korean government's keen interest in FTAs, and having already agreed to liberalise services and public procurement with the USA, negotiations were more complex than EU negotiators had expected. Whilst the EU assumed Korea would grant it USA parity, "Korea did not see any reason why [this] should be the case given the very different stakes involved in the [Korea-EU] and [Korea-USA] negotiations" due to the different trade and investment patterns between the EU and Korea and the USA and Korea<sup>96</sup>. Disagreements over the extent of liberalisa-

---

<sup>93</sup> KHORANA, S. and PERDIKIS, N., "EU and India Free Trade Agreement: Deal or No Deal?", *South Asia Economic Journal*, Vol. 11, N.º 2, 2010, pp. 181-206.

<sup>94</sup> PREEG, E.H., "The Growing US Interest in a Free Trade Agreement with India", *Economic Report*, MAPI (Manufacturers Alliance), Virginia, 2011.

<sup>95</sup> CURTIS, L. and CHENG, D., "The China Challenge: A Strategic Vision for US-India Relations", *Backgrounders*, The Heritage Foundation, MA., 2011.

<sup>96</sup> NICOLAS, F., "Negotiating a Korea-EU free trade agreement: easier said than done", *Asia Europe Journal*, Vol. 7, 2009, pp. 23-42, p. 42.

tion of the EU market to Korean car exports were protracted, and even parts of the political cooperation framework agreement caused controversy. In the end, in the political agreement the EU did persuade Korea to acquiesce to some core labour standards set out by the International Labour Organisation (ILO)<sup>97</sup>. What this shows is that even with the most willing partners, negotiations are likely to be complex, as each party aims to gain its preferences, and as FTAs are used a way of achieving partial liberalization, whilst protecting sensitive sectors. Given the EU's complex and comprehensive set of preferences as exemplified in its 'deep trade' agenda, future negotiations are likely to be lengthy and complicated, especially given the resistance many emerging powers have already expressed to the EU's milieu-shaping 'deep trade' policy aims within the context of the WTO Doha Round.

## V. Concluding Remarks

The increasing economic and political significance of Asia, and the state of complex economic interdependence that has arisen from liberalization reforms throughout the region, and the transnationalisation of production lines, has understandably turned this part of the world into a key priority area for the European Union, especially for its external economic policy. From that perspective institutionalizing ties, engaging in facilitation of behind-the-borders trade and investment, setting of mutual standards for safety, labour and environmental conditions, is indeed of the utmost necessity for the EU. Mutual standards are promoted as protection against social dumping and from the economic perspective of creating a more level economic playing field with minimal guaranteed regulations, are an economic imperative, rather than necessarily as a normative commitment to the European welfare state. Nevertheless, externalizing its regulatory model (or agreeing to a mutual international one) is especially significant as the EU's international strategy aims to also protect its own internal regulatory project (amongst it the vestiges of the European social model)<sup>98</sup>.

In its relationship with China, economically its most significant and complex relationship in the region, the EU is proceeding cautiously through the development of twenty-six specialist dialogues on various aspects of the economic and political relationship. This takes place within the, as yet un-

---

<sup>97</sup> WOOLCOCK, S., "Assessment of the EU-Republic of Korea FTA", Presentation for the European Parliament Hearing 23/06/2010 available at <http://www.europarl.europa.eu/ep-live/en/committees/video?event=20100623-0900-COMMITTEE-INTA&vodtype=Vod> (last accessed 15/01/2012).

<sup>98</sup> SMITH, M.E., *op. cit.*, footnote 65.

derdeveloped, Strategic Partnership<sup>99</sup>, rather than through the more holistic and binding approach encapsulated in its FTAs and accompanying political cooperation framework agreements. Instead the EU has focused its negotiating energies on other key players in the region, engaging in FTA that are expected to result in only marginal overall economic welfare increases (especially for the EU).

The narrative of the EU's FTA policy, with its sharp shift in 'Global Europe' instigated by the failure to internationalise the EU's economic and milieu-shaping interests embedded in its 'deep trade' agenda through the WTO Doha Round, reveals a realist trade policy concerned with balancing against competitors, especially the USA. This is apparent in the 'competitiveness' discourse, with which the European Commission defends and promotes its more activist policy, its 'competitiveness-driven FTAs', and also in its choice of FTA partners in Asia. The EU's policy of 'catching-up' with USA FTAs, and pre-empting potential future ones, is consistent with economic 'domino theories' of FTAs and ideational 'competitive diffusion' approaches, but also with a realist policy of active economic power balancing, and more importantly, securing future influence by shaping economic governance through FTAs. To the extent that the EU manages to negotiate comprehensive 'deep trade' FTAs with Asian states (as in the case of South Korea), FTAs will be supporting the EU's trade interests and ensuring it remains a key player in the region, and globally. The adoption of its preferred regulations by others (or the setting of joint standards internationally) will afford it and its businesses future advantages, not least from not having their standards undercut by others and preventing others' standards from becoming the norm and then having to undertake the cost of changing their own standards for export markets. Apart from the pragmatic and technocratic advantages of this, influencing governance and developing stable relationships (through the accompanying political framework agreements) could become even more crucial in easing tensions in an uncertain future, where Mark De Vos foresees greater tensions over competing models of trade, monetary issues and capitalism<sup>100</sup>.

However, extensive agreements may not always be plausible. In the EU-India negotiations, the EU has not achieved the desired degree of public procurement liberalization for example. Given that EU FTA preferences

---

<sup>99</sup> See HOLSLAG, J., "The Elusive Axis: Assessing the EU-China Strategic Partnership", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 49, N.º 2, 2011, pp. 293-313; SMITH, M. and XIE, H., "The European Union and China: The Logics of Strategic Partnership", *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 6, N.º 4, 2010.

<sup>100</sup> DE VOS, M., *After the Meltdown: The Future of Capitalism and Globalisation in the Age of Dual Crises*, Shoehorn, London, 2010

represent only certain interests and not others, this may not necessarily be a negative outcome. However, from the standpoint of influencing future governance, if the EU's preferences are diluted through individual FTA negotiation processes, then FTAs will fail to secure future positions, and will, at the most, represent lengthy enterprises to retain the status quo. In this backdrop, fears of future competition have become a crucial motivation behind FTA propagation, not least the EU's balancing and realist FTA policy in Asia. Overall, the result of seeking influence through FTAs has meant that the large players have signed FTAs with smaller states to hedge against negative trends preventing the predominance of any hegemonic FTA project, thus far<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> MOCHIZUKI, M., "Political-Security Competition and the FTA Movement: Motivations and Consequences", in SOLIS, M.; STALLINGS, B. and KATADA, S., *Competitive Regionalism. FTA Diffusion in the Pacific Rim*, PalgraveMacmillan, Basingstoke, 2009, pp. 54-73.

# El inminente tránsito hacia una ciudadanía supranacional de la Unión Europea\*

Sergio Alonso de León  
Letrado de la Comunidad de Madrid

**Sumario:** I. Introducción.—II. Hacia la desaparición de la noción de las situaciones puramente internas. 1. La herencia de la jurisprudencia clásica de las libertades comunitarias. 2. La evolución jurisprudencial sobre la noción de las situaciones puramente internas. 3. La paradoja de la discriminación inversa.—III. La ciudadanía de la Unión llamada a ser un estatuto fundamental. 1. El tradicional enfoque por categorías y los condicionantes económicos. 2. El estatuto fundamental de la ciudadanía de la Unión.—IV. El nacimiento de derechos políticos supranacionales. 1. Los derechos de sufragio activo y pasivo: derechos puramente transnacionales. 2. Los derechos de petición, de recurrir al Defensor de Pueblo y de dirigirse a las Instituciones: derechos no exclusivos de los ciudadanos. 3. La iniciativa ciudadana europea.—V. Ciudadanía de la Unión y nacionalidad de los Estados miembros: ¿relación en una sola dirección? 1. El derecho de la nacionalidad: competencia soberana de los Estados miembros. 2. El Derecho de la nacionalidad debe encuadrarse en el Derecho de la Unión.—VI. Conclusiones.

---

**Resumen:** La ciudadanía de la Unión Europea ha sido hasta la fecha una ciudadanía transnacional. Los derechos que confería quedaban condicionados a un elemento transfronterizo para no quedar relegados a una situación puramente interna, y se sometían a condicionantes de tipo económico. Los derechos políticos tenían una dimensión también eminentemente transnacional. Por otro lado, la nacionalidad de los Estados miembros habría actuado como requisito para la ciudadanía de la Unión, pero sin que ésta pudiera influir en aquella.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en pronunciamientos recientes, ha producido una cierta alteración en este punto de partida, sentando las bases para una inminente transformación de la ciudadanía de la Unión en ciudadanía supranacional. Este estudio pretende analizar las claves de este tránsito.

**Palabras clave:** ciudadanía de la Unión Europea, situación puramente interna, iniciativa ciudadana europea, libre circulación de personas, nacionalidad.

**Abstract:** *EU citizenship has been a transnational citizenship so far. The rights conferred by it were conditional to a cross-border element. Otherwise, they were*

---

\* Recibido el 8 de marzo de 2012, aceptado el 11 de abril de 2012.

*to be relegated to a purely internal situation. They were subject to economic conditions too. Political rights also had a predominantly transnational nature. On the other hand, nationality of Member States was a requirement for EU citizenship, but the latter could not affect the former.*

*In recent rulings, the Court of Justice of the European Union has brought some changes in this respect, setting the stage for an imminent transformation of EU citizenship into supranational citizenship. This paper aims at analyzing the key elements of this transition.*

**Keywords:** *EU citizenship, purely internal situation, European Citizens' Initiative, Free Movement of Persons, Nationality.*

---

## I. Introducción

La ciudadanía de la Unión Europea solemnemente proclamada en el Tratado de Maastricht constituye un concepto jurídico que no ha desarrollado hasta ahora todo su potencial. Considerada un estatuto subordinado a la nacionalidad de los Estados miembros, había quedado inicialmente limitada a un catálogo de derechos, de los que la piedra angular la constituía la transformación de la libre circulación de trabajadores en la libre circulación de personas.

La ciudadanía de la Unión nace y se desarrolla como una ciudadanía transnacional, en el sentido de que sólo cobra significado cuando el nacional de un Estado miembro se desplaza o reside en otro Estado miembro. Ni siquiera parece posible que esa ciudadanía se traduzca inicialmente en una plena libre circulación de personas. La distinción por categorías —trabajador, estudiante, desempleado, etc.— característica del periodo previo a la ciudadanía no se supera totalmente ni siquiera por la Directiva 2004/38, de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión. Tampoco las consideraciones económicas que se pretendían superar se pueden dejar totalmente al margen, salvo que se acceda a la condición de residente permanente.

Mientras tanto, el Derecho de la nacionalidad, a la que la ciudadanía se subordina, quedaba aparentemente salvaguardado de las intromisiones que la ciudadanía de la Unión pudiera intentar en lo que se consideraba una de las prerrogativas esenciales de los Estados. La relación nacionalidad-ciudadanía, según la construcción de los Tratados, debía ser unidireccional.

El paso esencial para la ciudadanía de la Unión consiste en avanzar desde la tradicional libre circulación y residencia, interpretada bajo el principio de no discriminación y acompañada de algunos otros derechos políticos transnacionales, a una ciudadanía verdaderamente supranacional, cuyo

ejercicio corresponda también a los ciudadanos que no cruzan las fronteras y cuya relación con la nacionalidad vaya más allá de la subordinación.

¿Este paso se está dando? No puede afirmarse con rotundidad, pero la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, unida a alguna novedad introducida por el Tratado de Lisboa y sólo recientemente implementada, sí nos permite argumentar que esta puerta se está abriendo tímidamente. Nos hallamos ante un momento de transformación de la ciudadanía de la Unión que, veremos, comienza a tomar unas características supranacionales.

Existen varios aspectos en que se manifiesta dicho tránsito. Los analizamos uno por uno a continuación.

## II. **Hacia la desaparición de la noción de las situaciones puramente internas**

### 1. *La herencia de la jurisprudencia clásica de las libertades comunitarias*

Uno de los límites más importantes que tradicionalmente impone la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las libertades de circulación del Mercado Interior lo constituye la noción de la situación puramente interna. Ello es aplicable a todas las libertades comunitarias, no sólo a la libre circulación de personas. Si no existe una situación transfronteriza, entonces no hay relevancia para el Mercado Interior, no hay conexión con el Derecho de la Unión Europea.

Esta noción constituye una de las piezas más importantes sobre las que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha construido la difícil respuesta a la casi eterna cuestión del equilibrio entre las competencias comunitarias y la soberanía nacional<sup>1</sup>.

Respecto a todas las libertades de circulación, esta noción ha ido estrechándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de forma pendulante pero progresiva. En el caso de la libre circulación de personas, este estrechamiento ha tenido unos caracteres especiales, ya que ha venido acompañado de una importancia progresiva del concepto de ciudadanía, que se ha venido plasmando de forma cada vez más decidida en los pronunciamientos del Tribunal.

Conviene por tanto analizar la evolución que se ha producido en la jurisprudencia europea.

---

<sup>1</sup> MARZO, C., «La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne: réflexions autour de l'arrêt Förster», en *Revue trimestrielle de droit européen*, 45(3), 2009, p. 439.

## 2. La evolución jurisprudencial sobre la noción de las situaciones puramente internas

El punto de partida para la libre circulación, entonces de los trabajadores, es que las situaciones internas, relativas a nacionales de un Estado miembro y que despliegan sus efectos en el propio Estado miembro no son competencia del Tribunal de Justicia, pues que no hay vínculo suficiente con el Derecho comunitario, y por tanto son inadmisibles.

Esta idea aparece con claridad en el asunto *Saunders*<sup>2</sup> que concierne a ciudadano británico que alega un obstáculo a su libre circulación en el Reino Unido. El Tribunal de Justicia razona del siguiente modo:

«... las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de los trabajadores no pueden aplicarse a situaciones puramente internas de un Estado miembro, es decir, cuando no exista ningún punto de conexión con alguna de las situaciones que contempla el Derecho comunitario.»<sup>3</sup>

Esta jurisprudencia inicial se mantiene en este primer momento y se reproduce en otros asuntos. Es paradigmático el asunto *Iorio*<sup>4</sup> que se refiere a un abogado italiano que solicita ejercer libremente su profesión en todo el territorio italiano y cuyos argumentos, aunque rechazados por el Tribunal de Justicia son visionarios de la restricción posterior a la noción de situación interna.

Esta jurisprudencia se reitera en varias ocasiones<sup>5</sup>. Lo que nos interesa es que incluso con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones del Derecho originario relativas a la ciudadanía, el Tribunal de Justicia no revisaría de raíz esta limitación constituida por la noción de situación puramente interna. Así lo afirma con rotundidad en el asunto *Uecker y Jacquet*<sup>6</sup>:

«...procede señalar que la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo 8 del Tratado CE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen

---

<sup>2</sup> Asunto 175/78, *The Queen contra Vera Ann Saunders*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1979, Rec. 1979, p. 01129 (Edición especial española p. 00683).

<sup>3</sup> *Ibid.*, apartado 11.

<sup>4</sup> Asunto 298/84, *Paolo Iorio contra Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 1986, Rec. 1986, p. 00247.

<sup>5</sup> Asunto 180/83, *Moser*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 1984, Rec. 1984, p. 2539, apartado 15; asunto C-332/90, *Steen*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1992, Rec. 1992, p. I-341, apartado 9; y Asunto C-19/92, *Kraus*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Rec. 1993, p. I-1663, apartado 15.

<sup>6</sup> Asuntos acumulados C64/96 y C-65/96, *Kari Uecker y Vera Jacquet contra Land Nordrhein-Westfalen*, asuntos acumulados C64/96 y C-65/96, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de Junio de 1997, Rec. 1997, p. I-03171.



ningún vínculo con el Derecho comunitario. [...] Las posibles discriminaciones de que pueden ser objeto los nacionales de un Estado miembro en lo que respecta al Derecho de ese Estado están comprendidas en el ámbito de aplicación de éste, por lo que deben ser resueltas en el marco del sistema jurídico interno de dicho Estado.»<sup>7</sup>

Esta posición originaria tardaría poco en ser matizada progresivamente. En los casos en que había una previa circulación transfronteriza, el retorno al Estado miembro de la nacionalidad podía entrañar un obstáculo a la libre circulación a ser valorado por el Tribunal de Justicia. Así resulta en particular del asunto *Singh*<sup>8</sup>. Este asunto se origina por una denegación a la prolongación de un permiso de residencia del que disfrutaba el marido, nacional de un tercer Estado, de una ciudadana británica que habían residido en Alemania y deseaban regresar al Reino Unido. No había ya situación puramente interna en la medida en que, según el razonamiento del Tribunal, el resultado de la libre circulación era perjudicial para quien lo había ejercido. En particular, es revelador el siguiente considerando:

«Podría disuadirse a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, a efectos del Tratado, en el territorio de otro Estado miembro, si no pudiera gozar, al regresar al Estado miembro de su nacionalidad para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, de facilidades de entrada y de residencia cuando menos equivalentes a aquellas de las que puede disponer, conforme al Tratado o al Derecho privado, en el territorio de otro Estado miembro.»<sup>9</sup>

Esta jurisprudencia se afianza después en un caso que concierne a nuestro país. En el asunto Fernández de Bobadilla<sup>10</sup>, el Tribunal considera que a una persona que ha obtenido una cualificación profesional en un Estado miembro no se le puede obviar este mérito para unas oposiciones cuando sí se habría tenido en cuenta de haberse obtenido en España. Debe existir una equiparación al migrante respecto del nacional que retorna. En concreto, dice el Tribunal de Justicia:

«el asunto objeto del procedimiento principal se refiere a una persona de nacionalidad española que desea ejercer su profesión en España. No

<sup>7</sup> *Ibid.*, apartado 23.

<sup>8</sup> Asunto C-370/90, *The Queen contra Surinder Singh*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 1992, Rec. 1992, p. I-04265.

<sup>9</sup> *Ibid.*, apartado 19.

<sup>10</sup> Asunto C-234/97, *Teresa Fernández de Bobadilla contra Museo Nacional del Prado*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Rec. 1999, p. I-04773.

obstante, si un nacional de un Estado miembro, por el hecho de haber residido habitualmente en el territorio de otro Estado miembro y de haber adquirido en él una capacitación profesional, se encuentra, respecto del Estado miembro del que es originario, en una situación equiparable a la de un trabajador migrante, deberá también disfrutar de los derechos y de las libertades que confiere el Tratado.»<sup>11</sup>

El carácter transfronterizo de la situación va tomando progresivamente unos contornos más difuminados. Si bien existió circulación en los asuntos que hemos expuesto, en el conocido asunto *Bosman*<sup>12</sup> no ha habido aún un movimiento transfronterizo de la persona, pero aun así se valora que existe obstáculo para esa circulación sobre la que hay certeza de que se va a producir. El razonamiento del Tribunal es el siguiente:

«... de las apreciaciones sobre los hechos efectuadas por el órgano jurisdiccional de remisión, resulta que el Sr. Bosman había celebrado un contrato de trabajo con un club de otro Estado miembro para ejercer un empleo por cuenta ajena en el territorio de dicho Estado. Como señaló acertadamente el interesado, al hacerlo, respondió a una oferta efectiva de trabajo en el sentido de la letra a) del apartado 3 del artículo 48.»<sup>13</sup>

En esta evolución, el asunto *García Avello*<sup>14</sup> supone un salto importante. Este asunto versa sobre la fijación de los apellidos de los hijos de un matrimonio hispano-belga, residentes en Bélgica y con doble nacionalidad. Bélgica no admite su inscripción con el apellido registrado conforme a las normas españolas, ya que, se mantiene, a estos efectos los menores son considerados belgas residentes en su país. Pues bien, aún en este caso, sin que haya habido circulación ni es previsible que la haya, el Tribunal de Justicia admite que no es una situación puramente interna en atención a la doble nacionalidad que no puede ser ignorada, y justifica el vínculo con el Derecho de la Unión:

«...existe dicho vínculo con el Derecho comunitario en relación con las personas [...], que son nacionales de un Estado miembro que residen legalmente en el territorio de otro Estado miembro.

Frente a esta conclusión no cabe oponer la circunstancia de que los interesados en el procedimiento principal también tienen la nacionalidad

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, apartado 30.

<sup>12</sup> Asunto C-415/93, ASBL, Royal club liégeois SA y UEFA contra Jean-Marc Bosman, Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1995, Rec. 1995, p. I-04921.

<sup>13</sup> *Ibid.*, apartado 90.

<sup>14</sup> Asunto C-148/02, Carlos García Avello contra Bélgica, Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, Rec. 2003, p. I-11613.

del Estado miembro en que residen desde su nacimiento y que, según las autoridades de dicho Estado, por ello es la única que éste reconoce.»<sup>15</sup>

Ahora bien, implícitamente se reconoce que el vínculo existe también en la medida en que la situación puede, aún hipotéticamente, perjudicar a la libre circulación de los menores y dar lugar a confusión sobre su identidad en otros países como, en particular, en España. Este argumento fue construido con detalle en las conclusiones del Abogado General Jacobs<sup>16</sup>.

En realidad, el Tribunal de Justicia clarifica en el asunto, de antecedentes fácticos similares, *Grunkin y Paul*<sup>17</sup> que esta disparidad de apellidos puede causar graves inconvenientes para los interesados, derivados de las dificultades para disfrutar en un Estado miembro cuya nacionalidad poseen de los efectos jurídicos de actos o documentos expedidos con un apellido reconocido en otro Estado miembro cuya nacionalidad también posee. Por tanto, se está razonando aquí sobre la base de una libre circulación hipotética o «ficticia»<sup>18</sup>.

Ello nos lleva al último estadio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha llegado más lejos que en los asuntos anteriores al considerar que el carácter transfronterizo no sólo puede ser futuro, sino también puramente potencial o hipotético. Este es el hito que supone el asunto *Ruiz Zambrano*<sup>19</sup>.

En este caso lo que resulta controvertido es la orden de expulsión de Bélgica de un nacional de un tercer Estado cuyos hijos, que dependen económicamente de él, tiene la nacionalidad belga. La situación, de acuerdo con los esquemas anteriores sería puramente interna. No hay circulación, previa ni futura cierta que quede afectada por la medida. Incluso la Comisión Europea que actúa en este procedimiento como interviniente defiende que no hay vínculo con el Derecho de la Unión Europea<sup>20</sup>.

Sin embargo, en este caso parece despegar por fin del requisito del elemento transfronterizo y se fija en el disfrute efectivo de la esencia de los

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, apartados 27 y 28.

<sup>16</sup> Asunto C-148/02, Carlos Garcia Avello contra Bélgica, Conclusiones presentadas el 22 de mayo de 2003, Rec. 2003, p. I-11613, apartados 55 y 56.

<sup>17</sup> Asunto C-353/06, Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul, Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2008, Rec. 2008, p. I-07639.

<sup>18</sup> Ficticio o hipotético es el término utilizado por la Abogada General Sharpston en su crítica al estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que puede verse por ejemplo en sus conclusiones presentadas el 30 de septiembre de 2010, Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEm), asunto C-34/09, apartado 167.

<sup>19</sup> Asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEm), Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011, pendiente de publicación.

<sup>20</sup> *Ibid.*, apartado 37.

derechos conferidos por la ciudadanía de la Unión. No habrá libre circulación posible para los menores si tienen que acompañar a su padre fuera del territorio de la Unión.

«...el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión.

Pues bien, la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto.

En efecto, debe considerarse que tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. [...] En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión.»<sup>21</sup>

¿Supone esta sentencia que el Tribunal de Justicia abandona la limitación de la situación puramente interna para los casos que conciernen a la ciudadanía de la Unión? Este pronunciamiento se realiza en Gran Sala, es decir, con plena consciencia de su trascendencia, y previas conclusiones por la Abogada General Sharpston<sup>22</sup> en que se instaba directamente a un cambio jurisprudencial.

Como en otros ámbitos, el Tribunal de Justicia ha demostrado que su jurisprudencia es pendular. Ello no quiere decir que el centro de gravedad del péndulo permanezca inmóvil, pero un asunto resuelto en fecha inmediatamente posterior muestra que la jurisprudencia Ruiz Zambrano no está aún consolidada.

Se trata del asunto *McCarthy*<sup>23</sup>. En el litigio, una mujer de nacionalidad británica e irlandesa contrae matrimonio con un nacional de un tercer Estado que reside ilegalmente en el Reino Unido. Esta persona pretende hacer valer su nacionalidad irlandesa —no había hecho uso de ella con anterioridad a ningún efecto— para evitar la expulsión de su cónyuge. El Tribunal de Justicia, trazando las diferencias con los asuntos Ruiz Zam-

<sup>21</sup> *Ibid.*, apartados 43, 43 y 44.

<sup>22</sup> Asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEm), Conclusiones presentadas el 30 de septiembre de 2010, pendientes de publicación. En especial *vid.* apartados 139 y siguientes.

<sup>23</sup> Asunto C-434/09, Shirley McCarthy contra Secretary of State for the Home Department, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2011 pendiente de publicación. Nótese que se trata de una sentencia adoptada en Sala de cinco magistrados.

brano<sup>24</sup> y García Avello<sup>25</sup>, realiza una afirmación que es aparentemente inconsistente con la conclusión que extraíamos de la anterior sentencia. Dice el Tribunal de Justicia:

«... el artículo 21 TFUE no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro, siempre y cuando la situación de ese ciudadano no implique la aplicación de medidas de un Estado miembro que tengan como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.»<sup>26</sup>

La conclusión de todo esto es que la noción de situación puramente interna ha quedado desdibujada con la admisión de situaciones que obstaculizan el ejercicio futuro e hipotético de los derechos esenciales de la ciudadanía de la Unión, esto es, la libre circulación de personas. Pero la siguiente conclusión es que a fecha de hoy, el Tribunal de Justicia ha renunciado a superar ese límite y a abordar la cuestión directamente en términos de ciudadanía y derechos civiles, apartándose de la jurisprudencia heredada de las libertades de circulación de origen económico.

### 3. *La paradoja de la discriminación inversa*

Ese apartamiento no solamente dotaría de mucha más fuerza a la ciudadanía de la Unión Europea, sino que haría mucho más coherente y recubierto de seguridad jurídica al estatuto de los ciudadanos de la Unión evitando las situaciones de discriminación inversa. Estas situaciones constituyen una paradoja que mina la seguridad jurídica, como había destacado la doctrina desde hace tiempo<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> La diferencia con este asunto se refiere a que la Sr. McCarthy no se verá obligada a salir del territorio de la Unión como consecuencia de la expulsión de su marido.

<sup>25</sup> La diferencia con este caso se refiere a que no se observa, a pesar de que existe también una doble nacionalidad, que la medida suponga graves obstáculos para el disfrute eventual futuro de la libre circulación.

<sup>26</sup> *Ibid.*, apartado 56.

<sup>27</sup> *Vid.* D'OLIVEIRA, H.U.J., «Is Reverse discrimination still permissible under the Single European Act?», en VV.AA., *Forty years on : The evolution of Post-war Private International Law in Europe: symposium in celebration of the 40th anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law*, Kluwer Law International, Dventer, 1990; más recientemente, TRYFONIDOU, A., *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law Interna-

El paradigma de la situación de discriminación inversa se presenta en el asunto *Valonia contra Flandes*<sup>28</sup>. El gobierno flamenco confiere determinadas prestaciones sociales a las personas que residen en las zonas de lengua neerlandesa de Bélgica o en la región bilingüe de Bruselas. Esta medida es cuestionada tanto por el Gobierno francés como por el Gobierno valón, al entender que supone una discriminación para quienes, trabajando en esas regiones, vivían en las zonas francoparlantes de Bélgica o en Francia. El caso presentaba una solución sencilla para respecto a los residentes en Francia: constituía una barrera a la libre circulación de personas. No así para los residentes en Valonia: se trataría de una situación puramente interna.

El Tribunal de Justicia mantiene que la medida del gobierno flamenco es contraria a la libre circulación de personas en tanto en sólo cuanto se refiere a los nacionales de otros Estados miembros o a nacionales belgas que hayan ejercitado la libre circulación de personas. Admite sin embargo que para el órgano de reenvío podría ser de utilidad que considerase, en las situaciones puramente internas, la conveniencia de aplicar las mismas medidas que serían aplicables a los nacionales de terceros Estados<sup>29</sup>.

Es decir, la jurisprudencia admite esta discriminación inversa, que sabe consecuencia de sus pronunciamientos, aunque ciertamente no la desea.

No sólo la doctrina ha pedido un salto cualitativo, que ya no se puede conseguir restringiendo al máximo la noción de la situación puramente interna. Dentro del propio tribunal muy cualificadas voces, las de varios Abogados Generales<sup>30</sup>, han pedido, incluso articulado, jurídicamente este salto.

El Abogado General Poiares Maduro ha sido particularmente elocuente en este sentido. En sus conclusiones presentadas en el asunto *Carbonati Apuani* afirmó que:

«...A mi entender, hoy en día entre los objetivos fundamentales de la Comunidad está claramente el de evitar crear cualquier discrimina-

---

tional, La Haya, 2009, p. 126, en que construye una crítica a la falta de valentía del Tribunal de Justicia para enfrentarse a esta cuestión. También, SHUIBHNE, N.N., «Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?», en *Common Market Law Review*, 39(4), 2002, p. 748, y RITTER, C., «Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234», en *European Law Review*, 31, 2006.

<sup>28</sup> Asunto C-212/06, Gobierno de la Communauté française y Gouvernement wallon contra Gouvernement flamand, Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2008, Rec. 2008, p. I-01683.

<sup>29</sup> *Ibid.*, apartado 40.

<sup>30</sup> Los asuntos relativos a la ciudadanía de la Unión son una de las áreas en las que los Abogados Generales han pedido más abiertamente un cambio esencial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *vid.* BURROWS, N. y GREAVES, R., «The Advocates General and the concept of citizenship», en *The Advocate General and EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

ción como consecuencia de la aplicación de sus propias normas. De ello se desprende que la aplicación de una norma comunitaria debe evitar en todos los casos, en la medida de lo posible, dar lugar a una violación del principio de no discriminación.»<sup>31</sup>

Más recientemente, las conclusiones en el asunto *Huber* enlaza con el contenido que a su juicio debe dotarse a la ciudadanía de la Unión y sostiene:

«... La prohibición de discriminación por la razón de la nacionalidad no es ya un mero instrumento al servicio de la libertad de circulación. Constituye el núcleo central del concepto de ciudadanía europea.»<sup>32</sup>

La construcción más detallada es la que proporciona la Abogada General Sharpston en el asunto *Ruiz Zambrano*<sup>33</sup>. Después de razonar que la ciudadanía tiene una entidad jurídica distinta a las libertades de circulación de carácter económico, y por tanto no puede abordarse con el enfoque ortodoxo aplicado a éstas<sup>34</sup>, critica la jurisprudencia actual y propone abordar sin miramientos el problema de la discriminación inversa y la inseguridad jurídica que genera. No basta con seguir la evolución actual y llevarla a nuevas cotas:

«... es necesario evitar caer en la tentación de «estirar» el artículo 21 TFUE de manera que se extienda la protección a los que «por un escaso margen» no cumplen los requisitos. Debe existir un límite a cualquier norma que concede un derecho. Si no existe tal límite, la norma deviene indecifrible y nadie puede saber con certeza quién tendrá el derecho que confiere y quién no. Ello no va en interés de los Estados miembros o del ciudadano y socava la autoridad del Tribunal de Justicia. Por otro, si el artículo 21 TFUE se interpreta de modo demasiado restrictivo, se creará un mayor número de situaciones de discriminación inversa que tendrán que abordar los Estados miembros. Ésta tampoco parece una solución muy satisfactoria.»<sup>35</sup>

La Abogada General mantiene que la interpretación de la cláusula de ciudadanía del artículo 18 TFUE debe hacerse en el sentido de que prohíbe

---

<sup>31</sup> Asunto C-72/03, Carbonati Apuani Srl contra Comune di Carrara, Conclusiones presentadas el 6 de mayo de 2004, Rec. 2004, p. I-08027, apartado 63.

<sup>32</sup> Asunto C-524/06 Heinz Huber contra Bundesrepublik Deutschland, Conclusiones presentadas el 3 de abril de 2008, Rec. 2008, p. I-09705, apartado 18.

<sup>33</sup> Asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEm), Conclusiones presentadas el 30 de septiembre de 2010, pendientes de publicación.

<sup>34</sup> *Ibid.*, apartado 131.

<sup>35</sup> *Ibid.*, apartado 139.

la discriminación inversa causada por la interacción entre el artículo 21 TFUE y el Derecho nacional, al menos bajo determinadas condiciones<sup>36</sup>.

En fin, este paso no se ha dado, y sería sin duda uno de los elementos principales para verificar ese tránsito de la ciudadanía transnacional a la ciudadanía supranacional por el que abogamos. La superación de este límite, heredado de la vieja libre circulación de trabajadores, constituido por la noción de las situaciones puramente internas, ya en buena medida vaciado de contenido, permitiría superar el actual estado de artificial inseguridad jurídica y daría una eficacia más plena y homogénea a la ciudadanía de la Unión.

### III. La ciudadanía de la Unión llamada a ser un estatuto fundamental

#### 1. *El tradicional enfoque por categorías y los condicionantes económicos*

La evolución jurisprudencial anterior se complementa con un paralelo desprendimiento del cariz económico de la libre circulación. Ello constituye uno de los pasos, todavía hoy no completo, más importante en la elevación de la ciudadanía al rango supranacional. Para avanzar en este sentido, es preciso hablar de un estatuto único de los ciudadanos de la Unión que sea autónomo de la condición económica de ellos.

La introducción de la ciudadanía en el Tratado de Maastricht tiene este efecto formal en la libre circulación, que deja de ser de trabajadores como agentes económicos y pasa a ser de personas. Sin embargo, el enfoque por categorías se mantiene.

Las directivas comunitarias en materia de libre circulación de personas mantienen un enfoque fragmentario, manteniendo reglas distintas en función de la consideración económica de quien ejerce la libre circulación; distinguiendo así si se trata de trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, parados, jubilados o estudiantes<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Estas condiciones, que se desarrollan en los apartados 146, 147 y 148 de sus conclusiones, serían las siguientes: 1) el demandante debería ser un ciudadano de la Unión residente en el Estado miembro del que es nacional que no hubiera ejercido derechos de libre circulación en virtud del TFUE pero cuya situación fuera comparable, en otros aspectos materiales, a la de otros ciudadanos de la Unión en el mismo Estado miembro capaces de invocar derechos con arreglo al artículo 21 TFUE; 2) la discriminación inversa que se critica debería entrañar una infracción de un derecho fundamental protegido por el Derecho de la UE; y 3) el artículo 18 TFUE sólo se podría esgrimir como un remedio subsidiario, confinado a situaciones en las que el Derecho nacional no lleva a cabo una adecuada protección de los derechos fundamentales.

<sup>37</sup> Se trata de la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados



En coherencia con la normativa, el Tribunal de Justicia también siguió un enfoque por categorías.

La categoría más importante es, como es lógico, la categoría del trabajador, que el Tribunal de Justicia va expandiendo paulatinamente<sup>38</sup>. La categoría de estudiante, por ejemplo, es particularmente ejemplificadora de la ampliación del concepto de agente económico<sup>39</sup>.

La Directiva 2004/38/CE<sup>40</sup> sobre la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión supera los diferentes instrumentos normativos hasta ese momento, derogando todas las directivas que daban un tratamiento parcial a estas libertades. Ahora bien, aunque introduce importantes novedades en ese sentido, no acaba del todo con el enfoque por categorías<sup>41</sup>.

Incluso en la jurisprudencia más reciente, el Tribunal de Justicia confirma que no hay un estatuto único a la hora de abordar la libre circulación y, en particular, las prestaciones económicas y derechos sociales de acuerdo con el derecho nacional. La sentencia *Föster*<sup>42</sup> es particularmente ilustrativa porque mantiene esta distinción por categorías.

La libre circulación y derecho a residencia tienen consecuencias, por la vía de la aplicación del principio de no discriminación, en la atribución de beneficios sociales a los ciudadanos de la Unión que no son nacionales. Si

---

miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, la Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, y la Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

<sup>38</sup> La definición de trabajador resulta especificada en el Asunto 53/81, *Levin contra Secrétaire d'État à la justice*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 1982, Rec. 1981, p. 1035, y que se va ampliando para incluir a los trabajadores a tiempo parcial, a los becarios, etc. Así en el Asunto 66/85, *Lawrie-Blum*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, Rec. 1986, p. 2121.

<sup>39</sup> En este sentido, por ejemplo, puede citarse el Asunto 293/83, *Gravier contra Liège*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1985, Rec. 1985, p. 593.

<sup>40</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) no 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158 de 30 de abril de 2004).

<sup>41</sup> MOUTON, J.D., «Droit de séjour», en *Rép. Communautaire Dalloz*, enero 2010, p. 6.

<sup>42</sup> Asunto C-158/07, *Jacqueline Förster contra Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 2008 Rec. 2008, p. I-08507.

bien es claro que este derecho corresponde igualmente a los trabajadores, no es tan claro para el resto de categorías de personas. En el asunto *Bidar*<sup>43</sup>, el Tribunal de Justicia señaló que, aunque los Estados miembros deban dar muestras, a la hora de organizar y aplicar el sistema de asistencia social, de cierta solidaridad económica con los nacionales de otros Estados miembros, es lícito que todo Estado miembro vele por que la concesión de ayudas destinadas a sufragar los gastos de manutención de estudiantes procedentes de otros Estados miembros no se convierta en una carga excesiva que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado.

En definitiva, no puede obviarse el enfoque económico cuando son económicas las consecuencias que se derivan del tratamiento a los ciudadanos de la Unión<sup>44</sup>. Aún así, la doctrina ha visto en el asunto *Föster*<sup>45</sup> y en otra jurisprudencia los elementos necesarios para una futura igualación de los beneficios sociales a los ciudadanos de la Unión con la sola condición de la residencia<sup>46</sup>.

Pero fuera de esta materia de las ayudas sociales, cuyo análisis supera los objetivos de este estudio<sup>47</sup>, sí ha habido un progresivo avance hacia la unidad de tratamiento de la ciudadanía de la Unión.

Y la mayor manifestación sobre esta unidad de tratamiento resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

---

<sup>43</sup> Asunto C-209/03, *Bidar*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2005, Rec. 2005, p. I-2119, en especial, apartado 56.

<sup>44</sup> Y a pesar de esto, no han faltado autores que consideren que la introducción de condicionantes económicos no constituye una mera limitación tolerable de la ciudadanía de la Unión. Así, una ciudadanía de la que no pueden participar los pobres o los enfermos pone en duda la esencia o el término de «ciudadanía» según KOCHENOV, D., «Ius Tractum of many faces: European Citizenship and the difficult relationship between status and Rights», en *Columbia Journal of European Law*, 15, 2009, p. 169.

<sup>45</sup> Ver en particular las conclusiones del estudio MARZO, C., «La definition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne: réflexions autour de l'arrêt Förster», *Revue trimestrelle de droit européen*, 45(3), 2009, pp. 456-458.

<sup>46</sup> DOUGAN, M., «Expanding the frontiers of Union Citizenship by dismantling the territorial boundaries of the national welfare States?», en BARNARD, C., y ODUDU, O. (dirs.), *The outer limits of European Union Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 116 ss.

<sup>47</sup> Para un estudio más detallado sobre las implicaciones de la ciudadanía de la Unión en materia de derechos sociales puede consultarse el trabajo de RODIÈRE, P., «Droit social: Libre circulation de personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice», *Revue trimestrelle de droit européen*, 42(1), 2006, pp. 165-181. Sobre los beneficios para estudiantes, puede consultarse DOUGAN, M., «Cross-border educational mobility and exportation of student financial assistance», en *European Law Review*, 33, 2008, pp. 723-738.

## 2. El estatuto fundamental de la ciudadanía de la Unión

La sentencia en el asunto *Grzelczyk*<sup>48</sup> es considerado como el pronunciamiento esencial en la nueva perspectiva que va a adoptar el Tribunal de Justicia. El Tribunal afirma:

«...la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico.»<sup>49</sup>

En el asunto *Baumbast*<sup>50</sup> se plasma esta perspectiva de la siguiente forma:

«... se ha introducido el estatuto de ciudadano de la Unión en el Tratado CE y [...] el artículo 18 CE, apartado 1, ha reconocido a todo ciudadano el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En virtud del artículo 17 CE, apartado 1, será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros.»<sup>51</sup>

Es decir, que el Tribunal de Justicia ha puesto los cimientos con estos pronunciamientos, que después se han reiterado en su jurisprudencia posterior<sup>52</sup>, para que el estatuto de la ciudadanía sea único.

A ello ha contribuido también el legislador europeo con la Directiva 2004/38, al introducir conceptos como la residencia permanente, que ya opera sin limitación alguna de tipo económico. La doctrina ha razonado que este instrumento ha contribuido al salto de la libertad de circulación a

---

<sup>48</sup> Asunto C-184/99, Rudy Grzelczyk contra Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Lovain-la-Neuve, Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, Rec. 2001, p. I-06193.

<sup>49</sup> *Ibid.*, apartado 31.

<sup>50</sup> Asunto C-413/99, Baumbast contra Secretary of State for the Home Department, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Rec. 2002, p. I-07091.

<sup>51</sup> *Ibid.*, apartados 81 y 82.

<sup>52</sup> Asuntos C-224/98, D'Hoop, Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2002, Rec. 2002, p. I-6191 apartado 28; asunto C-544/07, Rüffler, Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2009, Rec. 2009, p. I-3389, apartado 62; asunto C-503/09, Steward, Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2011, pendiente de publicación, apartado 80.

la configuración de un derecho fundamental del que se pretenden omitir las condiciones económicas<sup>53</sup>.

Por tanto, en este aspecto también, estamos ante un inminente salto hacia una configuración única de la ciudadanía de la Unión desprovista de categorías marcadas por condicionantes de tipo económico.

#### IV. El nacimiento de derechos políticos supranacionales

##### 1. *Los derechos de sufragio activo y pasivo: derechos puramente transnacionales*

Uno de los aspectos más revolucionarios de la ciudadanía introducida en el Tratado de Maastricht era la inclusión de derechos políticos. Estos derechos se concretaban en el derecho de sufragio activo y pasivo de todo ciudadano comunitario en las elecciones locales y al Parlamento Europeo.

Fue revolucionario en su momento porque buena parte de los Estados miembros debieron modificar sus normas constitucionales para dar acogida a esta previsión, como fue el caso de España<sup>54</sup>, o bien a acogerlas con ciertas limitaciones, como fue el caso de Francia<sup>55</sup>. Pero además de que las Directivas<sup>56</sup> que han desarrollado las normas básicas del ejercicio de estos derechos no hayan fijado un procedimiento electoral uniforme, lo cual hubiera sido esperable en las elecciones al Parlamento Europeo, lo relevante a los efectos del análisis que estamos realizando es que se trata de derechos políticos transnacionales.

Es decir, son derechos que tienen sentido sólo cuando existe una libre circulación, son derechos que se garantizan a los ciudadanos de la Unión cuando residen en un país que no es el de su nacionalidad.

<sup>53</sup> PLIAKOS, A., «Citoyenneté», en *Rép. Communautaire Dalloz*, agosto 2005, p. 8.

<sup>54</sup> Artículo 13.2 de la Constitución española modificado por la reforma constitucional de 27 de agosto de 1992

<sup>55</sup> En Francia, el Consejo constitucional juzgó que, aunque las elecciones municipales no entrañaban poderes esenciales a la soberanía nacional, sí podía hacerlo la elección como alcaldes de ciudadanos europeos no franceses, ya que los alcaldes tienen en Francia un derecho cualificado de voto en el Senado. *Vid.* decisión

<sup>56</sup> Son la Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se establecen las modalidades del ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo para los ciudadanos de la Unión que residan en un Estado miembro del que no son nacionales; y la 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.

Las condiciones para el ejercicio de estos derechos de voto se fundan en el principio de no discriminación. El Tribunal de Justicia ha renunciado a fijar un límite a que sean sólo los ciudadanos de la Unión quienes tengan estos derechos. En el asunto *España contra el Reino Unido*<sup>57</sup>, a cuenta de la ampliación del derecho de voto en el Parlamento Europeo a los residentes en Gibraltar con ciudadanía de la *Commonwealth*, esto es, distintos de los nacionales británicos, el Tribunal de Justicia estima que esta ampliación del derecho de voto a nacionales de terceros Estados es legítima.

Sin embargo, lo que el Tribunal no admite es que se limite este derecho de voto a los nacionales del propio Estado. Así lo manifestó en el asunto *Eman y Sevinger*<sup>58</sup>, de la misma fecha que la anterior sentencia, respectos de los ciudadanos neerlandeses residentes en el territorio de Aruba.

Aunque este último pronunciamiento supone la fijación de una regla sobre las leyes del Estado que afectan a los derechos políticos de sus propios nacionales, la conclusión que cabe sacar de estos derechos permanece inmutable: se trata de derechos de ciudadanía transnacional, no supranacional.

Teniendo en cuenta que el porcentaje de la población europea que hace uso efectivo de la libertad de circulación en la Unión es muy reducido, difícilmente puede estos derechos políticos transnacionales facilitar la formación de un sentimiento de pertenencia común.

## 2. *Los derechos de petición, de recurrir al Defensor de Pueblo y de dirigirse a las Instituciones: derechos no exclusivos de los ciudadanos*

¿Podemos ver en los demás derechos políticos vinculados al estatuto de la ciudadanía un carácter supranacional? Procede analizar los derechos enumerados en el artículo 20.2.d) TFUE, es decir, los derechos de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.

Aunque no son derechos de participación política en sentido estricto, sí son supranacionales en el sentido en que se confieren directamente a los

---

<sup>57</sup> Asunto C-145/04, Reino de España contra Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2006, Rec. 2006, p. I-07917.

<sup>58</sup> Asunto C-300/04, M.G. Eman y O.B. Sevinger contra College van burgemeester en wethouders van Den Haag, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2006, Rec. 2006, p. I-08055.

ciudadanos de la Unión sin que sea necesario un elemento transfronterizo. El problema para erigirlos en derechos civiles de la ciudadanía es que, en realidad, no son derechos exclusivos de los ciudadanos sino que corresponden a todos los residentes legales en el territorio de la Unión, así como a las personas jurídicas. En efecto, los artículos 227 y 228 TFUE hablan de los ciudadanos de la Unión Europea, así como de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro.

### 3. *La iniciativa ciudadana europea*

El Tratado de Lisboa introduce una novedad fundamental y revolucionaria en el plano de los derechos de participación política. Heredero del Tratado Constitucional, el Tratado de la Unión Europea establece el derecho de la iniciativa ciudadana. Según el artículo 11.4 TUE:

«Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados.»

Este derecho ha sido desarrollado, como ordenaba el artículo 24.1 TFUE, por el Reglamento 211/2011, sobre la iniciativa ciudadana europea<sup>59</sup>. Éste es un derecho de participación política verdaderamente supranacional, concedido por los Tratados a los ciudadanos de la Unión sin vinculación a un movimiento transfronterizo. La doctrina de la ciencia política especializada ha considerado que este derecho tiene un potencial político sin precedentes<sup>60</sup>.

El ejercicio de este derecho requiere una participación mínima en al menos siete Estados miembros, de forma que se garantice que la iniciativa no responde a una sensibilidad puramente nacional.

Sin embargo, desde una perspectiva jurídica la iniciativa ciudadana europea tiene una importante limitación de que carecen otros sistemas nacio-

---

<sup>59</sup> Reglamento (UE) n.º 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre la Iniciativa Ciudadana Europea, publicada en el *DOUE*, serie L 64 de 11 de marzo de 2011.

<sup>60</sup> WARLEIGH, A., «On the path to legitimacy? A critical deliberativist perspective on the right to the citizens' initiative», en RUZZA y DELLA SALA (eds.), *Governance and civil society in the European Union: Normative perspectives (vol. 1)*, Manchester University Press, Manchester, 2007, p. 64.

nales en los que se ha regulado este instrumento<sup>61</sup>, y que consiste en que la iniciativa no se dirige directamente al legislador, sino que pasa previamente por la Comisión. El especial equilibrio institucional en el proceso legislativo europeo hacía que una solución sin contar con la Comisión hubiera sido demasiado perturbadora. La Comisión verificará que se ha respetado la regularidad del proceso de recogida de firmas, para lo que se valdrá de la colaboración de los Estados miembros. Pero además, la Comisión puede no tramitar la iniciativa, y no elevarla al Parlamento Europeo y el Consejo, por razones tanto jurídicas como políticas o de conveniencia. Esta decisión, que deberá ser motivada, entra dentro de la discrecionalidad política de la Comisión y, por tanto, no es en principio susceptible de recurso jurisdiccional<sup>62</sup>.

Ello ciertamente puede limitar la efectividad de este derecho, pero no es menos cierto que la Comisión deberá, dar buenas razones para no dar trámite a una iniciativa democrática ciudadana, ya que en caso contrario su actuación sería cuestionable en términos políticos.

Dado lo reciente de la regulación, la iniciativa ciudadana europea no se ha hecho efectiva en la práctica. Sin embargo, la organización Greenpeace, antes de la entrada en vigor del Reglamento introdujo una iniciativa, refrendada por más de un millón de ciudadanos, en un área de regulación notoriamente controvertida como es la autorización del comercio alimentario con organismos modificados genéticamente. La Comisión la tramitó como un ejercicio del derecho de petición<sup>63</sup>, aunque en varios medios de comunicación quedó reflejado como la primera iniciativa ciudadana europea.

El Reglamento 211/2011 comienza a ser aplicable a partir del 1 de abril de 2012, según su artículo 23.2. Aunque a la fecha de redacción de este estudio no hay todavía iniciativas registradas en la página web de la Comisión<sup>64</sup>, existen ya varias plataformas<sup>65</sup>, fundamentalmente a través de Internet que es uno de los medios expresamente previstos en el Reglamento, que

---

<sup>61</sup> Es el caso de Austria, Eslovenia, España, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Polonia y Portugal.

<sup>62</sup> *Vid.* más sobre esta cuestión en SZELIGOWSKA, D. y MINCHEVA, E., «A European Citizens' Initiative: Empowering European citizens within the institutional triangle: A political and legal analysis», en *Bruges Political Research Papers*, 24, 2012, p. 71.

<sup>63</sup> Extracto de prensa, MEMO/10/683, disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/10/683&type=HTML>, consultado por última vez en fecha 10/4/2012.

<sup>64</sup> <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome> (última consulta el 10 de abril de 2012).

<sup>65</sup> Desde la página web <http://www.citizens-initiative.eu/> (última consulta el 10 de abril de 2012), pueden consultarse una relación informal de las iniciativas que se hallan en una fase embrionaria.

han comenzado campañas de recogida de firmas. Estas campañas, aún no registradas oficialmente, versan, entre otros asuntos, sobre: una mayor integración europea a través de un único sistema fiscal y presupuestario (iniciativa «Eurofederation»)<sup>66</sup>; el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>67</sup>; la fijación de una renta básica garantizada<sup>68</sup>; la supresión de la energía nuclear<sup>69</sup>; el reconocimiento de un derecho fundamental a la nacionalidad del Estado miembro donde se reside<sup>70</sup>; la protección del agua cuyo acceso debe ser un derecho<sup>71</sup>; o la protección de la independencia y el pluralismo de los medios de comunicación<sup>72</sup>.

La sensibilidad política de la Comisión, así como de las demás Instituciones, determinará en buena medida el éxito del ejercicio de este derecho en la práctica. Pero también será esencial la eficacia de las organizaciones que organicen recogida de firmas en asuntos cuya relevancia política vaya más allá de un solo Estado miembro.

## V. Ciudadanía de la Unión y nacionalidad de los Estados miembros: ¿relación en una sola dirección?

### 1. *El derecho de la nacionalidad: competencia soberana de los Estados miembros*

La relación entre la ciudadanía de la Unión y la nacionalidad de los Estados miembros ha venido marcada por la unilateralidad. La nacionalidad de los Estados miembros es una *conditio sine qua non* de la ciudadanía de la UE, pero ésta no debe influir en modo algo en la segunda.

Así queda subrayado en los Tratados. El artículo 9 del Tratado de la Unión Europea, de idéntico tenor que el artículo 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, proclama:

«Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.»

<sup>66</sup> <http://www.eurofederation.eu/>

<sup>67</sup> <https://www.peticiongay.com/>

<sup>68</sup> <http://binews.org/2011/12/opinion-european-citizens-initiative-concerning-unconditional-basic-income/>

<sup>69</sup> <http://www.global2000.at/>

<sup>70</sup> <http://www.letmevote.eu/>

<sup>71</sup> <http://www.right2water.eu/>

<sup>72</sup> <http://www.euroalter.com/2011/launching-a-european-citizens-initiative-for-media-pluralism/>



Este último inciso, quizá por ser innecesario, pone de manifiesto precisamente el temor de los Estados a que la ciudadanía influya en la normativa interna sobre la nacionalidad y fue introducido en el Tratado de Ámsterdam<sup>73</sup>, ya que no existía esa mención en la versión originaria del Tratado de la Unión Europea de Maastricht.

Se pretende por tanto que las disposiciones sobre ciudadanía no afecten a las competencias soberanas de los Estados para determinar quienes son sus súbditos y bajo qué condiciones ejercen la nacionalidad. Pero el esquema, aparentemente simple por el cual la ciudadanía de la Unión se añade, simplemente, a la nacionalidad de los Estados miembros de la Unión es insuficiente. La ciudadanía de la Unión puede ser capaz, como ha mantenido algún autor<sup>74</sup>, de subvertir las premisas fundamentales y la lógica del Derecho de la nacionalidad.

Lo que ocurre es que la fuerza expansiva de la ciudadanía va a ser capaz de influir, en la medida que veremos a continuación, en las legislaciones de los Estados miembros sobre la nacionalidad. No puede pasarse por alto que la plena soberanía de los Estados miembros para acordar la nacionalidad y fijar su eficacia no puede ser libérrima cuando las normas de otros Estados miembros, esencialmente distintas, entran en colisión y dan lugar a situaciones de incoherencia que el Tribunal de Justicia ha debido ordenar.

Como punto de partida conviene resaltar que el Derecho de la nacionalidad es una de las mayores manifestaciones de la identidad nacional de los Estados y constituye un parte esencial de su soberanía. Ahora bien, conocido este presupuesto, no puede obviarse que esta facultad no puede ser ilimitada porque afecta a otros Estados, incluso a principios generales del Derecho Internacional Público.

Fuera de la jurisdicción de la Unión Europea, el asunto *Nottebohm*<sup>75</sup>, ventilado ante el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, merece ser mencionado. Este caso versa sobre la concesión de una nacionalidad de Liechtenstein de un nativo alemán, con ninguna relación con el pequeño país alpino, y que pretendía hacer valer esta nacionalidad frente a Guatemala, que le había arrestado en su condición de nacional de un país enemigo (Alemania durante la II Guerra Mundial). El Tribunal se pronuncia

---

<sup>73</sup> En realidad, el inciso que se incluye en el Tratado de Amsterdam, y que se mantiene en la versión del Tratado de Niza, es la siguiente: «La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.»

<sup>74</sup> Es interesante el desarrollo la tesis que se apunta en el estudio de KOSTAKOPOULOU, D., «European Union citizenship: writing the future», en *European Law Review*, 13(5), 2007, pp. 623-646.

<sup>75</sup> Asunto *Nottebohm*, Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 6 de abril de 1955, , Recopilación del Tribunal Internacional de Justicia de 1955, p. 5.

en contra de obligar a Guatemala a reconocer como válida la naturalización acordada por Liechtenstein, porque se trataría de una mera nacionalidad de conveniencia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea nunca se ha pronunciado en sentido de restringir el derecho a conceder la nacionalidad por los Estados miembros. Más bien al contrario, ha señalado que es a éstos a quienes corresponde fijar estas normas, tanto relativas a la adquisición de la nacionalidad como a su ejercicio.

Así lo manifiesta por ejemplo en el asunto *Kaur*<sup>76</sup>, relativo a la validez de la modificación de las normas británicas de la nacionalidad en lo que concernía a los ciudadanos de la *Commonwealth*. El Tribunal de Justicia manifiesta que:

«la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, [...] sobre la base de dicho principio de Derecho consuetudinario internacional, atendido su pasado imperial y colonial, el Reino Unido ha establecido varias categorías de ciudadanos británicos a los que ha reconocido distintos derechos en función de la naturaleza de los vínculos que los unían con el Reino Unido.»<sup>77</sup>

Esta jurisprudencia se repite en otros casos, como *Mesbah*<sup>78</sup>, garantizando el respeto a la competencia nacional.

Pero el respeto a las normas internas de la nacionalidad implica para los Estados miembros limitaciones que se derivan precisamente de la necesidad de reconocer esta facultad en los demás.

Esta circunstancia cobra especialmente relevancia en los casos de doble nacionalidad. En el asunto *Micheletti*<sup>79</sup>, el Tribunal de Justicia consideró que España debía reconocer titular de las libertades comunitarias a una persona con doble nacionalidad argentina e italiana. Ello aunque se contrariara la norma española del Código Civil<sup>80</sup> que determina que en caso de doble nacionalidad debe prevalecer, siempre que una de ellas no sea la nacionalidad española, la nacionalidad de la residencia, que en este caso era argentina.

---

<sup>76</sup> Asunto C-192/99, Manjit Kaur, Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 2001, Rec. 2001, p. I-01237.

<sup>77</sup> *Ibid.* apartados 19 y 20.

<sup>78</sup> Asunto C-179/98, Bélgica contra Fatna Mesbah, Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1999, Rec. 1999, p. I-07955.

<sup>79</sup> Asunto C-369/90, Mario Vicente Micheletti contra Delegación del Gobierno en Cantabria, Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 1992, Rec. 1992, p. I-04239.

<sup>80</sup> Artículo 9.9 del Código Civil.

El razonamiento del respeto a la nacionalidad concedida por otro Estado aparece en otros casos, como el asunto *Zhu y Chen*<sup>81</sup>, en que se afirma que el Reino Unido debe reconocer como ciudadanos de la Unión a las personas nacidas en Irlanda del Norte, dado que la República de Irlanda les confiere su nacionalidad. También en el asunto *García Avello*, antes examinado, aporta una perspectiva similar, aunque aquí sin que haya existido libre circulación.

Hasta aquí observamos que no hay sino un respeto escrupuloso a las normas nacionales, resolviendo los conflictos generados por los casos en que unas y otras normas entran en colisión.

## 2. *El Derecho de la nacionalidad debe encuadrarse en el Derecho de la Unión*

Pero, ¿hay algo más que introduzca la ciudadanía de la Unión? Pues bien, el Tribunal de Justicia va a reconocer que sí puede el Derecho de la Unión, a través de la ciudadanía, afectar al Derecho interno de la nacionalidad.

El asunto *Rottmann*<sup>82</sup> representa el pronunciamiento clave sobre esta cuestión. El asunto se refiere a un nacional austriaco que fija su residencia en Alemania. Siendo investigado por un delito en Austria, se dicta una orden de detención contra el mismo pero, poco después, se naturaliza como alemán, sin mencionar los hechos delictivos por los que es investigado. La Ley austriaca determina la pérdida de su nacionalidad por la adquisición de otra y, a la vez, la Ley alemana determina la pérdida, con efectos retroactivos, de la nacionalidad adquirida, como sanción a la omisión de datos en el procedimiento de naturalización. Por ello, una vez conocidas estas circunstancias, el interesado pierde la nacionalidad alemana sin recuperar la austriaca.

Como consecuencia de este cúmulo de sucesos, unido a la aplicación de normas sobre la adquisición y pérdida de la nacionalidad que no han sido necesariamente pensadas para un funcionamiento armónico con el resto de leyes de los Estados miembros, se produce un evento que afecta a la esencia de la ciudadanía de la Unión. El señor Rottmann perdería la ciudadanía de la UE, de forma no voluntaria, así como la libre circulación en el territorio

---

<sup>81</sup> Asunto C-200/02, Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra Secretary of State for the Home Department, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2004, Rec. 2004, p. I-09925.

<sup>82</sup> Asunto C-135/08, Janko Rottman contra Freistaat Bayern, Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2010, Rec. 2010, p. I-01449.

de la Unión y el resto de derechos que conlleva. El Tribunal de Justicia no puede aceptar sin más este resultado invocando la exclusión de su jurisdicción de las normas estatales sobre la nacionalidad.

Aunque el Tribunal de Justicia no se pronuncia directamente sobre una obligación de Austria de reponer a la persona en su nacionalidad austriaca, ya que la decisión sobre si se iba a hacer no se había tomado todavía, sí interesa destacar el pronunciamiento siguiente:

«es preciso recordar que los principios derivados de la presente sentencia en cuanto a la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad así como su obligación de ejercer esta competencia respetando el Derecho de la Unión se aplican tanto al Estado miembro de naturalización como al Estado miembro de la nacionalidad de origen.»<sup>83</sup>

La competencia, que es indubitadamente nacional, sobre la adquisición y pérdida de la nacionalidad debe ejercitarse respetando el Derecho de la Unión y, en particular, con sus disposiciones en materia de ciudadanía. La competencia estatal, en definitiva, se enmarca en el Derecho de la Unión.

El respeto a las normas básicas del Derecho comunitario, incluso por la normativa interna de adquisición de la nacionalidad, ya había sido reconocida como imperativa por el Tribunal de Justicia mucho antes de que las disposiciones sobre la ciudadanía aparecieran en los Tratados, como ocurrió en el asunto *Airola*<sup>84</sup>. El Tribunal de Justicia se decidió no tener en cuenta, a efectos de la aplicación del Estatuto de los Funcionarios, la naturalización italiana de una funcionaria de nacionalidad belga, basándose en que dicha naturalización le había sido impuesta, de conformidad con lo dispuesto en el Derecho italiano, sin posibilidad de renunciar a ella, a raíz de su matrimonio con un italiano, vulnerando el principio comunitario de igualdad de trato entre funcionarios masculinos y femeninos.

Lo que ocurre es que las normas y principios de la ciudadanía tienen una fuerza expansiva y una conexión con la nacionalidad que llevan a que esta posible influencia sea mucho mayor en el futuro.

## VI. Conclusiones

La mirada a los cuatro aspectos de la ciudadanía de la Unión que hemos trazado en este estudio nos lleva a la conclusión de que estamos en un mo-

<sup>83</sup> *Ibid.* apartado 62.

<sup>84</sup> Asunto 21/74, *Airola* contra Comisión, Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1975, Rec. 1975, p. 221.

mento, en un estadio jurisprudencial, que ha sentado los fundamentos para un inminente tránsito de una concepción clásica —transnacional y con un cariz económico— de la ciudadanía de la Unión a una concepción nueva, supranacional y como estatuto único.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido poniendo, muy especialmente en los pronunciamientos más recientes, los fundamentos que marcarán este tránsito.

El carácter transfronterizo de la ciudadanía, marcado por la herencia de la libre circulación, difumina sus contornos hasta prácticamente desaparecer. La limitación que entraña la noción de las situaciones puramente internas queda reducida a su mínima expresión, bajo los razonamientos en términos hipotéticos del Tribunal de Justicia.

La ciudadanía va ganando la condición de estatuto fundamental de los ciudadanos de la Unión, marginando al enfoque fragmentario según categorías, aunque se mantienen las incógnitas respecto a los derechos del Estado del bienestar que por el momento no se pueden hacer depender de la condición, no discriminatoria, de la mera residencia. Esa vocación de estatuto fundamental de la que habla la jurisprudencia nos lleva a una consideración de derecho civil y político *per se*, alejado de los condicionantes económicos y transfronterizos de antaño.

Mientras tanto, el Tribunal de Justicia se rinde a la evidencia de que la nacionalidad, competencia soberana de los Estados, no puede mantenerse absolutamente indemne a la fuerza expansiva de la ciudadanía de la Unión.

En realidad, esta construcción de una ciudadanía más fuerte pasa no sólo por un reconocimiento de derechos autónomos de circulación o de condiciones económicas, sino de la configuración de un cierto «pueblo europeo» con una relación de lealtad a no sólo a la Unión y al Estado miembro de que son nacionales, sino también a los demás Estados miembros.

Recientemente, el Abogado General Cruz Villalón se expresaba a través de unas conclusiones<sup>85</sup> de forma particularmente elocuente sobre este punto:

«la noción de lealtad, como manifestación de compromiso y solidaridad con la comunidad política, no puede considerarse ya signo distintivo, exclusivo y excluyente, de los Estados miembros en tanto que tales, de tal modo que requiera ineluctablemente del vínculo de la nacionalidad. Al

---

<sup>85</sup> Asuntos acumulados C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 y C-61/08, Comisión / Reino de Bélgica, República Francesa, Gran Ducado de Luxemburgo, República de Austria, República Federal de Alemania, República Helénica, Conclusiones presentadas el 14 de septiembre de 2010, pendiente de publicación, apartado 142. Este asunto se refiere a la declaración de incumplimiento de varios Estados miembros que mantienen el requisito de la nacionalidad para el acceso a la profesión de notario.

contrario, el ciudadano europeo, en tanto que tal, no es ajeno a un compromiso de lealtad con la Unión. Una premisa con arreglo a la cual un nacional de un Estado miembro no encontraría modo de expresar un legítimo compromiso de lealtad con otro Estado miembro si no es previa adopción de la nacionalidad correspondiente a este último, supondría un cuestionamiento notable tanto de los artículos 17 y 18 CE, como de los derechos políticos de ciudadanía derivados de los Tratados, al igual que de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»

A la vez, aparece un derecho político nuevo y verdaderamente supranacional; la iniciativa ciudadana europea. Quizá la eficacia de este derecho sea aún poco más que simbólica, pero contribuye facilitar la participación activa de los ciudadanos europeos en la Unión, en definitiva, a configurar una comunidad política común.

La ciudadanía de la Unión se configura así, poco a poco, como el vínculo, con efectos jurídicos diversos, entre los ciudadanos y la Unión, desbordando el marco del Mercado Interior y sin necesidad de que exista un elemento transfronterizo.

# The scope of EU Law in recent ECJ case law: reversing ‘reverse discrimination’ or aggravating inequalities?\*

Nathan Cambien  
Post-doctoral Research Fellow  
Institute for European Law

**Summary:** I. Introduction: reverse discrimination, inherent in EU law? 1. Link with EU law. 2. Reverse discrimination.—II. Recent ECJ case law: attempts at curing the disease? 1. Overview. 1.1. *Ruiz Zambrano*: new approach towards reverse discrimination. 1.2. *McCarthy*: not reaping the consequences? 1.3. *Dereci and Others*: consolidating the narrow approach. 2. Limited evolution only.—III. Assessment: recent ECJ case law provides no solution. 1. Perverse incentives for the Member States. 2. Illustration: 2011 restriction of Belgian immigration laws. 3. Counter-productive consequences.—IV. Solutions. 1. EU legislator. 2. National constitutional norms.—V. Conclusion.

---

**Abstract:** ‘Reverse discrimination’ is one of the most blatant and persistent forms of discrimination in the EU. In recent cases, the European Court of Justice (ECJ) seems minded to combat the gravest instances of reverse discrimination, by interpreting EU law more broadly than it has traditionally done. My paper shows that the ECJ’s innovative interpretation, while driven by noble motives, is not a step in the right direction because it entails new incentives for the Member States to introduce or consolidate instances of reverse discrimination. The paper explores alternative avenues for curing reverse discrimination, namely amending EU legislation, or using national constitutional provisions to solve the problem. The paper concludes that the responsibility for solving the problem of reverse discrimination lies first and foremost with the EU legislator and the authorities of the Member States, and not with the ECJ.

**Keywords:** EU citizenship, Reverse discrimination, European Court of Justice.

**Resumen:** *La «discriminación inversa» representa una de las formas de discriminación más flagrante y persistente en la Unión Europea. En recientes sentencias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) parece decidido a combatir los ejemplos más graves de discriminación inversa aplicando una interpretación más extensiva del Derecho de la Unión Europea que su línea de razonamiento tradicional. Mi contribución muestra que la interpretación innovadora del TJUE, pese a los nobles motivos que la animan, no constituye un avance en la dirección*

---

\* Recibido el 15 de mayo de 2012, aceptado el 23 de mayo de 2012.

*correcta porque proporciona nuevos incentivos a los Estados Miembros para introducir o consolidar casos adicionales de discriminación inversa. El artículo explora líneas alternativas para corregir la discriminación inversa, a saber, la enmienda legislativa o el recurso a disposiciones de rango constitucional. La conclusión es que la responsabilidad de resolver el problema de la discriminación inversa corresponde, ante todo, al legislador europeo y a las autoridades de los Estados Miembros, no al TJUE.*

**Palabras clave:** *Ciudadanía de la Unión Europea, discriminación en sentido inverso, Tribunal Europeo de Justicia.*

## I. Introduction: reverse discrimination, inherent in EU law?

### 1. Link with EU law

According to settled case law the provisions on EU citizenship<sup>1</sup> “cannot be applied to activities which have no factor linking them with any of the situations governed by [EU] law and which are confined in all relevant respects within a single Member State”.<sup>2</sup> It follows that, according to the traditional approach, these provisions can only apply to situations presenting a link with EU law and this link is interpreted, moreover, as a link with two or more specific Member States. The EU citizenship provisions are not applicable, by contrast, to situations of which all relevant elements are linked to one Member State only.

A link with two or more specific Member States is most commonly provided by the fact that an EU citizen has exercised his right to free movement by moving from his home Member State to another Member State and has taken up residence in the latter Member State. Accordingly, the EU citizen concerned is entitled to claim in that Member State the rights conferred by EU law on EU citizens and their family members. Once the right to free movement is exercised, an EU citizen may also rely on EU free movement law against his home Member State.<sup>3</sup> Exceptionally, the Court has even ac-

<sup>1</sup> See Part Two of the TFEU on “Non-discrimination and Citizenship of the Union” (Articles 18-25 TFEU).

<sup>2</sup> See e.g. ECJ, Case C-212/06 *Government of the French Community and Walloon Government v Flemish Government* [2008] E.C.R. I-1683, para. 33.

<sup>3</sup> See e.g. ECJ, Case C-192/05 *Tas-Hagen and Tas* [2006] E.C.R. I-10451; ECJ, Case C-370/90 *Singh* [1992] E.C.R. I-4265. For a critical discussion of this case law, see TRYFO-NIDOU, A., “Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens: Towards a More Liberal Approach”, *European Law Journal*, 15, 2009, pp. 634-653.



cepted that EU citizens fell within the scope of EU law, despite the fact that they had never left their Member State of residence. In *Zhu and Chen*, the fact that the EU citizen concerned possessed the nationality of a Member State other than her Member State of residence provided a sufficient link with EU law.<sup>4</sup> In one case, the Court even considered that EU law was applicable because the spouse of an EU citizen had exercised her free movement rights, unlike that EU citizen himself.<sup>5</sup> All the same, it should be clear that in the cases just mentioned a clear link with two different Member States was present. Precisely this link was relied on by the Court in order to consider the situation as falling within the scope of EU law.

## 2. Reverse discrimination

The main consequence of this traditional case law is that only EU citizens whose situation is characterized by a sufficient inter-State element enjoy the rights conferred by EU law on EU citizens and their family members. Conversely, EU citizens who find themselves in a purely internal situation, because their situation does not present a link with two or more specific Member States, cannot rely on these rights.<sup>6</sup> This is clearly illustrated by the *Morson and Jhanjan* case,<sup>7</sup> in which the ECJ held that two Dutch nationals working in the Netherlands had no right under EU law to bring their parents, of Surinamese nationality, into the country to reside with them. As nationals working in their own Member State “who had never exercised the freedom of movement within the EU”,<sup>8</sup> their situation was to be regarded as purely internal.<sup>9</sup> This case was obviously decided before the introduction of EU citizenship, but its *rationale* remained valid afterwards.

Consequently, the traditional approach followed in the case law can give rise to instances of “reverse discrimination”, *i.e.* EU citizens who find

---

<sup>4</sup> ECJ, Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] E.C.R. I-9925, para. 19.

<sup>5</sup> ECJ, Case C-403/03 *Schempp* [2005] E.C.R. I-6421, paras 22-25.

<sup>6</sup> See CRAIG, P. and DE BÚRCA, G., *EU law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 4th ed., pp. 782-783.

<sup>7</sup> ECJ, Joined Cases 35/82 and 36/82 *Morson and Jhanjan* [1982] E.C.R. 3723.

<sup>8</sup> *Ibid.*, para. 17.

<sup>9</sup> The situation in these cases should be contrasted with the one at hand in ECJ, Case C-370/90 *Singh* [1992] E.C.R. I-4265. In that case, an Indian national had married a British national and travelled with her to Germany, where they had both worked for some years before returning to the UK. It was decided that Mr. Singh could claim the right under EU law to join his spouse in the UK because, through the period of working activity in another Member State, the EU legislation on the free movement of persons had become applicable.

themselves in a purely internal situation being treated less favourably than EU citizens who can demonstrate a sufficient link with EU law.<sup>10</sup> The reason is that EU citizens in a purely internal situation cannot rely on the rights conferred by EU free movement law, but only on the possibly less favourable rights conferred by the national law of their Member State of residence. For instance, static EU citizens, who have never moved between Member States, cannot normally rely on the family reunification rights conferred by EU law, but only on possibly less favourable national provisions concerning family reunification. Instances of reverse discrimination do not infringe the EU principle of non-discrimination because the latter is not applicable to purely internal situations.

Accordingly, reverse discrimination appears to be embedded in the EU legal framework. It seems to be an inevitable consequence of the limited scope of application of the EU law provisions, and the provisions on EU citizenship in particular. Consequently, EU law suffers from a blatant and persistent form of discrimination, which cannot, it would seem, be “cured” by EU law. However, in recent case law, the European Court of Justice (“ECJ”) seems willing to combat, at least the gravest instances of reverse discrimination, by applying EU law in circumstances hitherto considered as falling outside the scope of EU law.

In the following, I will first analyse in some detail this recent tendency in the case law and the underlying justifications for the ECJ’s departure of the traditional approach (II). The main questions that are answered in this connection are: 1) what is the extent of the Court’s new approach towards the scope of EU law and 2) are the Court’s justifications for its expansive justification convincing? In this connection, it is examined how the principles announced by the Court could be fruitfully applied in other cases with different sets of circumstances. My paper shows that the ECJ’s innovative interpretation, while driven by noble motives, has major shortcomings (III). Therefore, I explore what possible alternative solutions exist for curing the problem of reverse discrimination (IV).

---

<sup>10</sup> There is abundant literature on the subject. See, *inter alia*, TRYFONIDOU, A., *Reverse Discrimination in EC Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 271 pp.; POIARES MADURO, M., “The Scope of European Remedies: The Case of Reverse Discrimination and Purely Internal Situations”, in KILPATRICK, C., NOVITZ, T. and SKIDMORE, P. (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2000, pp. 117-140; CANNIZZARO, E., “Producing ‘Reverse Discrimination’ through the Exercise of EC Competences”, *YbEL*, 1997, pp. 29-46. See the helpful overview of literature on the subject in HANF, D., ‘Reverse Discrimination in EU Law’: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, or Judicial Choice?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, pp. 58-61.

## II. Recent ECJ case law: attempts at curing the disease?

### 1. Overview

#### 1.1. *RUIZ ZAMBRANO*: NEW APPROACH TOWARDS REVERSE DISCRIMINATION

Mr. Ruiz Zambrano was a Colombian national who came to Belgium together with his Colombian spouse and their first child. Although his request for asylum was rejected by the Belgian authorities, he nevertheless remained in the country and even managed to become gainfully employed. He did not, however, satisfy the conditions under Belgian law for obtaining a residence permit or a work permit. The question to be answered by the ECJ was whether Mr. Ruiz Zambrano could derive a right of residence in Belgium from EU law and whether EU law would exempt him from the obligation to hold a work permit. The crucial element in this regard was that, during his stay in Belgium, Mr. Ruiz Zambrano's spouse gave birth to a second and third child, who acquired the Belgian nationality on grounds of their birth in Belgium.<sup>11</sup> Since these children are EU citizens, it was argued that Mr. Ruiz Zambrano was entitled to reside with them in Belgium. To support this point, Mr. Ruiz Zambrano heavily relied on the *Zhu and Chen* case, in which the Court held that a young minor EU citizen was entitled to be accompanied in the host Member State by the parent who is his or her primary carer.<sup>12</sup>

The problematic aspect of his argument was, however, that in contrast with baby Chen, the children of Mr. Ruiz Zambrano had never resided in a Member State other than that of their nationality. For that reason, the situation of Mr. Ruiz Zambrano seemed to be a purely internal one, in which no reliance on EU law was possible. The logical consequence of this would be that Belgium was allowed under EU law not to extend the more favourable "Zhu and Chen" treatment to persons like Ruiz Zambrano. In other words, the case appeared to revolve around a classic instance of reverse discrimination, which could not be cured under EU law. This point of view was defended before the ECJ by no less than eight Member States and by the Commission.

The ECJ disagreed and held that EU law was applicable to the circumstances of the case. In a remarkably short judgment, the Court pointed out

---

<sup>11</sup> Pursuant to Article 10(1) of the Belgian Nationality Code, in the version applicable at that time, children born in Belgium acquired the Belgian nationality if they would otherwise be stateless.

<sup>12</sup> ECJ, Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] E.C.R. I-9925. For a detailed analysis, see the case notes by TRYFONIDOU, A., in *E.P.L.*, 2005, pp. 527-541, and VANVOORDEN, K., in *Colum. J. Eur. L.*, 2005, pp. 305-321.

that the children of Mr. Ruiz Zambrano were undeniably EU citizens and that EU citizenship was the fundamental status of nationals of the Member States.<sup>13</sup> Referring to the *Rottmann* judgment,<sup>14</sup> the Court stated that Article 20 TFEU precludes national measures which have the effect of depriving EU citizens of the “genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the EU”.<sup>15</sup> The Court held that the refusal of a residence permit and of a work permit to a person in a situation like Mr. Ruiz Zambrano had precisely this effect. The reason was that a refusal of a residence permit would require his children to accompany their parents to a third country. Similarly, the refusal of a work permit would entail the risk that he would not have sufficient resources to provide for himself and his family, which would also result in his children having to leave the territory of the EU. In both circumstances, the children would, as a result, be unable to exercise the substance of their citizenship rights.<sup>16</sup>

Although the *Ruiz Zambrano* judgment was remarkably short and lacking in elaborate reasoning,<sup>17</sup> it did appear to mark a landslide in the Court’s case law. Indeed, the Court found EU law to be applicable despite the fact that the traditional requirement of an inter-State element was not satisfied. Moreover, the open-ended reasoning of the Court could seemingly apply to a rather broad spectre of cases. Consequently, it seemed to be the case that EU law, under the Court’s new interpretation, would henceforth prohibit reverse discrimination of EU citizens. However, in a subsequent case, the Court dealt a fatal blow to these hopes and clarified that EU law could only in exceptional circumstances apply to static EU citizens.

## 1.2. *MCCARTHY*: NOT REAPING THE CONSEQUENCES?

The applicant in the case, Mrs. McCarthy, held both the Irish and the UK nationality, but had lived her whole life in the UK. In 2002, she married a Jamaican national, who was not, however, entitled to reside in the UK in accordance with the British immigration rules. Relying on her Irish nationality, Mrs. McCarthy and her husband argued that they were entitled to residence on the basis of EU law, namely in their capacity of EU citizen

<sup>13</sup> ECJ, Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011] E.C.R. nyr., paras 40-41.

<sup>14</sup> ECJ, Case C-135/08 *Rottmann* [2010] E.C.R. I-1449, para. 42.

<sup>15</sup> ECJ, Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011] E.C.R. nyr., para. 42. Throughout this article I will use the expression “citizenship rights”.

<sup>16</sup> ECJ, Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011] E.C.R. nyr., paras 43-44.

<sup>17</sup> The Court’s succinct reasoning was rightly criticised in the editorial of a major EU law journal. See NIC SHUIBHNE, N., “Seven questions for seven paragraphs”, *E.L. Rev.*, 36, 2011, p. 162 (“How can the Court possibly think that such a brief and opaque articulation of its reasoning is remotely adequate or acceptable?”).

and husband of an EU citizen, respectively.<sup>18</sup> The question to be answered by the Court was, again, whether the applicant could in the circumstances of the case rely on the provisions of EU law. Mrs. McCarthy had never exercised her right to free movement and, consequently, her situation, *prima facie*, seemed to amount to a purely internal situation. Yet, such was far from certain after the Court's judgment in *Ruiz Zambrano*. Moreover, the question arose whether the fact that Mrs. McCarthy possessed the nationality of another Member State than the Member State in which she resided could provide a sufficient link with EU law. Some earlier cases, *Garcia Avello*<sup>19</sup> in particular, appeared to indicate that the possession of the nationality of two Member States was sufficient in order to enable a EU citizen to invoke EU law.

Contrary to what some commentators had expected in view of the recent *Ruiz Zambrano* judgment, the Court ruled that EU law was not applicable in the circumstances of the case. According to the Court, Mrs. McCarthy could not invoke Article 21 TFEU because the contested national measure did not have the effect of depriving her of the genuine enjoyment of the substance of her citizenship rights or of impeding the exercise of her right of free movement and residence.<sup>20</sup> The Court explicitly distinguished the circumstances of the *McCarthy* case from those at stake in *Ruiz Zambrano*. It held that, in contrast to the case of *Ruiz Zambrano*, the contested national measure did not have the effect of obliging Mrs McCarthy to leave the territory of the EU. The fact that Mrs. McCarthy possessed the nationality of two Member States could not change anything in this regard, as it did not trigger the application of national measures depriving her of the genuine enjoyment of the substance of her citizenship rights or impeding the exercise of her right of free movement and residence.<sup>21</sup>

The bottom-line was that, in the circumstances of the case, the UK was entitled to deny to Mrs McCarthy the rights regarding family reunification pertaining to EU citizens from other Member States. As such, the Court

---

<sup>18</sup> Their application was rejected, however, by the British authorities on the ground that the conditions for a right of residence on the basis of EU law were not satisfied. It is not fully clear whether this refusal was based on the fact that Mrs. McCarthy fell outside the scope of EU law or on the fact that she did not satisfy the conditions for a right of residence under EU law. Given that she was completely dependent on State benefits for her subsistence, she did in any event not satisfy these conditions. The Court did not consider this element at all in its judgment, in contrast to AG KOKOTT (see Opinion of AG KOKOTT in Case C-434/09 *McCarthy* [2011] E.C.R. nyr., para. 44).

<sup>19</sup> ECJ, Case C-148/02 *Garcia Avello* [2003] ECR I-11613.

<sup>20</sup> ECJ, Case C-434/09 *McCarthy* [2011] E.C.R. nyr., paras 44-56.

<sup>21</sup> ECJ, Case C-434/09 *McCarthy* [2011] E.C.R. nyr., para. 54.

endorsed the continued existence of reverse discrimination with regard to family reunification. The Court confirmed this stance in the more recent *Dereci and others* judgment.

### 1.3. *DERECI AND OTHERS*: CONSOLIDATING THE NARROW APPROACH

The *Dereci and Others* case provided the ECJ with an ideal opportunity to further clarify the scope of its holdings in *Ruiz Zambrano* and *McCarthy*.<sup>22</sup> The reference of the Austrian *Verwaltungsgerichtshof* in fact concerned five cases in which a third country family member<sup>23</sup> of a static adult Austrian national were refused a right of residence in Austria. The referring court wanted to know, essentially, whether these refusal decisions were precluded under Article 20 TFEU. This required the ECJ to clarify whether such decisions were to be considered as having the effect of depriving the EU citizens concerned of the genuine enjoyment of the substance of their citizenship rights. The ECJ firmly stated that this criterion is only satisfied in situations in which the EU citizen has, in fact, “to leave not only the territory of the Member State of which he is a national but also the territory of the EU as a whole”.<sup>24</sup> It emphasised that this criterion would only under exceptional circumstances preclude a refusal of a right of residence. In this connection, the Court explained that the mere fact that it might appear desirable to an EU citizen, for economic reasons or in order to keep his family together, for his third country family members to be able to reside with him in the territory of the EU, is not sufficient in itself to support the view that the EU citizen will be forced to leave EU territory if such a right is not granted.<sup>25</sup>

The bottom-line is that the Court confirmed the narrow interpretation of the *Ruiz Zambrano* judgment it had adopted in *McCarthy*. Somewhat curiously the Court in *Dereci and Others* did not make a final assessment of compliance with Article 20 TFEU, explicitly leaving this to the referring court.<sup>26</sup> Yet the Court’s emphasis on the limited applicability of Article 20

<sup>22</sup> ECJ, Case C-256/11 *Dereci and Others*, nyr. The case was decided under the accelerated procedure (see the Order of the President of the Court (9 September 2011) in Case C-256/11 *Dereci and Others*, nyr.).

<sup>23</sup> Namely the spouse of an EU citizen in three cases and the adult children of an EU citizen in the two other cases.

<sup>24</sup> ECJ, Case C-256/11 *Dereci and Others*, nyr., para. 66.

<sup>25</sup> ECJ, Case C-256/11 *Dereci and Others*, nyr., paras 67-68.

<sup>26</sup> *Ibid.*, para. 74. It is, of course, common practice for the ECJ in the framework of proceedings for a preliminary ruling to leave the final assessment to the referring court. Yet it is striking that the ECJ made a final assessment in *Ruiz Zambrano* and *McCarthy*, but not in *Dereci and Others*.

TFEU vis-à-vis static EU citizens and on the fact that *Ruiz Zambrano* concerned the right of residence of a third country national with dependent minor children<sup>27</sup> clearly indicate that it was of the opinion that the applicants' argument under EU law would not succeed. Indeed, given the fact that the EU citizens in all cases were adults, they should presumably be considered to be able to continue to reside in the territory of the EU independently of their third country family member, as was explicitly stated by AG Mengozzi.<sup>28</sup> Admittedly, the ECJ tempered its strict holding somewhat by pointing out that a right of residence could possibly be claimed on the basis of the fundamental right to protection of family life, even in situations falling outside the scope of EU law.<sup>29</sup> Still this holding *prima facie* does not change anything regarding the limited applicability of EU law to static EU citizens and their family members.

## 2. Limited evolution only

The picture resulting from the judgments just discussed is rather nuanced. In *Ruiz Zambrano* the Court departed from its traditional EU citizenship case law, which was centred on the presence or absence of an inter-State element. As a consequence, a large number of situations could seem to fall henceforth within the scope of EU law which would previously have fallen outside that scope. In all these circumstances, reverse discrimination would have become contrary to EU law. On a closer look, however, it seems that the judgment does not entail such wide consequences. As the Court clarified in *McCarthy* and *Dereci and Others*, it is willing to apply EU law only where a measure threatens to take away the genuine enjoyment of the substance of a person's citizenship rights. In such circumstances an inter-State element will no longer be required. In essence, the Court is merely drawing the consequences from its *Rottmann* judgment<sup>30</sup>: if a measure taking away one's EU citizenship status falls within the scope of EU law in the absence of a cross-border dimension, the same should be the case for a national measure completely rendering it impossible for someone to exercise the rights attached to that status. Put differently, national measures which *de iure* or *de facto* annihilate one's EU citizenship should be treated

---

<sup>27</sup> ECJ, Case C-256/11 *Dereci and Others*, nyr., para. 65.

<sup>28</sup> View of AG MENGOZZI in Case C-256/11 *Dereci and Others*, nyr., paras 33-36.

<sup>29</sup> In a way reminiscent to the *Metock and Others* judgment (ECJ, Case C-127/08 *Metock and Others* [2008] E.C.R. I-6241, para. 79), the ECJ pointed out that all Member States are parties to the ECHR (ECJ, Case C-256/11 *Dereci and Others*, nyr., para. 73).

<sup>30</sup> ECJ, Case C-135/08 *Rottmann* [2010] E.C.R. I-1449.



equally and be held to fall within the scope of EU law even in the absence of a cross-border dimension.<sup>31</sup>

One could agree with the Court that the fundamental importance of EU citizenship warrants a wider interpretation of the scope of EU law in such exceptional circumstances. However, it appears from the cases discussed higher that the Court is interpreting the “genuine enjoyment” criterion narrowly. The Court accepts that a refusal of a right of residence to the parent of a minor EU citizen makes it impossible for that citizen to genuinely enjoy the substance of his citizenship rights. The impossibility for an adult EU citizen to be joined by a third country family member, by contrast, does not seem to have this consequence because it does not, strictly speaking, oblige her to leave the territory of the EU.<sup>32</sup> Consequently, the Court appears to limit its extensive interpretation of Article 20 TFEU to children who face the impossibility to be joined by their parent-primary carer.

It could be objected that the Court, in taking this position, is focussing too much on what is possible in theory. Adult EU citizens who are refused the right to live with their family member will in many circumstances *de facto* be forced to join that family member in a third country and, as a consequence, be put in the same situation as far as the enjoyment of their citizenship rights is concerned. This could be the case, in particular, where the adult EU citizen would be financially or emotionally dependent on his third country relative.<sup>33</sup> In the near future,<sup>34</sup> the Court will have the opportunity to further fine-tune its case law and clarify under what circumstances precisely a measure should be considered as taking away the genuine enjoyment of EU citizenship rights in a way contrary to Article 20 TFEU. Perhaps the Court will accept that the genuine enjoyment criterion is satisfied in the case of certain adult EU citizens. Still then it can be expected that the criterion will remain one that is satisfied in exceptional circumstances only. As a consequence, most instances of reverse discrimination will continue to be valid under EU law. Below I will argue that the Court’s expansive case law might actually even lead to an increased number of instances of reverse discrimination.

---

<sup>31</sup> CAMBIEN, N., “Case Note: Case C-34/09 *Ruiz Zambrano*”, *Sociaal-economische Wetgeving*, 2011, pp. 410-413.

<sup>32</sup> ECJ, Case C-434/09 *McCarthy* [2011] E.C.R. nyr., para. 50.

<sup>33</sup> See View of AG MENGOZZI in Case C-256/11 *Dereci and Others*, nyr., para. 48.

<sup>34</sup> A substantial number of references have already been made to the Court, asking for further clarification of the *Ruiz Zambrano* judgment. See, for instance, pending cases C-356/11 *O and S* and C-357/11 *L*, lodged on 7 July 2011.



### III. Assessment: recent ECJ case law provides no solution

#### 1. *Perverse incentives for the Member States*

Even if the evolution in the Court's case law just discussed is limited in scope, it is clear that it will have significant consequences for the immigration laws and policies of the Member States. Indeed, it obliges the Member States to grant a residence permit to the parent of a child which acquired their nationality, even in situations formerly considered to be purely internal situations. The consequences of this development should not be underestimated, in particular since many young children of third country nationals will have acquired the nationality of the Member State of residence of their parent without having a link to any other Member State. While these children and their parents could not traditionally claim a residence right under EU law, such will henceforth be the case. This can lead to a significant increase in immigration in a number of Member States. Furthermore, once a right of residence is recognised for the EU citizen and his parents, they can presumably rely on the EU principle of equal treatment, something which may entail significant financial burdens for their Member State of residence.<sup>35</sup>

Moreover, the Member States have only limited scope to rely on their immigration laws in order to refuse third country nationals in the circumstances described a right of residence. Indeed, the violation of the provisions of national immigration law in itself does not seem to be a ground for such a refusal. The ECJ in *Ruiz Zambrano* did not seem to consider it relevant that Mr. Ruiz Zambrano had overstayed his visa and had been residing illegally in Belgium as far as the Belgian immigration law provisions were concerned.<sup>36</sup> Presumably, Member States could refuse a right of residence in the circumstances described where such is justified by legitimate reasons of an overriding public interest such as reasons of public policy, public security or public health or in case of abuse of rights. However, these grounds are very narrowly defined and could be relied on therefore in exceptional circumstances only.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> See the discussion in ROSS, M. "The Struggle for EU Citizenship: Why Solidarity Matters", in ARNULL, A., BARNARD, C.; DOUGAN, M. AND SPAVENTA, E. (eds.), *A Constitutional Order of States: Essays in European Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011, pp. 283-300.

<sup>36</sup> In this respect, the Court's judgment resembles its judgment in the *Carpenter* case (ECJ, Case C-60/00 *Carpenter* [2002] E.C.R. I-6279).

<sup>37</sup> LENAERTS, K. and VAN NUFFEL, P. (BRAY, R. and CAMBIEN, N. (eds.)), *European Union Law*, Sweet & Maxwell, London, 3rd ed., 2011, pp. 251-253.

The bottom-line is that, because of the ECJ's expansive recent case law, the Member States are faced with an unwanted increase in immigration. Naturally, Member States will look for devices to limit this increase. However, the Member States' hands are tied as far as persons coming within the scope of EU law are concerned. Indeed, given the primacy of EU law over national law, the Member States cannot limit the residence rights enjoyed under EU law by EU citizens and their family members, except under the very limited conditions allowed by EU law just mentioned. The obvious solution for Member States is to restrict the residence and family reunification rights of persons not falling within the scope of EU law, i.e. primarily their own (static) nationals. This phenomenon is perfectly illustrated by a recent change in the Belgian immigration rules.

## 2. *Illustration: 2011 restriction of Belgian immigration laws*

Until recently, the Belgian Aliens Act<sup>38</sup> provided for complete equality in treatment between Belgian nationals and other EU citizens as far as the possibility to be joined in Belgium by family members was concerned. The only exception was the category of ascendants of Belgian nationals, who were subject to additional conditions.<sup>39</sup> Some other Member States, by contrast, have chosen to subject their own (static) nationals to less beneficial conditions than EU citizens from other Member States as far as family reunification rights are concerned.<sup>40</sup> As was explained above, such differential treatment, effectively amounting to reverse discrimination, is not contrary to EU law as traditionally interpreted. In Belgium too, proposals for such differential treatment had been circulating for some time in political circles. The restriction of the conditions relating to family reunification for Belgian nationals was defended on account of the need to restrict immigration in Belgium and to counter abuses of the immigration rules. In this connection, it was pointed out that family reunification is the most important form of immigration in Belgium by far.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Law of 15 December 1980 on entry, stay, settlement and removal of foreign nationals.

<sup>39</sup> With regard to ascendants, Belgian nationals had to prove that they had stable, regular and sufficient resources and comprehensive sickness insurance (Article 40ter of the Aliens Act).

<sup>40</sup> This is the case, *inter alia*, in Denmark and the Netherlands. For an overview of the legal regime surrounding family reunification of static EU citizens, mobile EU citizens and third country nationals in different Member States, see WALTER, A., *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2008, 78 pp.

<sup>41</sup> This appears to be the case in most European States (see GROENENDIJK, K., "Family Reunification as a Right under Community Law", *Eur. J. Migration & L.*, 8, 2006, 215).

On 22 September 2011 a legislative amendment entered into force which effectively restricts the conditions regarding family reunification for Belgian nationals, EU citizens and third country nationals.<sup>42</sup> The newly introduced conditions are, however, more stringent for Belgian nationals than for other EU citizens. During the debates it was even proposed to align the conditions for family reunification for Belgian nationals with those applicable in Belgium to third country nationals.<sup>43</sup> That proposal did not make it into law after the Council of State rendered a negative opinion.<sup>44</sup> The Council of State estimated, *inter alia*, that the full exclusion of Belgian nationals from the family reunification rules applicable to EU citizens would be incompatible with the *Ruiz Zambrano* judgment.

The amendment introduces three important new conditions or restrictions for family reunification by Belgian nationals. First, only the parents of minor Belgian nationals have the right to join their child in Belgium. Other ascendants of Belgian nationals<sup>45</sup> do no longer have this right. EU citizens and their spouse or partner, by contrast, have the right to be joined in Belgium by parents and ascendants in a further degree. Second, Belgian nationals can only be joined by a spouse or partner if both spouses or partners are older than 21. In the case of EU citizens, this condition only applies as far as registered partners are concerned who have contracted a partnership which is not treated as equivalent to marriage under Belgian law. Third, new conditions are imposed for reunification with a spouse or partner or with descendants. For such reunification, it is required that the Belgian national demonstrates the possession of stable, sufficient and regular resources, adequate housing and comprehensive sickness insurance. The condition regarding revenue will be deemed satisfied if the person concerned possesses at least 120% of the minimum subsistence income, without taking into account possible social security benefits.<sup>46</sup> EU citizens are not made subject to

---

<sup>42</sup> Legislative proposal of 26 May 2011 amending the Law of 15 December 1980 on entry, stay, settlement and removal of foreign nationals regarding the conditions for family reunification (*Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 530443/021). For a detailed discussion, see CAMBIEN, N., "Mogen statische Unieburgers worden gediscrimineerd op het vlak van gezinshereniging? Enkele beschouwingen bij de arresten *Ruiz Zambrano* en *McCarthy* van het Hof van Justitie", *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, 2011, pp. 242-253.

<sup>43</sup> See the amendment introduced by FRANCKEN and others (*Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 530443/014).

<sup>44</sup> Belgian Council of State, Opinion 49.356/4 of 4 April 2011.

<sup>45</sup> *I.e.* ascendants of adult Belgian nationals and ascendants of minor Belgian nationals other than their parents.

<sup>46</sup> This rule is inspired by, although not wholly similar to, the rules applicable in the Netherlands, which were challenged before the ECJ in *Chakroun* (ECJ, Case C-578/08 *Chakroun* [2010] E.C.R. I-1839.). For a discussion, see the case note by WIESBROCK, A. in *EuConst*, 2010, 462-480.

the condition regarding adequate housing and the limit of 120% of the minimum subsistence income does not apply to them.

Two categories of Belgian nationals are not, however, made subject to more stringent conditions as far as family reunification is concerned than other EU citizens. In the first place, it should be clear that the newly introduced restrictions cannot apply to Belgians who have exercised their right to free movement, even though this is not explicitly stated. The reason is that EU law requires Belgians who move or have moved to another Member State to be treated in exactly the same way as EU citizens from other Member States.<sup>47</sup> In the second place, no conditions are imposed as far as reunification of minor Belgian nationals and their parents is concerned. This can be explained by the Belgian legislator's desire to comply with the *Ruiz Zambrano* judgment.<sup>48</sup> It should be clear that the two exceptions just mentioned do not stem from a deliberate wish of the Belgian legislator. Rather they were both mandated by EU law. Accordingly, it seems the Belgian legislator, by introducing the recent amendments, has maximised its scope for reverse discrimination.

### 3. Counter-productive consequences

As the Belgian example perfectly illustrates, a wide interpretation of the rights of EU citizens and their family members in ECJ case law may well lead the Member States to restrict their legislation. It appears from the interventions of a large number of Member States in high-profile cases before the Court that most Member States resist such wide interpretation because they fear that the Court thereby opens the "floodgates" and renders it impossible for them to control immigration, resulting in significant and uncontrollable financial burdens.<sup>49</sup> The Court, however, is often perceived as not being sufficiently responsive to these concerns and putting too much emphasis instead on the effectiveness of EU citizenship.<sup>50</sup> *Ruiz Zambrano* can be seen as another example of the Court brushing away the Member States' concerns, although the narrow interpretation in *McCarthy* and *Dereci and Others* goes a long way towards alleviating them.

<sup>47</sup> See e.g. ECJ, Case C-212/06 *Government of the French Community and Walloon Government v Flemish Government* [2008] E.C.R. I-1683, para. 34.

<sup>48</sup> The need to comply with *Ruiz Zambrano* is explicitly put forward in the preparatory documents to the legislative proposal (*Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 530443/017).

<sup>49</sup> See e.g. ECJ, Case C-127/08 *Metock and Others* [2008] E.C.R. I-6241, paras 71-72.

<sup>50</sup> See, for instance, the discussion of the reactions by some Member State governments to the *Metock and Others* judgments, discussed in COSTELLO, C., "Metock: Free movement and 'Normal Family Life' in the Union", *CML Rev.*, 46, 2009, 587-622.

Where the Court adopts a wide interpretation of the scope of EU provisions, Member States basically have three devices at their disposal to counter to some extent the unwanted effects deriving from this. First, they can give a narrow interpretation to the Court's judgment, by focussing on the actual circumstances of the case in which the judgment was rendered rather than on the underlying justifications of the Court. One example is provided by a circular<sup>51</sup> and a memo<sup>52</sup> issued by the UK Department for Work and Pensions to clarify the consequences of the recent *Ibrahim* and *Teixeira* judgments. These documents take a surprisingly literal interpretation of these judgments and thereby seem to overlook their underlying reasoning.<sup>53</sup>

The second device is the restriction of nationality legislation.<sup>54</sup> Where it is felt that an avalanche of claims based on EU citizenship undermines the national immigration policies, Member States may react by making it harder to become EU citizen, thereby reducing the number of persons that could make such claims.<sup>55</sup> Such restriction reduces the pressure of immigration not just for the Member State concerned, but also potentially for all other Member States. The reason is obvious: EU citizens can claim residence rights throughout the EU. If the possibilities for acquiring EU citizenship are restricted in one Member State, this will be felt in other Member States. It should be no surprise therefore, that restrictions of nationality legislation can come about after informal pressure by other Member States.<sup>56</sup>

Third, Member States may limit the more extensive rights recognised in the case law to EU citizens presenting a link with EU law, while denying

---

<sup>51</sup> Housing Benefit and Council Tax Benefit Circular HB/CTB A10/2010 of May 2010, available at [www.dwp.gov.uk/docs/a10-2010.pdf](http://www.dwp.gov.uk/docs/a10-2010.pdf).

<sup>52</sup> Memo DMG 30/10 revised of December 2010 "Right to Reside: Parent and Primary Carer of a Child in Education", available at <http://dwp.gov.uk/docs/m-30-10.pdf>.

<sup>53</sup> See the discussion in CAMBIEN, N., "Citizenship of the Union as a cornerstone of European integration: a study of its impact on policies and competences of the Member States", *PhD Thesis* (Leuven University, 2011), pp. 387-391.

<sup>54</sup> See HAILBRONNER, K. and THYM, D., "Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011", *CML Rev.*, 48, 2011, p. 1265 and WIESBROCK, A. "The Zambrano case: Relying on Union citizenship rights in 'internal situations'", *EUDO Citizenship Observatory*, available at <http://eudo-citizenship.eu/citizenship-news/449-the-zambrano-case-relying-on-union-citizenship-rights-in-internal-situations>.

<sup>55</sup> AG SHARPSTON openly admitted that the solution to the expected unwanted impact of the *Ruiz Zambrano* judgment (and the related fear for opening the "floodgates") would be to amend the rules on the acquisition of nationality, although she added that it would be wrong to turn the EU into "Fortress Europe" (see Opinion of AG SHARPSTON in Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011] E.C.R. nyr., 114-115).

<sup>56</sup> See the discussion in ROSTEK, K. and DAVIES, G., "The Impact of Union Citizenship on National Citizenship Policies", *Tul. Eur. & Civ. L.F.*, 2007, pp. 89-156.

them to their own static EU citizens. The amendment of the Belgian Aliens Act introduces precisely this distinction, following the lead from a number of other Member States. Given that family reunification is the most important form of immigration and given that the majority of EU citizens cannot demonstrate a sufficient link with EU law,<sup>57</sup> this is an effective device to reduce unwanted immigration. In other words, Member States may opt to enact a regime of reverse discrimination in order to limit immigration. Admittedly, after *Ruiz Zambrano* reverse discrimination is no longer tolerated by EU law under certain circumstances. However, as was discussed above, these circumstances are narrowly defined.

All devices have in common that Member States choose to allow as few persons as possible to enjoy the rights pertaining to EU citizens and their family members. Consequently, the wide interpretation in the case law of the rights attached to EU citizenship may well have the somewhat paradoxical consequence that in the near future fewer persons will enjoy these rights rather than more. Accordingly, rather than solving the problem of reverse discrimination, an expansive interpretation of the scope of EU law by the Court in fact worsens the problem of reverse discrimination. This is a problematic situation, for a number of reasons. First, a narrow implementation of the rights attached to EU citizenship reduces the added value of that status, which is purported to be the fundamental status of Member State nationals. Second, the increasing occurrence of systematic forms of reverse discrimination does not side well with the aims of a Citizens' Europe because it leads to inequalities between different categories of EU citizens.<sup>58</sup> This distinction is moreover based on the rather vague criterion of having established a cross-border element, which creates perverse incentives to artificially create a link with EU law.<sup>59</sup>

Consequently, the question arises how this problematic situation can be cured, if not by the case law described above. This will be dealt with under the following point.

---

<sup>57</sup> See KOCHENOV, D., "Ius Tractum of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship between Status and Rights", *Colum. J. Eur. L.*, 15, 2009, p. 214. Much depends, of course, on how restrictive the required link with EU law is interpreted. The case law is not always consistent on this point. See the discussion in VAN ELSUWEGE, P. and ADAM, S., "The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination" *EuConst*, 5, 2009, p. 334.

<sup>58</sup> See, *inter alia*, TRYFONIDOU, A., "Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe", *LIEI*, 35, 2008, pp. 43-67; JACOBS, F., "Citizenship of the European Union - A Legal Analysis", *European Law Journal*, 13, 2007, pp. 591-610.

<sup>59</sup> For instance, by briefly moving to another Member State with the sole purpose of "activating" one's EU citizenship.

## IV. Solutions

### 1. *EU legislator*

To remedy the problem of reverse discrimination, one obvious solution would be to interpret the provisions on EU citizenship as applying regardless of whether a cross-border element is present. In this connection it is sometimes suggested that EU citizenship in itself could constitute a sufficient link with EU law.<sup>60</sup> As a result, all EU citizens would be entitled to invoke EU citizenship rights, such as the ones relating to family reunification. While the Court in *Rottmann* and *Ruiz Zambrano* appears to have embraced this position, it at the same time limited it to fairly exceptional circumstances.

The Court was probably right in doing so. Accepting EU citizenship as a sufficient link with EU law in general would be a particularly intrusive step, given the significant impact it would have on the competences of the Member States. Such would certainly be good for realising the full potential of EU citizenship, but it can be doubted whether the Court could legitimately take such a revolutionary step without overstepping its constitutional role. Indeed, the Court is bound by the regulatory framework surrounding EU citizenship as it results from the Treaties and from secondary EU law, Directive 2004/38 in particular. Precisely because that Directive is limited in scope, the Court was not prepared to accept AG Sharpston's far-reaching suggestion to read Article 21 TFEU as embodying a right of residence even in the absence of prior movement.<sup>61</sup>

If the EU citizenship provisions are to be extended to static EU citizens, this step should, perhaps, preferably be taken by the EU legislator rather than by the EU Court.<sup>62</sup> Given that Article 21 TFEU is explicitly made subject to the limitations and conditions laid down in secondary EU law, the EU legislator was arguably given an explicit authorisation by the Treaties to

---

<sup>60</sup> See, *inter alia*, DAUTRICOURT, C. and THOMAS, S., "Reverse Discrimination and Free Movement of Persons under Community Law: All For Ulysses, Nothing For Penelope?", *E.L. Rev.*, 34, 2009, pp. 447-450; SPAVENTA, E., "Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects", *CML Rev.*, 45, 2008, pp. 30 *et seq*; TONER, H., "Judicial Interpretation of European Union Citizenship - Consolidation or Transformation", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 7, 2000, pp. 168-170.

<sup>61</sup> Opinion of AG SHARPSTON in Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011] E.C.R. nyr., paras 80 *et seq*.

<sup>62</sup> See WALTER, A. (*op. cit.*, n. 40), p. 60; BESSON, S. and UTZINGER, A., "Future Challenges of European Citizenship: Facing a Wide-Open Pandora's Box", *European Law Journal*, 13, 2007, p. 584.



determine the scope of the right to free movement and residence and could on that ground arguably extend the right of residence enjoyed by EU citizens to static EU citizens. Accordingly, it could amend Article 3(1) of Directive 2004/38 to the effect that it would apply to all EU citizens “who move to or reside in a Member State”. As a consequence, the Directive, including the principle of equal treatment laid down in its Article 24, would also apply to static EU citizens.<sup>63</sup> It is unlikely that the Member States, represented in the EU legislative organs, would agree to that, at least in the foreseeable future.

Another, more limited option would be to merely extend the rights relating to family reunification to static EU citizens. In a not so distant past, the Commission did in fact adopt a proposal to this effect.<sup>64</sup> An early Commission proposal for a family reunification directive stated in its Article 4:

“By way of derogation from this Directive, the family reunification of third-country nationals who are family members of a citizen of the EU residing in the Member State of which he is a national and who has not exercised his right to free movement of persons, is governed *mutatis mutandis* by Articles 10, 11 and 12 of Council Regulation (EEC) No 1612/68 and by the other provisions of Community law listed in the Annex.”

The Commission deleted this provision in later versions of the proposal, stating that the alignment of the rights of all EU citizens to family reunification would be dealt with later, after the work on the Citizens’ Directive (the eventual Directive 2004/38) would be finished.<sup>65</sup> Such has not happened so far.<sup>66</sup> Perhaps the recent developments relating to EU citizenship and the recent case law of the ECJ could give a new impetus to the EU legislator to adopt new rules relating to family reunification.<sup>67</sup> To this purpose, the pro-

<sup>63</sup> See DAUTRICOURT, C. and THOMAS, S. (*op. cit.*, n. 60), p. 450.

<sup>64</sup> See Commission proposal on the right to family reunification, COM (1999) 638 final (published in [2000] O.J. C116E/66). The proposal is discussed in WALTER, A. (*op. cit.*, n. 40), pp. 41-43.

<sup>65</sup> Amended proposal for a Council Directive on the right to family reunification, COM(2002) 225 final: see the explanatory memorandum under 2.4.

<sup>66</sup> This was confirmed by the Commission in its 2008 Report on the application of Directive 2003/86 (Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Application of Directive 2003/86 on the Right to Family Reunification, COM(2008) 610 final). The Report states, under point 4, that “family reunification of Union citizens residing in the Member State of their nationality is not subject to [Union] law”.

<sup>67</sup> Some additional support for the desirability of this could be found in the fact that Directive 2003/86 grants third country nationals a right to family reunification irrespective of whether they have moved between Member States. The limited parallelism between Direc-



visions of Directive 2004/38 relating to family members of EU citizens could be extended so as to cover also static EU citizens. The legal basis for this could presumably be Articles 20 and 21 TFEU, which would thereby be given a wider interpretation than is currently the case.<sup>68</sup> Accordingly, the EU legislator could solve the problem of reverse discrimination with regard to family reunification — which is perhaps the most controversial and topical field of reverse discrimination —. Again, such a step could only be taken if sufficient Member States would agree to adopt it in the EU legislative organs. However, it can be expected that the Member States would more readily accept clearly defined legislative amendments than Court-led evolutions, in particular if the legislator would surround these amendments with a number of financial safeguards.<sup>69</sup>

## 2. National constitutional norms

An alternative avenue for curing the problem of reverse discrimination focuses on the national level rather than the EU level. According to some authors, reverse discrimination is not caused by EU law but by national law.<sup>70</sup> As I explained above, reverse discrimination arises when national law in purely internal situations applies more stringent conditions than those applying in comparable situations falling within the scope of EU law. Put differently, it arises from the fact that a Member State accords its own (static) nationals a less favourable treatment than EU citizens enjoy under EU law. Consequently, a logical way to address this problem would be to amend national law and bring it “up to the level” of EU law. Taking this reasoning to its logical conclusion means that reverse discrimination is the responsibility of the Member States and not of EU law. Some authors have

---

tives 2003/86 and 2004/38, accepted by the Court in *Metock and Others* (ECJ, Case C-127/08 *Metock and Others* [2008] E.C.R. I-6241, para. 69) could be seen as an additional argument for extending the right to family reunification to static EU citizens.

<sup>68</sup> The Treaty provisions on EU citizenship would provide a more convincing legal basis than the provisions formerly contained in Title IV of the EC Treaty (see now Title V of the TFEU), as was remarked by NIC SHUIBHNE (NIC SHUIBHNE, N., “Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?”, *CML Rev.*, 39, 2002, p. 762).

<sup>69</sup> In particular, the present financial conditions (see, in particular, Article 7 of Directive 2004/38) applicable to family reunification of mobile EU citizens could be made applicable to family reunification by static EU citizens.

<sup>70</sup> See, in particular, RITTER, C., “Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234”, *E.L. Rev.*, 31, 2006, p. 706; HANF, D. (*op. cit.*, n. 10), pp. 57-58. See also the discussion in VAN DER MEI, A.P., “Combating Reverse Discrimination: Who should do the Job? (Editorial)”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2009, pp. 379-382.

added, moreover, that the suggested amendment of national law will come about naturally, since it is not in the interest of Member States to treat their own nationals less favourably than nationals from other Member States.<sup>71</sup> However, it would be naive to assume that Member States will always remedy instances of reverse discrimination. As was explained above, Member States may well have a strong interest in preserving or even introducing a system of reverse discrimination, such as the desire to limit immigration.

One could wonder, however, whether reverse discrimination is in accordance with national constitutional norms. The principle of equality is a norm of high constitutional importance in most Member States. The question arises whether the difference in treatment between nationals who can only invoke the less favourable national rules and EU citizens who can invoke the more favourable EU rules does not infringe the constitutional principle of equal treatment. This question arises in particular with regard to nationals of the same Member State, who will be treated differently depending on whether they can establish a link with EU law or not. Take the hypothetical example of two nationals of Member State A, named Mister X and Mister Y. Mister Y has worked for five years in Member State B, whereas Mister X has never left Member State A. Consequently, only Mister Y can invoke the family reunification rights laid down in EU secondary law, whereas Mister X can only invoke the less favourable family reunification rights laid down in the national laws of Member State A. It can be readily understood why such a situation might be problematic in the light of a national constitutional norm mandating equal treatment of all (national) citizens.

In a number of Member States, including Spain<sup>72</sup>, instances of reverse discrimination have already been held to violate the national principle of equality. However, in other Member States, courts have adopted a different approach. The Austrian Constitutional Court, for instance, has accepted that a different treatment of moving nationals (and EU citizens) and static nationals was objectively justified.<sup>73</sup> It would also appear to be the case that the case law on this issue in some Member States has not yet been fully developed. The Belgian constitutional equality provisions, for instance, would appear to provide a strong ground to tackle reverse discrimination. How-

---

<sup>71</sup> E.g. HANF, D. (*op. cit.*, n. 10), p. 56.

<sup>72</sup> See Judgement no 96/2002 of 25 April 2002 of the Spanish Constitutional Court and Judgment in Case 114/2007 of 1 June 2010 (cited in HANF, D. (*op. cit.*, n. 10), p. 50). See also the discussion in SARMIENTO, D., "Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución Española", 15 *Revista Española de Derecho Europeo*, 2005, pp. 375-411.

<sup>73</sup> See Judgment of the Austrian Constitutional Court in Case 18269 of 23 September 2010 (cited in HANF, D. (*op. cit.*, n. 10), p. 50).

ever, the Belgian Constitutional Court so far has never taken a firm position on this issue. Interestingly, the recent amendments of the Belgian immigration rules, described higher, were challenged before the Constitutional Court in a number of cases which are currently pending.<sup>74</sup> This will provide the Constitutional Court with an ideal opportunity to clarify the validity of reverse discrimination under Belgian constitutional law.

The bottom-line is that national constitutional provisions potentially provide a promising ground for tackling instances of reverse discrimination, although their precise scope and effect remains largely to be tested. One can expect that the opportunities for such testing will increase in parallel with the increase in instances of reverse discrimination.

## V. Conclusion

“Reverse discrimination” is one of the most blatant and persistent forms of discrimination in the EU. It is a symptomatic consequence of the limited scope of application of the provisions on EU citizenship. In recent case law, however, the ECJ has started to interpret the scope of these provisions more broadly than it has traditionally done, thereby outlawing some forms of reverse discrimination. Be that as it may, this paper has demonstrated that the recent expansive ECJ case law far from “cures” the problem of reverse discrimination. In fact, it may well have the effect of consolidating or even worsening the problem, in particular because it provides new incentives for the Member States to enact systems of reverse discrimination.

This paper has argued that the ECJ is not well placed to cure the problem of reverse discrimination, in view of the significant limitations that surround its competence. Other, more promising avenues exist to tackle the problem. On the one hand, if the scope of EU law is extended to static EU citizens, currently falling outside the scope of EU law, this step could more effectively and more legitimately be taken by the EU legislator. On the other hand, the problem could also be approached from the viewpoint of national law instead of EU law. Reverse discrimination essentially arises from the fact that a Member State accords its own (static) nationals less favourable treatment than EU citizens enjoy under EU law. This leads to a difference in treatment under national law between “static” nationals and nationals having a connection with EU law. Such a situation may well run counter to national constitutional norm mandating equal treatment of all (national)

---

<sup>74</sup> See the overview of pending cases on the website of the Constitutional Court: <http://www.const-court.be/>.

citizens, as is illustrated by recent case law from the Spanish Constitutional Court. It would also appear to be the case that the case law on this issue in a number of Member States has not yet been fully developed. As a result, national constitutional norms, embodying the fundamental principle of equality, would seem to provide strong potential grounds for challenging instances of reverse discrimination.

# Releasing minorities from the “nationalist trap”: from territorial to personal autonomy in a “multiple *demoi* europe”\*

Giovanni Matteo Quer, Ph.D.

Sara Memo, Ph.D. Candidate,

School of International Studies, University of Trento, Italy

**Sumario:** I. *In varietate concordia*.—II. Old boxes for new concepts: the current legal framework for the protection of minorities in Europe.—III. Nation = State? The cases of new minorities and traditional non-territorial minorities.—IV. A Step forward and a look backward: reconsidering Karl Renner’s model.—V. From East to West: the millet *system* for national, cultural, and personal autonomy.—VI. For a European *millet*: beyond the nation-state, a Europe of States and *demoi*.

---

**Abstract:** Although minority rights are already part of the European *acquis*, the protection of minorities as set forth in European national legislations still hinges upon the territorial paradigm. This ‘Westphalian model’ of minority protection is increasingly being questioned by the claims of “new minorities” (migrants) and traditional European non-territorial minorities (Roma). This article discusses Renner’s model of national cultural autonomy in the light of its first Ottoman application (Millet) and its current adaptation in the legal system of Middle-East Europe, as a potential instrument to overcome the ‘Western’ European ‘territorial trap’. By looking Eastward, Europe may adapt the Millet system to its specific exigencies, in order to create an inclusive supranational geo-political-legal space for effectively managing diversity and for including minority rights into the process of ‘integration through law’.

**Keywords:** non-territorial minorities, migrants, Roma, Millet, national-cultural autonomy.

**Resumen:** *A pesar de que los derechos de las minorías son parte integral del acervo europeo, su protección, tal y como actualmente está definida por las legislaciones europeas y nacionales, depende todavía de un paradigma principalmente territorial. La efectividad de este «modelo westfaliano» de protección, sigue siendo cuestionada por las reivindicaciones de las nuevas minorías (migrantes) y de las minorías tradicionalmente «no-territoriales (personas de etnia gitana)». Este artículo discute y analiza la posible aplicación y adaptación del modelo de «autono-*

---

\* Recibido el 1 de febrero, aceptado el 17 de abril de 2012.

*mía cultural nacional», propuesto por Karl Renner sobre los sistemas jurídicos del Europa centro-oriental. A partir de la experiencia otomana del Millet, donde este modelo fue por primera vez creado y aplicado, el artículo propone un posible recurso para superar el «enredo territorial» que caracteriza sobre todo la Europa Occidental. Teniendo como punto de referencia a Oriente, Europa podría adaptar el sistema del millet a sus exigencias específicas, a fin de crear un espacio geo-político-jurídico supranacional para manejar la diversidad de manera efectiva incluyendo los derechos de las minorías en el proceso de «integración por ley».*

**Palabras clave:** *minorías no-territoriales, migrantes, personas de etnia gitana, Millet, autonomía cultural nacional.*

## I. In varietate concordia

Every year, on 9<sup>th</sup> May, Europe celebrates the Union with the motto “*in varietate concordia*,” its idea of political and social unity. This motto, adopted in 2000,<sup>2</sup> and officially translated in English as “united in diversity,” nowadays constitutes one of the main grounds on which European identity is built, at least at the rhetorical level.<sup>3</sup>

The eloquence of this evocative expression has for long time confused the real sense of its words by relegating it to the dimension of “European patriotism.” Indeed, questioning the meaning of the ideas enshrined in the expression “*in varietate concordia*” is much more than a rhetorical exercise. It deals with society. It deals with politics. It deals with law. It deals with the ideas of “State” and “Nation”.

“*Varietas*” in Latin means “variety” in the sense of “diversity.” Yet, which kind of diversity does the European motto refer to? To the diversity of states, which are by the way going to exceed the current number of 27? To the diversity of Nations, which, besides including the European States, may also include, broadly speaking, European non-State regions, European ethnic groups, and European minorities)? Or to the diversity of peoples that live in Europe— *i.e.*, European citizens, third country long-term residents,

<sup>2</sup> The European motto was adopted through an informal process involving European pupils from different countries. See, *inter alia*, TOGGENBURG, G. “The Debate on European Values and the Case of Cultural Diversity.” *European Diversity and Autonomy Papers*, 2004. pp. 1-24. [www.eurac.edu/edap](http://www.eurac.edu/edap).

<sup>3</sup> BLOKKER, P., “The Post-enlargement European Order: Europe ‘United in Diversity’?” *European Diversity and Autonomy Papers*, n.º 1, 2006, pp. 1-32 [www.eurac.edu/edap](http://www.eurac.edu/edap). Although the motto and other European symbols, including the flag, anthem, Euro currency, and the European day) have lost legal recognition since entry into force of the Lisbon Treaty, they still represent official political symbols of the EU as stated in the 2004 European constitution. See <http://europa.eu/abc/symbols>.

and migrants? These questions acquire an additional degree of complexity if we consider that the European motto has been recognized, together with the other European symbols, as part of the pan-European heritage by the Council of Europe as well (which currently comprises 20 more States).<sup>4</sup>

“*Concordia*” in Latin means “harmony” in the sense of “peace.” As in the case of “*varietas*,” this word may also acquire different meanings entailing diverse political implications. As Johan Galtung clarifies,<sup>5</sup> peace can either refer to the absence of violence (negative peace) or to the creation of a social environment that serves the needs of the whole population by intervening in social relationships and by contributing to a constructive resolution of a conflict (positive peace). Emanuela Ceva has further elaborated on the meaning of “*concordia*” by questioning in the practical implications of the unitary project of the European Union.<sup>6</sup> Is the majority vote a sufficient condition for considering this project fully accomplished or should we consider other elements such as the quality of public debate? How can the ideal of tolerance be practically translated, through the creation of difference-blind institutions or through the political recognition of diversity as a value?

This article aims to provide answers, though partial and not “final,” to the above-mentioned questions by examining the case of non-territorial minorities in Europe. This case study represents a privileged point of view to analyze how peaceful coexistence of diverse social groups and peoples can be attained in the European territory in a way that fulfills individual and collective rights. Indeed, minorities can be considered as “microcosms of nations” that live in one or more States, whose diversity from the majority of the population is often only partially recognized. In our opinion, this derives from the fact that the current political paradigm of State and Nation, as well as the legal tools ensuing from it, is still very much rooted in the old Westphalian conception of nation-state. Since this categorization links a group to a given territory, it is an inappropriate tool to effectively accommodate the claims of minority groups and people that lack these “territorial features.” As Gualtiero Harrison explains,

owing to contemporary migrations, from the South of the planet and from the East of the Continent, Western European society faces a huge cha-

---

<sup>4</sup> See the address by Terry DAVIS, the Secretary General of the Council of Europe “*Role of the Council of Europe in the construction of a democratic Europe*” made at the Warsaw Summit, 14 May 2005 “Europe of Citizens: the political architecture of Europe and the citizen’s influence on its shape” available at [www.coe.int/summit](http://www.coe.int/summit).

<sup>5</sup> GALTUNG, J., *Peace By Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilization* (London: SAGE), 1996

<sup>6</sup> CEVA, E., “Introduzione: “In varietate concordia”. Quali prospettive per un’etica pubblica europea?” *Notizie di Politeia*, vol. 25/95, 2009, pp. 3-15, at 4.

llenge on its capacity to find practical and political solutions and on its very theoretical and ideological traditions. Is it possible to issue a defence of equality that is able to save the world of differences? Is it possible to answer the demands and requests originating from the diverse collective identities (ethnic, cultural, and social)?<sup>7</sup>

The article firstly discusses the current legal framework of minority protection in Europe and highlights its theoretical difficulties and fallacies. Subsequently, it focuses on the case study of non-territorial minorities in Europe with a specific focus on the cases of migrants (“new minorities”) and Roma (traditional non territorial minority) in order to detect, practically, the consequent legal limitations. We claim that the appropriate solution is to shift toward a new paradigm, which is based on personal autonomy, in order to “release” minorities from the “territorial trap” of the Westphalian model. To this purpose, Karl Renner’s model on national autonomy is recalled and used as a theoretical starting point. The potentiality of this model and its possible application to the European case are studied by looking Eastward to the *millet* system, an Ottoman non-territorial solution to the coexistence of diverse ethno-religious groups within the same state. In conclusion, some critical remarks are drawn to discuss the viability and sustainability of this model.

## II. Old boxes for new concepts: the current legal framework for the protection of minorities in Europe

The beginning of the history of the legal protection of minorities in Europe is very much connected with the ideas of “boundary” and “fear.” Since the creation of the modern state with the peace of Westphalia, the integrity of the territory has been considered of vital importance for safeguarding external as well as internal attacks.<sup>8</sup> Accordingly, all minorities conceived as social groups holding any form of diversity from the majority (such as religion, language and culture) creating a sense of solidarity among them, were controlled by the national dominant groups by means of both physical and

---

<sup>7</sup> HARRISON, G., *I Fondamenti Antropologici dei Diritti Umani*, ed. Meltemi, Roma, 2002, pp. 36-37.

<sup>8</sup> “The importance of territory in classic international law derives from the fact that the application of Roman law sources in medieval, feudal Europe created the belief that the territory was the object of State’s property”, MILANO, F., *Unlawful Territorial Situations in International Law*, ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p. 67. This conception is still deeply rooted in current political thought since very often “the term sovereignty is used as synonym of territorial sovereignty” (*ibidem*).



cultural barriers. By doing so, the state could protect itself from any internal claim that could potentially lead to public disorder, or even worse, to its dissolution by mean of secession.

From the struggles for religious freedom starting in the 17<sup>th</sup> century, the protection of minorities in Europe has been conceived as a territorial solution to conflicts, whereby the ruler of a territory had the power to dictate a certain religion (*cuius regio eius religio*). Subsequently, the protection of diverse groups within European societies has expanded to other cultural and geographical areas<sup>9</sup> and during the 19<sup>th</sup> century it has become a common feature of European public law.<sup>10</sup>

By the end of the First World War, minority protection became an international concern. Yet, the “box” was renewed, but not its “content.” The “minority regime” established by the Versailles Treaty was shaped with the view of stabilizing states’ borders and diffuse conflicts.<sup>11</sup> In this framework, the protection of cultural diversity was certainly not the main goal. Humanitarian concerns about minority protection have arisen, though gradually, only by the end of the Second World War, and have been encapsulated within the human rights discourse.<sup>12</sup>

Nonetheless, the first international binding instruments on human rights protection that aimed to protect individuals from states’ abuses of power were not apt to guarantee an effective protection of minorities. The wording of the provisions was often too general to effectively respond to minorities’ peculiar claims. Additionally, the rights enshrined within human rights international treaties were frequently characterized by an individualistic vocation that could hardly respond to collective needs.<sup>13</sup> Only in the last decades, international and national laws have increasingly matured the idea that diversity cannot be effectively protected in the name of “equality”<sup>14</sup> but

---

<sup>9</sup> From the Congress of Vienna of 1815 the protection of minorities in Europe started to be based on nationalist criteria as well. These criteria, together with religious ones, have been adopted by increasing number of European states such as Poland (whose religious and linguistic autonomy was granted under the international negotiations of the Congress of Vienna) Serbia, Montenegro and Bulgaria (whose autonomies were granted under the 1878 Berlin Treaty).

<sup>10</sup> THIO, L.A., *Managing the Babel: The International Legal Protection of Minorities in the Twentieth Century*, ed. Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2005, p. 22.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>12</sup> GAYIN, E., *The Concept of Minority in International Law: A Critical Study of the Vital Elements*, ed. University of Lapland, Rovaniemi, 2001.

<sup>13</sup> JOVANOVIC, A.M., “Are there Universal Collective Rights?”, *Human Rights Review*, n.º 11/4, 2010. pp. 17-44.

<sup>14</sup> “All human being are born free and equal in dignity and rights”, Art. 1, Universal Declaration of Human Rights.

rather through *ad hoc* instruments tailored to fit the peculiar characteristics and the specific needs of each minority group.<sup>15</sup>

Europe has been one of the major contributors to this historical-legal process that led to the progressive sedimentation of culture and values on the protection of human rights and equality including the promotion of minority rights. Nowadays, a double-layered set of legal instruments focused on human and minority rights coexist in the European territory within the three regional organizations dealing with this subject: (a) the OSCE with 56 member States, (b) the CoE with 47 member States and (c) the EU with 27 member States.

- a) The OSCE is the largest organization dealing with the protection of human and minority rights in Europe. It is a political organization, based on consensus, characterized by soft-law instruments, which are not legally binding. Especially over the last two decades, OSCE has undertaken several steps in elaborating international standards focused on minorities (Wright, 1996). The most notable institution in this realm is the High Commissioner on National Minorities (HCNM). This office monitors the situation of minorities within OSCE States and simultaneously assists states through recommendations and guidelines.<sup>16</sup>
- b) The CoE has made of human rights, democracy and rule of law the cornerstones of its mission. The 1950 European Convention on Human Rights (ECHR) is the paramount instrument that this organization has created to deal with human rights in Europe. The protection and the enforcement of the rights enshrined in the ECHR are granted by the European Court of Human Rights (ECtHR). Although there is no substantive provision specifically referring to the respect of minorities in the ECHR,<sup>17</sup> the ECtHR has increasingly played a vital role in promoting respect for minority rights, by extensively interpreting the provisions of its institutive treaty.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> PALERMO, F., “Legal Solutions to Complex Societies: The Law of Diversity”, in: RUIZ VIEYTEZ, E. (ed.), *Human Rights and Diversity: New Challenges for Plural Societies*, ed. University of Deusto, Bilbao, 2007.

<sup>16</sup> The Hague Recommendations regarding the Education Rights of National Minorities (1996); the Oslo Recommendations regarding the Linguistic Rights of National Minorities (1998); the Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life (1999); and the Bolzano/Bozen Recommendations on National Minorities in Inter-State Relations & Explanatory Note (2 October 2008).

<sup>17</sup> The only provision mentioning minorities can be found at Art. 14 of ECHR which prohibits discrimination on the ground of association, *inter alia*, with a national minority.

<sup>18</sup> See, *inter alia*, CoE. 2010. “Supervision of the Execution of Judgements of the European Court of Human Rights.” Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Strasbourg; MEDDA-WINDISCHER, R., “The European Court of Human Rights and Minority

Moreover, as a result of the ethnic conflicts in the former Republic of Yugoslavia during the 1990s, the CoE has adopted a more effective strategy to protect the rights of minorities. Firstly, a commission of legal experts was created in order to deal with minorities and to better assist democratization processes in transition areas (Venice Commission).<sup>19</sup> Secondly, two specific instruments were created to protect and promote the rights of minorities: the 1992 European Charter for Regional or Minority Languages and the 1995 Framework Convention on the Rights of Persons Belonging to National Minorities.

The protection of minorities is also granted by two additional monitoring bodies in the geo-legal area of the CoE: the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) and the European Committee on Social Rights (ECSR). In particular, ECRI produces both in-country reports and general policy recommendations on racism, xenophobia, antisemitism and intolerance by working closely with the civil society.<sup>20</sup>

The ECSR is instead specialized in monitoring the conformity in law and in practice of States Parties with the provisions of the European Social Charter.<sup>21</sup> It considers national reports submitted by

---

Rights” *European Integration*, n.º 25/2003, pp. 249-271; SANDLAND, R., “Developing a Jurisprudence of Difference: the Protection of the Human Rights of Travelling Peoples by the European Court of the Human Rights”, *Human Rights Law Review*, n.º 8/2008, pp. 475-516.

<sup>19</sup> The European Commission for Democracy through Law, better known as the Venice Commission, is the Council of Europe’s advisory body on constitutional matters. Established in 1990, the commission has played a leading role in the adoption of constitutions that conform to the standards of Europe’s constitutional heritage. Initially conceived as a tool for emergency constitutional engineering, the commission has become an internationally recognized independent legal think-tank. See <http://www.venice.coe.int>

<sup>20</sup> ECRI was established in 1993 by the first Summit of Heads of State and Government of the member States of the Council of Europe. The decision of its establishment is contained in the Vienna Declaration which the Summit adopted on 9 October 1993. In the framework of its country- by-country monitoring, ECRI examines the situation concerning manifestations of racism and intolerance in each of the Council of Europe member States. The country-by-country monitoring deals with all member States on an equal footing and takes place in five-year cycles, covering nine/ten countries per year. In the framework of General Policy Recommendations ECRI addresses guidelines which policy-makers are invited to use when drawing up national strategies and policies in various areas (for instance on 24 June 2011 ECRI has adopted a General Policy Recommendation N.º 13 on Combating Anti-Gypsyism and Discrimination against Roma). Finally, ECRI performs a strong program of awareness-raising among the general public through the cooperation with NGOs, the media, and the youth sector at the national level. See [www.coe.int/ecri](http://www.coe.int/ecri)

<sup>21</sup> The European Social Charter was adopted in 1961 and revised in 1996. It enshrines socio and economic provisions focusing on the areas of housing, health, education, employment, legal and social protection, free movements of persons and non-discrimination. See also <http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/>

Member States on a yearly basis, and at the same time, it examines collective complaints from organizations representing groups of citizens who allege a breach of any provisions of the Social Charter.<sup>22</sup> In this respect, the ECSR has addressed Roma claims and majorly contributed to the definition of their collective right in State policies.<sup>23</sup>

- c) The EU is the third and smallest organization (in terms of number of Member States) dealing with the respect of human and minority rights in Europe. Although it has been originally created and organized as a tool for economic integration, the EU has increasingly become concerned with individual human rights and then with minority rights by progressively including them in its mandate.

Indeed, the EC/EU legislation is mostly characterized by hard law instruments focusing more on the dimension of non-discrimination<sup>24</sup> than on the one of the promotion of minority rights.<sup>25</sup>

Until very recently, minority protection was not considered to be part of EU’s competences and *acquis*. The notion of ‘national minorities’ started to

<sup>22</sup> As for collective reports, the ECSR considered a number of reports submitted by NGOs representing minority groups. In the case of Roma, see, *inter alia*, Decision on the merits of 28 June 2011, Centre on Housing Rights and Evictions v. France, Complaint n.º 63/2010, which concerns the eviction and expulsion of Roma from their homes and from France during the summer of 2010. For a more comprehensive overview of the complaints involving minority groups see [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_en.asp).

<sup>23</sup> Specifically, the issue of adequate housing has been largely debated in ECSR case law. It is opportune to recall two major decisions, which resume the positions of ECSR. In European Roma Rights Centre (ERRC) v. Portugal, Complaint n. 61/2010, the Committee held that the Portuguese government discriminated against Roma citizens, by disregarding their cultural specificities in housing policies and so failing to change the reality of segregated settings for Roma residents. The ECSR has further consolidated its position on Roma rights in Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. France, Complaint n. 63/2010, which built upon the previous ruling on French Romani citizens’ property eviction held in ERRC v. France, Complaint n. 51/2008. The Committee not only found that the evictions amounted to mass expulsion and failed to meet the basic requirements of necessity and adequate alternative resettling, but also ruled on the issue of discrimination. By interpreting art. E of the Charter, the Committee argues that State failure to adopt policies for providing citizens for adequate housing, or failing to enact them, also amounts to discrimination (see par. 29) – this position was explained in a previous decision ECCR v. Italy, Complaint n. 58/2009, par. 35.

<sup>24</sup> The Racial Equality Directive (2000/43/EC), the Employment Framework Directive (2000/78/EC) the Council Directive on Family Reunification (2000/86/EC) and the Long-Term resident Directive (2003/109/EC).

<sup>25</sup> When considering the minority legislation all along the three geo-legal spheres, it can be generally emphasized the aspect that minority legislation is more specific and far-reaching in soft-law instruments than in the hard-law ones (hence in the most external geo-legal boards than in the most internal ones).

enter the EU’s domain just in the 90s and exclusively with regard to external relations in the enlargement policies towards the Eastern part.<sup>26</sup>

After 2009 with the entry into force of the Lisbon Treaty, minority protection has acquired binding force. Article 2 in fact specifies:

The Union is founded on the values of respect for human dignity, liberty, democracy, equality and the rule of law and respect for human rights, *including the rights of persons belonging to minorities* [emphasis added]. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.

Worded in these terms, this article defines minority rights as human rights, while traditionally considered excluded from that category for their collective dimension. Although this provision formulates minority rights more in terms of individual rights (as the wording ‘persons’ may suggest), it nonetheless opens for a broader interpretation including also collective rights, since members of minorities are inevitably part of a group and are therefore entitled to collective enjoyment of their rights as well.<sup>27</sup>

Moreover, since the Lisbon Treaty has made the Charter on Fundamental Rights legally enforceable,<sup>28</sup> minority rights provisions in the EU should therefore be interpreted also in the light of articles 21 and 22 of the Charter. Specifically, article 21 prohibits, *inter alia*, any discrimination on the ground of ‘membership to national minority’. Article 22 commits the Union to the respect of ‘cultural, religious and linguistic diversity’.

Although both provisions do not explicitly refer to the protection of minorities nor provide them with more specific legal entitlements, it might be argued that minority rights law in the EU does not only refer to national minorities but also to minorities other than ‘national’, which differ from the majority of the population for their ‘cultural, religious and linguistic’ features, as set forth in article 22.

---

<sup>26</sup> From the adoption of the ‘EC: Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union’ in 1991 to the Eastern European countries application for membership in 1993, Member States created a framework for EU enlargement (known as ‘Copenhagen criteria’) where the protection of minorities were firstly mentioned as a requirement to enter the Union.

<sup>27</sup> SHORAKA, K., *Human Rights and Minority Rights in the European Union*, ed. Routledge, Abingdon, 2010.

<sup>28</sup> Art. 6.1 of the Lisbon Treaty provides the Charter with the same status as the EU Treaties: ‘The Union recognizes the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights in the European Union of 7 December 2000, as adapted in Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties.’

This broader interpretation of minority rights protection under EU law could also be considered in future in the realm of institutional redress of individual and community rights before the European Court of Justice (ECJ).

To date, the ECJ has already pronounced itself on three cases concerning minority rights, all of which mostly involved linguistic rights issues: the *Mutsch* case<sup>29</sup> of 1985, the *Groener* case<sup>30</sup> of 1989 and the *Bickel/Franz* case<sup>31</sup> of 1998.

Nonetheless, it is interesting to remind that the Lisbon treaty, besides extending ECJ’s jurisdiction over a wider legal basis, has also opened up the opportunity for the EU to enter ECHR as a party, by recognizing the legal personality of the organization.<sup>32</sup>

Should the EU agree to join the ECHR, the jurisdiction of the two courts, the ECJ and the ECtHR, over the breaches of EU-ECHR human and minority rights need to be precisely defined, in order to avoid potential conflicts between the two *fora*. According to some scholars, the accession of the EU to the ECHR could be thought just as ‘complementary’ to the ECJ, since all EU Member States are already part to the ECHR.<sup>33</sup> Others support the view that by adhering to the ECHR, the EU would certainly strengthen human and minority rights protection within its boundaries because it would adopt the ECHR common standard of protection.

Indeed, human and minority rights are not part of ECJ’s primary competence, as in the case of the ECtHR, which relies on the compliance to the EU law mostly reflecting economic integration goals. Hence, the adherence to ECHR could potentially ensure more coherence and harmony between the two institutions.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> *Mutsch*, Reference for a preliminary ruling, Case 137/84 [1985] ECR 2681. In this case the Court held that the equal treatment of migrants has to be granted also by allowing them to use their language in proceeding before the courts as a way to meaningfully contribute to their integration.

<sup>30</sup> *Groener v. Minister for Education and the City of Dublin*, Case C-379/87 [1989] ECR 3967. In this case, the Court states that the requirement of bilingualism is reasonable to protect a minority language.

<sup>31</sup> *Bickel/Franz*, Reference for a Preliminary Ruling, Case C-274/96 [1998] ECR I-7637. In this case, the Court similarly rules for the right of linguistic minorities to use their foreign languages in judicial and administrative procedures.

<sup>32</sup> On the problems connected to the lack of legal personality of the EU before the entry into force of the Lisbon Treaty, see, *inter alia*, DE SCHOUTHEETE, P., ANDOURA, S., “The Legal Personality of the European Union”, *Studia Diplomatica* n.º60, 2007, pp. 1-9.

<sup>33</sup> As Shoraka clarifies: ‘the EU’s accession to the ECHR can be seen as complementary, just like Member States have their own constitutions and bill of rights and at the same time have submitted themselves to external control by international organisations such as the CoE. SHORAKA, *op. cit.*, pp. 50-51.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 51.

Despite this possible future convergence between EU and CoE judicial bodies, it has to be stressed that among the three European organizations which include the protection of human and minority rights in their mandates, the EU is the one playing the most crucial role since through its hard-law instruments it can impose a more incisive compliance to international human and minority rights standards to Member States.

Yet, over the last decades, the EU benefited of the work and the experience of the CoE and OSCE especially during the enlargement process, thanks to fruitful synergies among the three organizations in the field of minority rights.<sup>35</sup>

This intensification of human and minority rights protection has reinforced the view that Europe is the geo-political region that most intensively protects the rights of minorities in the world (Nowak, 2003). Despite these positive legal improvements, its web of protection still presents some serious gaps, characterized by a common territorial basis on which minority rights hinge. As a result, every social group that cannot be exactly comprised within a given territory cannot fully benefit from the protection granted by these legal instruments.

### III. Nation = State? The cases of new minorities and traditional non-territorial minorities

The legal loopholes highlighted on the theoretical level in the previous section emerge quite visibly on the practical level in the cases of migrants and Roma.

In the last years, the number of legal instruments dedicated to migrants has notably increased.<sup>36</sup> Legislators have progressively created specific instruments according to the diverse categories and needs of migrants, including economic migrants, asylum seekers, and refugees.<sup>37</sup>

The rational underlying legal instruments designed for migrants relates to “temporary” forms of protection suitable either for people that have just entered the European territory or for people temporarily residing in it. However, there are some migrants that, for diverse reasons, decide to reside for a

---

<sup>35</sup> On the relationships between EU and CoE and EU and OSCE, especially with the Fundamental Rights Agency (FRA) and the HCNM, see SHORAKA, K., *op. cit.*, pp. 84-89.

<sup>36</sup> For an overview over the European legal instruments dealing with the protection of migrants see BOELES, P., DEN HEIJER, M. and LODDER G., *European Migration Law*, ed. Intersentia, Mortsel, 2009.

<sup>37</sup> A more specific distinction can be drawn by considering whether the migrant is an adult or a child, a child accompanied by an adult or unaccompanied, and if he/she has a relative already resident in Europe. To all these diverse social situations, different legal protection is granted.



longer time or permanently in a country other than the one of birth. Hence, these people are not fully protected by the above-mentioned legal instruments. Especially social groups of migrants that have reached, in terms of number and time of residence a significant presence within European States are defined in the literature as “new minorities.” Among these social groups, there are some that claim to be legally treated as “old minorities,” i.e. as historical, traditional, and autochthonous groups, in order to benefit from a more intense degree of protection.<sup>38</sup>

Although it is not possible to draw a clear line dividing the categories of “old” and “new” minorities,<sup>39</sup> a theoretical distinction, though not completely satisfactory, can be drawn in terms of the different set of rights that are recognized to each legal category. In general terms, “old minorities” are recognized through a set of rights mostly related to the protection of the religious, linguistic, and cultural sphere, whereas “new minorities” are generally recognized through a set of rights mostly related to the socio-economic sphere.<sup>40</sup> Another general distinction between these two categories is drawn, both in literature and in state practice, on the basis of the “historical tie” with a traditional area of settlement.

In the beginning of the 90’s, these conditions have been insistently promoted in view of the adoption of a formal definition within the Council of Europe by countries that feared the claims of new minorities to a similar standard of cultural and political rights.<sup>41</sup>

Today we still lack a formal definition by the CoE or any other international organization, hence it is still unclear which legal requirements a minority should present to be recognized as “historically tied” with a certain area. How many years should have passed in order for a minority settlement to be recognized as “historical”? Who is entitled to provide such recognition? No one is currently able to provide adequate answers to these questions.

---

<sup>38</sup> To the latter category in fact belong those social groups that have been traditionally living within a certain territory and that have become minorities as a consequence of a re-drawing of international borders (such as the German speaking minority living in Alto-Adige/Südtirol, Italy).

<sup>39</sup> EIDE, A., “The Right of “Old” versus “New” Minorities.” *European Yearbook of Minority Issues* vol. 2 (2002/2003), ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, pp. 365-380.

<sup>40</sup> This is just a general distinction that has been drawn here for the sake of simplicity. Indeed, the guarantees granted to each and every social group change according to the national recognition. Accordingly one of the most debatable set of rights relates to the representation in the public sphere which stands in a “borderline position” between “old” and “new” minorities.

<sup>41</sup> TANASE, I., *Defining National Minorities*, St. Antony College, University of Oxford, 2003, online publication available at <http://www.sant.ox.ac.uk/esc/esc-lectures/Tanase.htm> (last consulted on 21 February 2011).



Yet, this is not the point. The point is, again, that in order for a social group to be entitled to the full recognition of its individual and collective rights, it has to meet the requirements of the Westphalian territorial model.

The same issue arises, though to a higher degree of complexity, with regard to the largest traditional non-territorial minority in Europe: Roma. On the one hand, their historical presence in Europe<sup>42</sup> can constitute a reasonable basis to protect them by mean of the legal instruments designed for “traditional and autochthonous” minorities, on the other hand their nomadic lifestyle can find more adequate protection by means of those legal tools that have been designed for migrants. In the lack of clarity concerning the belonging to one category or another, the majority of them are living in a legal limbo, which recognizes neither their belonging to the legal category of “historical, autochthonous minority” nor their belonging to the category of “new minorities”.

Because of their traditional nomadic lifestyle, they “naturally” escape geographical and legal borders, hence the coexistence of people holding different citizenship status is not unusual within Romani communities: European, non-European, stateless people and even unregistered people who are completely invisible to the law.

As international and European levels, national systems also have difficulties in adapting the existing legal categories to the needs of Roma. “Linguistic belonging” is also an issue: some of them speak *Romanes*, others speak the language of the State where they live. Thus, the category of “linguistic minority” (which has been the most developed legal category in the realm of “old minority”) also does not work to comprehensively embrace this heterogeneous group.

Hence, the only way to overcome these legal discrepancies which result in a partial enjoyment of human and minority rights for certain social groups (especially migrants and Roma) is to release minorities from the “nationalist trap”.

#### **IV. A Step forward and a look backward: reconsidering Karl Renner’s model**

European States are becoming increasingly multi-cultural and multi-ethnic due to migration and supra-national institutions that affect not only States and their capacity to provide services and allocate resources, but

---

<sup>42</sup> Linguistics have demonstrated that Roma descends from North Indian castes and arrived in Europe between the 500 and the 1000 A.D. See, *inter alia*, FRASER, A.M., *The Gypsies*, Blackwell, Oxford, 1995.

also their societies and their cultural, ethnic, and national features. The nation-State model is based on “territorialized cultural belonging” and on the “[control of] legal membership,”<sup>43</sup> but economic and social developments progressively challenge the modern State’s ability to maintain its traditional role in a context of cultural homogeneity.<sup>44</sup> The claims of non-territorial minorities are to be conceived in the phenomenon of “blurring national borders,” and turn to define the contemporary “minority question” (*Minderheitsfrage*) within the global change of the nation-State model.<sup>45</sup>

Minority claims in a multi-cultural and —ethnic context are not typically post-modern—; indeed, the same question arose within multi-national Empires in the 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> centuries. Specifically, the Austrian-Hungarian Empire tackled with the need to re-conceptualize the role of the State vis-à-vis national communities’ demands for autonomy. A revolutionary idea was introduced in the Hapsburg Empire, which already conceded large autonomy to the Hungarian regions in both religious and cultural matters: the proposal for introducing a cultural autonomy system was advanced by Karl Renner and Otto Bauer, who believed in cultural democratization in an Austro-Marxist perspective.<sup>46</sup>

According to Karl Renner, territory was an endless source of conflict for minority claims; therefore, communities should be defined in terms of cultural and personal membership, in order to nullify the negative potential of territory in groups’ claims. Indeed, “in its pure form, the territorial principle... is the cruel and most inappropriate solution” because “the conflagration is localized, but not extinguished.”<sup>47</sup> This analysis focused on practical evidence: after territorial autonomy was conceded to Hungarians, other national groups demanded territorial control, triggering an escalation of demands that could not be solved through “federalization.” The territorial division of the Empire into ethnically homogenous regions was indeed an illusion, since each region would create new minority groups, which were dominant in on other region, and would disregard the needs of those groups

<sup>43</sup> MORRIS, L., “Globalization, Migration and the Nation-State”, *The British Journal of Sociology*, n.º 8/2, 1997, pp. 192-209, at 194.

<sup>44</sup> ROBERTSON, R., *Globalisation*, ed. SAGE, London, 1992.

<sup>45</sup> FELDMAN, G., “Development in Theory: Essential Crises: A Performative Approach to Migrants, Minorities, and the European Nation-State”, *Anthropological Quarterly*, n.º 1/78, 2005, pp. 213-246.

<sup>46</sup> BAUER, O., *The Question of Nationalities and Social Democracy*. Efraim NIMNI (ed.), University of Minnesota Press, Minneapolis, 2000; translated by Joseph O’Donnell from the original *Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie*, ed. Volksbuchhandlung, Vienna, 1924).

<sup>47</sup> RENNER, K., “State and Nation”, in: NIMNI, E. (ed.), *National Cultural Autonomy and its Contemporary Critics*, ed. Routledge, New York, 2005, pp. 15-47 at 32.

that were not territorially definable. Therefore, “if one wants to solve the nationalities question, one must focus on the nations! One must liberate them from political constellations, from the necessity of political barter, from feudal and clerical influences.”<sup>48</sup>

The model of constitutional engineering proposed by Renner was designed to manage national diversity through a “dual federalist” system whereby the central power of the states has to be devolved both on a territorial and on a non-territorial basis.<sup>49</sup> The territorial model, which was designed to solve the Austro-Hungarian Empire’s internal conflicts, maintains the system of territorial devolution of power in *Länder* (Crown Lands and Provinces) with respect to administrative tasks. At the same time, the devolution of power is also devolved on a non-territorial basis to *Nationalrät* (national councils), which are institutions that represent national groups, with competence in areas such as education, culture, art and science. As John Coakley clarifies

Renner’s project was based on the administrative units into which each province was divided: each uninational county (*Kreis*) would return three deputies to the appropriate national council, while binational counties would return two deputies to the national council of the local majority and one to that of the local minority. The jurisdiction of each national council would be non-territorial: it would extend to all persons in uninational counties or the nation in question and to persons registered as belonging to that nation in binational counties.<sup>50</sup>

This model, which is known as national cultural autonomy, combines both territorial and non-territorial devices, in order to guarantee citizens’ rights through a sort of competence repartition. The traditional goals of the State, including allocation of resources and security, are pursued through “federalization,” so that citizens, irrespectively of their residence and national affiliation, are guaranteed economic, political, and social rights. On the contrary, national institutions provide for cultural and educational services, so that national and ethnic groups are guaranteed autonomy for preserving their cultural heritage.

Bauer, a social democrat, who focused on the empowerment of the international worker movement, also advocated the model of cultural autonomy. Specifically, he worked for the constitutional recognition of corporate bodies

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>49</sup> COAKLEY, J., “Approaches to Resolution of Ethnic Conflict: The Strategy of Non-Territorial Autonomy” in *International Political Science Review*, n.º15/3, 1994, pp. 297-314 at 300.

<sup>50</sup> *Ibid.*

consisting of representative councils, educational boards, and labor unions.<sup>51</sup> In spite of the different premises, Bauer shares with Renner the idea that “granting the same cultural rights for all was a way of achieving national autonomy as this would eliminate the differences between and among groups while at the same time preserving the differences of these groups.”<sup>52</sup>

Although no reform was introduced in the Austro-Hungarian Empire in this sense, the national cultural autonomy model has been analyzed in both political and legal literatures as an effective model for managing diversity.<sup>53</sup> Comparatively, this model can be analyzed in light of other instruments that have been adopted in similar historical contexts for accommodating groups’ demands; specifically, the Ottoman experience of the *millet* can be considered the most comprehensive implementation of theoretical models regarding non-territorial autonomy for national groups. Although no specific study has focused on this point, one may presume that the Ottoman experience was not unknown to Renner and Bauer, who may have drawn inspiration from the Balkan territories that the Austro-Hungarian Empire acquired from the Ottomans—indeed, Renner’s model is always analyzed with reference to the millet system, though no historical study has yet demonstrated that Renner and Bauer actually studied the millet.<sup>54</sup>

## V. From East to West: the millet system for national, cultural, and personal autonomy.

The millet system is defined as a

very controversial technique of differential promotion of groups that makes legal systems which adopt it resemble multinational systems (in that it stably institutionalizes groups), although they structurally distin-

---

<sup>51</sup> ROACH, S.C., *Cultural Autonomy, Minority Rights and Globalization*, ed. Ashgate, Aldershot, 2005, p. 52.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>53</sup> KEATING, M., “Territory, State and Nation in the European Union: How Relevant is Renner?”, in: NIMNI, E. (ed.), *op. cit.*, pp. 181-190; KLÍMOVÁ-ALEXANDER, I., *The Romani Voice in World Politics: The United Nations and Non-State Actors*, ed. Ashgate, Aldershot, 2005; KYMLICKA, W., “Renner and the Accommodation of sub-state nationalisms”, in: NIMNI, E., *op. cit.*, pp. 137-149.

<sup>54</sup> HORVÁTH, E., *Mandating Identity: Citizenship, Kinship, Law and Plural Nationalities in the European Union*, ed. Kluwer Law International, Leiden 2008; NIMNI, E., “National Autonomy”, in: LEOUSSI, A. *Encyclopaedia of Nationalism* ed. Transaction Publisher, New Brunswick, NJ, 2001, pp. 210-214; MENTZEL, P., “Karl Renner’s Ideas on Personal Autonomy”, in: RAMET, S.P.; FELAK, J.R. and ELLISON H.J., *Nation and Nationalism in Eastern-Central Europe, 1806-1848: A Memorial to Peter F. Sugar*, Slavica, Bloomington, 2002, pp. 79-91.

guish themselves from these, in that the institutionalization is limited to certain purposes. It is the creation of a system of “pillars” that provides for separated and, ultimately, self-governed communities for different groups, in sectors such as education or personal status.<sup>55</sup>

This system is the Ottoman institutionalization of the Islamic institute “*dhimma*,” which regulates the legal status of the non-Muslim under Islamic rule,<sup>56</sup> whereby non-Muslim monotheistic communities are guaranteed autonomy and protection in return for the payment of a tax called *jizya*. Ottoman institutions developed the *dhimma* regime in order to manage ethnic and religious diversity in the extensive territories under the rule of the Sublime Porte. Individual identity was defined in terms of religion, whereby Ottoman citizens were subject to the jurisdiction of their respective religious group, so that “each group constituted a *millet* within the empire” and “membership in the *millet* automatically followed lines of religious allegiance.”<sup>57</sup>

Major reforms were introduced in the 19<sup>th</sup> century, the so called Tanzimat era, and aimed to bring equality among Ottoman citizens, irrespective of their religion, by creating a new pole of loyalty that would attract and fuse the different identities, so far separated, into a new concept of nationhood, which was known as *Osmanlılık*, “Ottomanism.”<sup>58</sup>

The late Ottoman *millet* was a constitutional system that guaranteed autonomy to ethno-religious groups in terms of personal autonomy, cultural autonomy, and political representations; each recognized ethno-religious group was entitled to legal autonomy, whereby individuals were subject to the legal system of the group they belonged to; moreover, each group was entitled to run educational, health, and charity institutions while political representation was guaranteed at both local and national levels.<sup>59</sup> Although the 19<sup>th</sup> century reforms signaled the collapse of the Empire under nationalist pressures, the same three branches of autonomy were maintained in modern Middle-East legal systems that have adopted the *millet*.

<sup>55</sup> PALERMO, F. and WOELK J., *Diritto Costituzionale Comparato dei Gruppi e delle Minoranze*, ed. CEDAM, Padova, 2008, p. 52.

<sup>56</sup> YE'OR, B., KOCHAN, M., and LITTMAN, D., *The Decline of Eastern Christianity Under Islam—From Jihad to Dhimmitude*, ed. Fairleigh Dickinson University Press, Cranbury NJ, 1996, p. 98.

<sup>57</sup> DAVISON, R.H., *Reform in The Ottoman Empire 1856-1876*, Princeton University Press, Princeton, 1963, p. 13.

<sup>58</sup> GAWRYCH, G.W., *The Crescent and the Eagle—Ottoman Rule, Islam, and the Albanians 1874-1913*, I.B. Tauris, London, 2006, p. 16.

<sup>59</sup> QUER, G.M., “Pluralismo e diritti delle minoranze: il sistema del ‘*millet*’”, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, vol. 18/1, 2010, pp. 257-284.

With respect to personal autonomy, several contemporary legal systems in Near and Middle East, including Israel, Lebanon, Jordan, Syria, and Iraq, grant autonomy to religious communities, which regulate the personal status of their members according to each group’s legal tradition. Therefore, marriage and divorce, as well as other matters of family law, fall within the jurisdiction of religious courts. Two main criticisms are formulated against such systems. First, contemporary systems, by guaranteeing extensive autonomy to religious courts, legitimize the perpetuation of cultural and traditional practices that are contrary to fundamental rights. Indeed, these legal systems, when the application of religious law is not adequately controlled, recognize even “internal restrictions” defined as “powers wielded by a group to maintain unchanged its customs and practices,” in order to “prevent members from adopting other cultural features or leaving the group.”<sup>60</sup> Secondly, personal autonomy challenges the cohesion of the entire legal system of a State, because the coexistence of different laws and legal traditions may create not only legal antinomies but also political conflicts in terms of values protected by the law.<sup>61</sup>

With respect to cultural autonomy, in contemporary millet systems, recognized groups are entitled to run educational, cultural and charity institutions, whereby they are guaranteed cultural and linguistic rights. In certain countries, such as in Lebanon, such autonomy is so extensive that communities live separate lives with the negative effect that it exacerbates particular differences thus impedes a general identity from being developed.<sup>62</sup>

With respect to political representation, arrangements that take into account ethnic affiliation are criticized on the ground of stability and sustainability, although they may serve the purpose to contain ethnic conflict if representation devices are limited in time or flexible.<sup>63</sup> Lebanon is often cited as an example of instability due to its power-sharing arrangements known as confessionalism.” In Lebanon, public posts and powers are divided among the different communities according to a model introduced by the French Mandate, which was designed to guarantee peaceful coexistence by granting to each group not only political participation but also a portion of

<sup>60</sup> KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 35.

<sup>61</sup> SBAI, S., *L’Inganno—Vittime del Multiculturalismo*, Cantagalli, Siena, 2010, pp. 89-91.

<sup>62</sup> TIBI, B., *Islamische Zuwanderung—Gescheitete Integration*, Deutsche Verlags-Anstalt, München, 2002, pp. 178-181.

<sup>63</sup> WOLFF, S., “Complex Autonomy Arrangements in Western Europe: A Comparative Analysis of Consociationalism in Brussels, Northern Ireland and South Tyrol”, in: WELLER, M. and WOLFF, S. (eds.), *Autonomy, Self-Governance and Conflict Resolution: Innovative Approaches to Institutional Design in Divided Societies*, Routledge, Oxon, 2008, pp. 118-119; LIJPHART, A., *Democracy in Plural Societies*, Yale University Press, New Haven, 1997, pp. 81-83.

power.<sup>64</sup> According to Edmond Rabbath, political instability in Lebanon is due to a “pathologic development from political confessionalism” originating from “the communitarian regime, to a form of metastasis that has over-run mentalities and institutions.”<sup>65</sup>

Notwithstanding these valid counter-arguments, the millet system still represents a model for managing complex diversity in terms of non-territorial autonomy toward which several European countries are shifting. Although the progressive adoption of non-territorial instruments for protecting minorities is not a conscious adaptation of the millet system, several European states seem to look eastwards and a European version of the *millet* system seems to be emerging.<sup>66</sup>

The presence of migrant communities with radically different traditions have increasingly challenged the capacity of European States to maintain a homogenous ruling legal system over cultural practices ensuing from, for instance, Islamic law. It is the case of Muslim minorities in several European countries, which demand recognition of Islamic institutions such as polygamy.<sup>67</sup> As has been pointed out, non-recognition of foreign legal traditions does not assure the consequent compliance of minorities to the principles and values of the ruling legal order; on the contrary,

ethnic minorities have not remained passive recipients of official dictates. Rather, there is evidence of their reliance on their own cultural resources to secure acceptable outcomes for themselves, and they are often able to negotiate between different legal levels in order to do so, thereby calling into question the claims about the dominance of the official legal system.<sup>68</sup>

Moreover, the risk that non-recognizing States run is to lose effective control over the application of traditional rules, and consequently failing to

---

<sup>64</sup> GORDON, D.C., *Lebanon: a Nation in Jeopardy*, Croom Helm, Beckenham, 1983, p. 20.

<sup>65</sup> RABBATH, E., *La Constitution Libanaise—Origines, Textes et Commentaires*, Publications de l’Université Libanaise, Beirut, 1982, p. 517.

<sup>66</sup> QUER, G.M., “Un Millet per l’Europa: il modello pluralista nella gestione della diversità religiosa”, in *Veritas et Jus*, n.º 1/1, 2011, pp. 43-65.

<sup>67</sup> Other demands of religious rights, including religious slaughter rituals and the veil, are more connected to political issues. Indeed, many allegedly legal problems originating from Islamic minorities demands, such as the building of mosque or the burqa issue, are more connected to the perception that Europeans and Westerners have of Muslims, exacerbated by often ideologized views of 11/9, terrorism, the cartoon issues etc. Therefore, we will not focus on the broad issues related to new minorities, but to those that constitute major challenges to the legal system and *ordre public*.

<sup>68</sup> SHAH, P.A., “Attitudes to Polygamy in English Law”, in: *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52/2, 2003, pp. 369-400 at 398.



guarantee the minimum respect of fundamental rights<sup>69</sup>. For these reasons, the UK has recently recognized Islamic law courts as arbitration courts in matters of family law, the decisions of which are to be scrutinized by British courts for ascertaining the compatibility with fundamental rights. This is the first case of “breach” of the monolithic legal order, by introducing a foreign legal system that operates, however, at the arbitration level; in other words, this constitutes the first modern case of personal autonomy in Europe.<sup>70</sup>

Estonia<sup>71</sup> and Hungary<sup>72</sup> have introduced systems of cultural autonomy that guarantee cultural collective rights to ethnic minorities, which enjoy self-government and representation rights at the national level.<sup>73</sup> Specifically, in Hungary, minorities enjoy representation at the local level, while minority representative institutions participate in the local legislative process with respect to issues of interest to the minority, including cultural heritage, use of language, toponymy, and educational curricula.<sup>74</sup> These two

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Another case of personal autonomy indeed exists, for Thracian Muslims in Greece, and originates from the agreement between Greece and Turkey of the 1920s. However, these arrangements are directly connected to the Ottoman millet, and are applied only to the historical Muslim community in Thrace. See, TSISTSELIKIS, K., “Personal Status of Greece’s Muslims: A Legal Anachronism or an Example of Applied Multiculturalism?”, in: ALUFFI, R. and ZINCONE, G. (eds.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Peeters, Leuven, 2004, p. 117.

<sup>71</sup> See, the Law on Cultural Autonomy for National Minorities, 28 November 1993, available at <http://www.unhcr.org/refworld/category/LEGAL,,,EST,3ae6b51810,0.html>

<sup>72</sup> See art. XXVIII of the Hungarian Fundamental Law, according to which nationalities and ethnic groups may set up local and national self-governments (par. 2).

<sup>73</sup> SUKSI, M. (ed.), *Autonomy: Applications and Implications*, Kluwer, The Hague, 1998; WALSH, N., “Minority Self-Government in Hungary: Legislation and Practice”, in *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*; ECMI working-paper n.º 1/2000, available on-line at <http://ecmi.de/jemie/>

<sup>74</sup> *Ibid.*, par. 1. However, with the entry into force of the new constitution in January 2012, the main institution that has guaranteed and promoted the rights of minorities, the Ombudsman, has been abolished. Indeed, the Parliamentary Commissioner for the Rights of National and Ethnic Minorities was a particularly incisive institution, which used to represent Hungary’s different minorities in the Parliament. In February 2011, the Ombudsman issued a statement warning about the potential backlash in minority protection consequent to the constitutional revision. Specifically, the statement condemned the cut in the budget of local self-government bodies and the abrogation of the ombudsman. See, ERNÓ K., Parliamentary Commissioner for the Rights of National and Ethnic Minorities, *Statement on the Preservation of Minority Rights in Hungary*, 11 March 2011, available at the Ombudsman internet site, <http://www.kisebbszegiombudsman.hu/hir-593-statement-on-the-preservation-of.html>. Moreover, the European Parliament adopted on 5 July 2011 resolution RC-B7-0379/2011, in which it expresses concerns on the compatibility of the new constitution with the Charter and asks for effective protection of minority rights (point g in particular), see <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0315+0+DOC+XML+V0//EN>.



recent examples confirm the progressive shift toward non-territorial autonomy, which at least two European systems had already adopted after the Second World War.

The Netherlands adopted a system called *verzuiling*, or pillarization, which represents the institutionalization of pluralism for every aspect of life. Educational services, media, labor unions, and political parties identified with one pillar, Protestant, Catholic, or Secular by creating separate social blocs under the control of each pillar’s elite.<sup>75</sup> Eventually, this system was dismantled by the constitutional reform in 1983. In Belgium, however, a similar system is still in force, where three linguistic communities are recognized, the French, the Flemish, and the German, that are represented by institutions that wield power on cultural, educational, and personal issues. The sustainability of this system has been questioned with reference to the on-going non-violent conflict among the communities that exacerbates economic and social differences.<sup>76</sup>

Notwithstanding the arguments against the millet system and other specific instruments of non-territorial autonomy, there is a European trend that shows preference for non-territorial autonomy. Therefore, the question is why European countries show an interest for non-territorial autonomy? Furthermore, does Europe need a model of non-territorial autonomy?

## VI. For a European *millet*: beyond the nation-state, a Europe of States and *demoi*

The political theorist Hannah Arendt highlighted that the existence of stateless people is a modern political phenomenon created by the shifting of borders and States’ denial to accommodate the claims of those minorities that could not ask a kin-state for protection.<sup>77</sup> Those peoples who fall outside the national, ethnic, or cultural identification of the state were not regarded as citizens but as persons without political dimension (indeed, ‘stateless’ in Greek is *a-polides*, person without *polis*, conceived not only as state but, more broadly, as political community). If one could argue that

<sup>75</sup> VAN DOORN, J.A.A., “Verzuiling een eigentijds systeem van sociale controle”, in: *Sociologische Gids*, n.º 3/1, pp. 41-49, 1956; RANDERAAD, N., “Het geplooid land”, in: BLOM, J.C.H. and TALSMA, J. (eds.), *De verzuiling voorbij—Godsdienst, stand en natie in de lange negentiende eeuw*, Spinhuis, Amsterdam, 2000, pp. 135-150.

<sup>76</sup> MNOOKIN, R. and VERBEKE, A., “Persistent Nonviolent Conflict with no Reconciliation: the Flemish and Walloons in Belgium”, in: *Law and Contemporary Problems*, n.º 72/1, 2009 pp. 151-186.

<sup>77</sup> ARENDT, H., *The Origins of Totalitarianism*, 3rd ed. Harcourt, New York, 1968, pp. 295-297.

in Europe the rule-of-law has overcome direct discrimination and denial of rights to entire communities through constitutional non-discrimination, still the collective dimension of rights is denied to those groups that do not fit in the territorial models. Therefore, non-territorial communities, including new minorities, the Roma, and, to a certain extent, even sexual minorities, are to be considered “neglected communities.” On the one hand, individuals enjoy protection from anti-discrimination law, but on the other, the full enjoyment of cultural and religious rights, *per se* collective in nature, is denied to those categories which cannot find suitable citizenship in the nation-state model.

Hannah Arendt wisely observed that the question of the Jewish people as well as the one of other minorities, which she referred to as “small peoples,” could be solved in a European Commonwealth. Since

the notion that nations are constituted by settlement within borders and are protected by their territory is undergoing a crucial correction... there may soon come a time when the idea of belonging to a territory is replaced by the idea of belonging to a commonwealth of nations whose politics are determined solely by the commonwealth as a whole. That means European politics—while at the same time all nationalities are maintained.<sup>78</sup>

This still holds true for the above-mentioned groups that do not find appropriate accommodation in territorial autonomy. Islamic communities, Roma people, and to a certain extent even LGBT (Lesbian, Gay, Bi-, and Transsexual) groups cannot be fully considered European citizens when some States recognize and protect these minorities while other states do not. The situation is such that in UK, Islamic law is recognized in arbitration courts and limitedly applied, while in the rest of Europe Islamic communities do not have this opportunity. Roma people could theoretically enjoy collective rights in Hungary through the system of minority councils, while in the rest of Europe they are denied cultural and linguistic rights.<sup>79</sup> LGBT groups enjoy family or quasi-family rights in some European countries, while in others they are denied recognition. What then about a LGBT couple that has married in Sweden and is resident in Greece? What about Roma individuals of Italian citizenship? What about Islamic Britons resi-

---

<sup>78</sup> ARENDT, H., “The Minority Question”, in: KOHN, J. and FELDMAN, R.H. (eds.), *The Jewish Writings—Hannah Arendt*, Schocken, New York, 2007, pp. 129-130.

<sup>79</sup> As previously emphasized, see note n. 14, the recent constitutional revision and the policy of the current government in Hungary were harshly criticized for the ineffective implementation of minority protection instruments.

dent outside the UK that have contracted marriage according to Islamic law recognized by the British legal system?

These situations challenge the capacity of the EU to create a real free space where individuals, goods, services, capital, and judicial decisions not only circulate but also live in a structured “*Gesellschaft*.” Beyond the five European freedoms, the EU has progressively adopted instruments to protect human rights,<sup>80</sup> reflected in the jurisprudence of the ECJ.<sup>81</sup> However, real enjoyment of rights is reserved to those who belong to a nationality with a State or to a national or ethnic group entitled to territorial protection. States’ interconnectedness has so progressed that solutions at the national level to accommodate non-territorial minorities’ demands would be inappropriate. Hence, what is still missing is the adoption of a common approach in order to build a Europe not only of individuals and States, but also of peoples, including those peoples that are not territorially defined.

The adoption of the Lisbon Treaty represents a significant step toward this direction. First, the EU has now legal personality and thus constitutes a common institution for states, sub-national bodies, and peoples; secondly, the increasing focus on human rights strengthens the people-rights-approach rather than the market-rights-approach. Indeed, by including human rights and minority rights into its mandate and by considering them a fundamental part of its *acquis*, the European Union shifts from a mere organizational structure, where states count, toward a state-like structure in which individuals, citizens, people count. Hence, the focus of the EU mandate is not only the market but also the fundamental rights of its citizens.

In Arendt’s terms, the creation of a European supra-national institution would solve the problems of minorities by dealing with “politics,” while national groups would maintain their distinct features within the states with no need to merge and level down their ethnic, cultural, and linguistic specificities. Indeed, it is not far from Renner’s model and not far from reality, but a further step is needed.

In Renner’s model, the State provides services for citizens and allocates resources through a federalized system of control, while national councils provide communal educational and cultural services for specified groups. Europe has achieved a level of integration that member states are progressively reducing their sovereignty through harmonization and unification of national policies and legal systems. In this sense, it is comparable to both

---

<sup>80</sup> DI FEDERICO, G., *The EU Charter of Fundamental Rights—From Declaration to Binding Instrument*, Springer, London, 2011.

<sup>81</sup> CRAIG, P. and DE BÚRCA, G., *EU Law—Texts, Cases, Materials*. 4<sup>th</sup> ed. Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 379-427; DOUGLASS-SCOTT, S., *Constitutional Law of the European Union*, ed. Pearson Education, Harlow, 2002, pp. 437-450.

the state of Renner’s model and to the Commonwealth of Arendt’s model. As a consequence, it is foreseeable that a model of *Nationalitätenräte*, which deal with cultural and educational issues under national and European supervision will be built. By so doing, Europe would adopt a model of national cultural autonomy, in Renner’s term, or a *millet*, in contemporary terms, whereby groups are entitled to autonomy and can self-govern their activities in certain areas with bodies of representation to effectively advance their interests. From this idea, two remarkable considerations follow, which concern first the role of the State, and secondly the shape of Europe.

In this “European Commonwealth” that decides “politics,” allocates resources, and provides for services, the re-organization of state polity is inevitable. Indeed, the process of empowerment of regions and decline of the state as the major international actor is an on-going process at both the European regional level<sup>82</sup> and the international.<sup>83</sup> Although the State may remain the first actor that enacts policies and implement regulations, its role even in the realm of minority protection is designed to decrease. The existence of several geo-legal spheres regarding minority rights shows that States are not primarily involved in the definitions of standards and policies.

At the European level, the CoE has also taken major steps toward the definition of a common understanding of minority protection through the adoption of the Framework Convention on Protection of National Minorities, the European Charter for Regional or Minority Languages, and CoE Recommendation 1735 (2006). Specifically, Recommendation 1735 calls upon states to protect national minorities, ratifying the abovementioned conventions, and abstaining from discriminating against minority groups. The convention focuses on national minorities and repeatedly refers to territorial autonomy as a valid instrument to protect minorities; however, article 16.4 “invites the member states... to integrate all its citizens, irrespective of their ethno-cultural background, within a civic and multicultural entity.”

The process of integration of diverse citizens is what Will Kymlicka calls ‘citizenization’ in liberal multiculturalist perspective,<sup>84</sup> which is slowly including non-territorial minorities. The further step toward appro-

<sup>82</sup> LOUGHLIN, J., “Europe of the Regions” and the Federalization of Europe”, in: *Publius*, n.º 26/4, 1996, pp. 141-162; MORRIS, L., “Globalization, Migration and the Nation-State”, in: *The British Journal of Sociology*, n.º 48/2, 1997, pp. 192-209.

<sup>83</sup> STRANGE, S., *The Retreat of the State—The Diffusion of Power in World Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996; VAN CREVELD, M., *The Rise and Decline of the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

<sup>84</sup> KYMLICKA, W., *Multicultural Odysseys—Navigating the New International Politics of Diversity* (Oxford: Oxford University Press), 2007, p. 96.

priate inclusion of all European citizens would be the recognition, in terms of politics of recognition,<sup>85</sup> of those peoples that have so far been excluded from collective protection, including the Roma, religious minorities, and, to a certain extent gender minorities as well, through a common European approach that clearly defines identity politics.<sup>86</sup>

In a European model of non-territorial protection, the role of the state would not be the main guarantor of protection, but rather the coordinator of regional implementation policies. Indeed, as in Hungary and in Renner’s model, minority councils locally implement policies decided at the central level. Given the relevance of non-territorial minorities at the overall European level because of their statelessness and their existence across borders, the most appropriate level for defining a policy is the European one, while states would coordinate local-regional implementations. The inclusion of citizens at the margins of Europe implies not only a change in terms of states’ role, but also in terms of the state’s nature.

CoE Recommendation 1735 “invites the member states... to stop defining and organizing themselves as exclusively ethnic or exclusively civic states” (art. 16.4). The wording of the document, although mild, calls upon states to consider themselves no longer as the institutional product of the political efforts of one people. Indeed, the nation-state is the homeland in political terms, and the guardian, in cultural terms, of one group that shares the same linguistic, ethnic, cultural, and often religious features. However, the inclusion of non-territorial communities would be a significant challenge to the foundations on which the state has historically developed as an essentially national polity. As article 7 of Recommendation 1735 emphasizes,

---

<sup>85</sup> GUTMAN, A. and TAYLOR C., *Multiculturalism—Examining the Politics of Recognition*, Princeton: Princeton University Press, Princeton, 1994.

<sup>86</sup> ANDERSEN, J. and SIIM, B., *The Politics of Inclusion and Empowerment—Gender, Class and Citizenship*, Palgrave, New York, 2004. In this respect, the document approved by the European Commission on the national strategies for integrating Roma people constitutes a remarkable example of supranational framework to which member states shall refer in the adoption of local policies. Indeed, the “EU Framework for National Roma Integration Strategies”, adopted by the Commission Communication COM(2011)173 on 5 April 2011, sets forth general goals, including access to education, health, employment, and housing, which are to be achieved by member states in the adoption of national policies. The framework also calls for a strong commitment of member states in integrating Roma people and suggests potential implementation methods, including monitoring, funding, and liaison with civil society. Each state is then free to adopt its policies within this framework and according to its specific exigencies. It is significant that the European Commission has decided to adopt this document, in that the “Roma question” not only is common to all states but also represents the first non-territorial minority that is directly addressed by a European institution for its effective protection.

the general trend of the nation-state’s evolution is towards its transformation depending on the case, from a purely ethnic or ethnocentric state into a civic state and from a purely civic state into a multicultural state where specific rights are recognized with regard not only to physical persons but also to cultural or national communities.

What would then be the future shape of Europe? And, especially, what would be the future shape of the EU? The recognition of de-territorialized communal identities implies the co-existence of different groups and peoples, which share maybe not culture, certainly not language, probably not religion, presumably not ethnicity, but certainly do they share values and principles. In this sense, Europe would be a constitutional homeland, the members of which are bound by constitutional patriotism, which “designates the idea that political attachment ought to center on the norms, the values, and, more indirectly, the procedures of a liberal democratic constitution;” as a consequence, “political allegiance is owed primarily neither to a national culture... nor to ‘worldwide community of human beings’...” but to shared principles.<sup>87</sup> The idea of Europe as a constitutional community toward which states’ and citizens’ loyalties have increasingly shifted is first based on the process of European integration and the progressive construction of a legally and politically constitutional community.<sup>88</sup> However, this notion of patriotism is a sort of substitute for cultural or ethnic nationalism insofar as it focuses on what is common, on what is shared, on what is “identical,” and apt to create a new supra-particular nation, *i.e.* the European nation.

It has been shown that the creation of a supra-national institution, although capable of attracting loyalties and building political myths and, ultimately, identity, enhances sub-national identification that co-exists with supra-national identity by weakening national identities.<sup>89</sup> Moreover, as Weiler emphasizes, the idea of Europe does not pertain to the building of a supra-national identity or to the creation of an all-including general identity into which specific identities merge. On the contrary, it is “the decoupling of nationality and citizenship” that “opens the possibility, instead, of thinking of co-existing multiple *demoi*.”<sup>90</sup> In this sense, the idea of Europe

---

<sup>87</sup> MÜLLER, J.-W., *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, Princeton, 2007, pp. 1-2.

<sup>88</sup> HABERMAS, J., “Why Europe Needs a Constitution?” in: *New Left*, vol. 11/2011, pp. 5-26.

<sup>89</sup> OPP, K.-D., “Decline of the Nation State? How the European Union Creates National and Sub-National Identifications” in: *Social Forces*, n.º 84/2, 2005, pp. 653-680.

<sup>90</sup> WEILER, J.H.H., “Demos, Telos, Ethos and the Maastricht Decision” in: GOWAN, P., ANDERSON, P., (eds.) *The Question of Europe*, ed. Verso, London, 1997, p. 287.

includes both states and nations, as well as both regions and *demos*, understood as cultural communities without boundaries. Europe should then be considered as the homeland of citizens that live in states, which together with peoples form the European Union.

The state as an institution would not be superseded by other actors; indeed it has and it will have a role in implementing policies elaborated at the European level. However, the idea that the state is the homeland of one people, one culture, and one language, this idea, is superseded by a hybrid polity, the EU, where states and peoples concur in the organization of individuals' lives.





# **Jurisprudencia**



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

David Ordóñez Solís  
Magistrado, Doctor en Derecho  
y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea

**Sumario:** I. Introducción.—II. Primera parte. Los derechos de los ciudadanos: derechos tradicionales y nuevos derechos. 1. Los derechos de los ciudadanos en el Derecho de la Unión Europea. 1.1. El reconocimiento mutuo y el «turismo del permiso de conducir» en la Unión Europea. 1.2. Los derechos sociales: vacaciones retribuidas e igualdad. 1.3. La no discriminación de los nacionales de terceros Estados. 2. Los derechos fundamentales, los derechos de autor e Internet. 3. Los derechos del consumidor, en relación con el medioambiente y la contratación pública.—III. Segunda parte. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Derecho español. 1. Las sentencias prejudiciales «españolas». 2. Los nuevos reenvíos prejudiciales españoles: los asuntos del «céntimo sanitario» y sobre la protección de datos. 2.1. Los impuestos especiales sobre hidrocarburos y las Comunidades autónomas («céntimo sanitario»): asunto Transportes Jordi Besora. 2.2. La profundización en el derecho a la protección de los datos personales en Internet: asunto Google Spain.—IV. Relación de las sentencias comentadas.

## I. Introducción

La actuación de un tribunal de justicia se legitima por la sensibilidad con que se pronuncie en la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos. Precisamente y en la Unión Europea el Tribunal de Justicia va modelando su jurisprudencia con la inestimable ayuda y creatividad de los jueces nacionales que, pensando en los derechos de los ciudadanos, no dejan de explorar nuevas vías de protección.

A la vista del Informe del Tribunal de Justicia correspondiente a 2011, en el Tribunal de Justicia se registraron 688 asuntos, de los cuales 423 fueron reenvíos prejudiciales, es decir, a través del mecanismo de colaboración entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, que, como es notorio, ha permitido deducir los principios esenciales del Derecho de la Unión. Piénsese, por ejemplo que en 1961 se planteó la primera cuestión prejudicial del Derecho comunitario y es al poco tiempo cuando el Tribunal de Justicia inicia su fecunda jurisprudencia sobre el efecto directo y la prima-

cía; algo que no se había producido en las 68 primeras sentencias del Tribunal de Justicia que, por simplificar, seguían la pauta tradicional de las organizaciones internacionales clásicas. A partir de 1961 el Tribunal de Justicia auxilia a los tribunales nacionales para resolver casos concretos, derechos reales y efectivos que afectan al ciudadano y no conflictos institucionales o interestatales, ciertamente importantes, pero que no tienen la trascendencia jurídica de la resolución de los casos que afectan a los ciudadanos.

En un segundo plano quedan en 2011 los recursos directos habiéndose registrado 81 de los que, en su mayoría, 73, son recursos por incumplimiento iniciados por la Comisión Europea contra los Estados miembros. Por tanto, como subraya el propio Tribunal de Justicia, siguen disminuyendo los conflictos interinstitucionales, fundamentalmente, recursos de anulación. Asimismo, se completa el total de asuntos de que conoció el Tribunal de Justicia en 2011 con los 162 recursos de casación, los 13 recursos de casación especiales, los 9 procedimientos especiales y los 3 procedimientos cautelares.

La otra preocupación estadística de los informes anuales del Tribunal de Justicia es la duración de los procedimientos. Así, una cuestión prejudicial tardó en resolverse unos 16 meses. No obstante y en supuestos especiales se ha conseguido que se tramiten rápidamente algunos asuntos (procedimiento prejudicial de urgencia, resolución prioritaria, procedimiento acelerado, procedimiento simplificado y posibilidad de juzgar sin conclusiones del Abogado General). El procedimiento prejudicial de urgencia se solicitó en 5 asuntos pero el Tribunal de Justicia solo accedió en dos supuestos lo que permitió terminar el procedimiento en dos meses y medio. También 30 asuntos prejudiciales se resolvieron mediante auto. En fin, ya casi la mitad de las sentencias se dictaron sin necesidad de que se pronunciaran conclusiones del Abogado General.

Me propongo, por tanto, analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los cinco primeros meses de 2012 para lo cual analizo en una primera parte algunas sentencias muy vinculadas a los nuevos y a los tradicionales derechos de los ciudadanos consagrados por el Derecho de la Unión; y en una segunda parte me refiero a la misma cuestión desde la perspectiva del Derecho español repasando las sentencias dictadas a instancia de los jueces españoles así como algunos aspectos relevantes de los asuntos españoles registrados en el Tribunal de Justicia en lo que va de 2012.

## **II. Primera parte. Los derechos de los ciudadanos: derechos tradicionales y nuevos derechos**

Resulta una obviedad señalar al Tribunal de Justicia como el responsable de nuevas perspectivas en la protección de los derechos de los ciu-

dadanos. Y a tal efecto, el Tribunal de Justicia actúa interpretando ámbitos tradicionales del Derecho de la Unión, como es el caso de la política social, o nuevos como el relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia. Asimismo y en los últimos años el Tribunal de Justicia ha desarrollado una decisiva jurisprudencia sobre la ponderación procedente cuando están en juego derechos fundamentales y derechos de autor. En fin, también el Tribunal de Justicia sigue reiterando la dimensión europea de ámbitos tan trascendentales como la protección del consumidor, el medio ambiente o la contratación pública.

### 1. *Los derechos de los ciudadanos en el Derecho de la Unión Europea*

Europa se ha hecho para los ciudadanos y, a pesar de las críticas, a veces fundadas, de desviaciones de tal meta, el Tribunal de Justicia no hace más que recordárnoslo mediante sentencias que resuelven problemas cotidianos. Me refiero a tres ámbitos bien distintos como son el permiso de conducir vehículos y su validez en otros países de la Unión Europea, los derechos sociales y los derechos de los nacionales de terceros países.

#### 1.1. EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y EL «TURISMO DEL PERMISO DE CONDUCIR»

En la interpretación de las Directivas 91/439/CEE y 2006/126/CE sobre el permiso de conducción el Tribunal de Justicia ha establecido las excepciones admisibles en relación con el principio general de reconocimiento recíproco de estos permisos de conducir. Aun a riesgo de fomentar un turismo del permiso de conducir, el Tribunal de Justicia subraya la importancia del reconocimiento recíproco de los permisos expedidos por los distintos Estados miembros de la Unión.

En la *sentencia Akyüz* (C-467/10) se plantea si un ciudadano alemán al que en Alemania se le denegó la expedición del permiso de conducir por no cumplir los requisitos físicos y mentales para la conducción segura de un vehículo, podía hacer uso del permiso obtenido en la República Checa.

Frente a los argumentos de las autoridades alemanas, el Tribunal de Justicia mantuvo, por una parte, que un Estado miembro no puede establecer los límites mínimos o máximos de aptitud para reconocer el permiso de conducir concedido en otro Estado miembro. A tal efecto, el Tribunal de Justicia puntualiza: «permitir que el Estado miembro de acogida no reconozca un permiso de conducción expedido en otro Estado miembro, basándose en que al titular de dicho permiso se le denegó la expedición de un primer permiso de conducción en el primer Estado y en que el Estado miembro de expedición no comprobó si los motivos que dieron lugar a di-

cha denegación de expedición dejaron de existir, tendría como efecto que el Estado miembro que hubiera establecido los requisitos más estrictos para la expedición de un permiso de conducción podría determinar el nivel de exigencias que deberían respetar los otros Estados miembros para que los permisos de conducción expedidos en estos últimos pudieran ser reconocidos en su territorio» (apartado 56).

Aunque, por otra parte y con el fin de atajar cualquier tipo de fraude, el Tribunal de Justicia considera admisible que «un Estado miembro de acogida deniegue el reconocimiento en su territorio del permiso de conducción expedido en otro Estado miembro, cuando se demuestra, no en función de la información de que dispone el Estado miembro de acogida, sino sobre la base de las indicaciones que figuran en el propio permiso de conducción o en otras informaciones incontestables procedentes del Estado miembro de expedición, que el requisito de residencia normal [...] no se cumplió» (apartado 62).

En la *sentencia Hofmann* (C-419/10) se plantea la misma cuestión de un ciudadano al que se le retira en Alemania el permiso de conducir y lo obtiene en la República Checa.

El Tribunal de Justicia subraya que la Directiva 2006/126 introduce un cambio respecto de la anterior Directiva 91/439 y, por tanto, constata la voluntad del legislador de la Unión de reforzar el principio de unicidad de los permisos de conducción y evitar que una persona cuyo permiso de conducción esté restringido, suspendido o retirado en un Estado miembro pueda conseguir que se le expida un permiso de conducción en otro Estado miembro o que se le reconozca la validez de tal permiso, es decir, se trata de combatir el «turismo del permiso de conducir» (apartados 70 a 73).

Sin embargo, esto no le impide al Tribunal de Justicia insistir en la necesidad de aplicar el principio de reconocimiento mutuo de modo que «al haber expedido las autoridades checas el permiso al Sr. Hofmann el 19 de enero de 2009 [...] una vez finalizado el período de prohibición para solicitar un nuevo permiso que acompañaba a la medida de retirada de permiso dictada en Alemania contra el interesado, las autoridades alemanas no están facultadas para denegar el reconocimiento de la validez del permiso expedido de este modo» (apartado 89).

## 1.2. LOS DERECHOS SOCIALES: VACACIONES RETRIBUIDAS E IGUALDAD

En el ámbito de los derechos sociales la interpretación de los principios fundamentales de no discriminación y de las directivas de armonización ha permitido al Tribunal de Justicia pronunciarse en relación con el derecho a las vacaciones, a la no discriminación por jubilación de trabajadores a tiempo parcial y por razón de sexo o de origen étnico.

La *sentencia Domínguez* (C-282/10) se pronuncia nuevamente sobre la aplicación del derecho a las vacaciones en caso de baja por enfermedad. En este supuesto, Maribel Domínguez, contratada de un organismo público francés, sufrió un accidente *in itinere* y estuvo de baja laboral desde el 3 de noviembre de 2005 hasta el 7 de enero de 2007, pero reclamó las vacaciones que no pudo disfrutar durante ese periodo.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró que la regulación francesa que supeditaba el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de diez días o de un mes durante el período de devengo de tales vacaciones era contraria al Derecho de la Unión.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia puntualiza: «no puede restringirse el derecho a vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas que tiene todo trabajador, con independencia de que éste haya estado de baja médica durante dicho período de devengo ya sea a causa de un accidente en el lugar de trabajo o en cualquier otro lugar, ya a causa de una enfermedad de la naturaleza u origen que sea» (apartado 30). Sobre este particular, el Tribunal de Justicia reitera la conocida jurisprudencia sobre el efecto directo, la interpretación conforme y la responsabilidad por infracción de las directivas.

Por último, el Tribunal de Justicia admite que los Estados miembros establezcan que el derecho a vacaciones anuales retribuidas varíe en función del origen de la baja médica del trabajador, siempre que sea igual o superior al período mínimo de cuatro semanas previsto por la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

En la *sentencia O'Brien* (C-393/10) se plantea si la Directiva 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial se aplica a una profesión tan particular como la de los jueces a tiempo parcial, en este caso en lo que se refiere a su jubilación. En el Reino Unido este tipo de jueces a tiempo parcial no tienen derecho a la jubilación y por eso el Tribunal Supremo británico le pregunta al Tribunal de Justicia si los jueces son trabajadores y si puede distinguirse entre jueces a tiempo completo y a tiempo parcial.

Sobre la primera cuestión, el Tribunal de Justicia aclara, por una parte, que «el hecho de que los jueces estén sometidos a modalidades de servicio y de que puedan ser considerados trabajadores [...] en modo alguno lesiona el principio de independencia del poder judicial ni la facultad de los Estados miembros de establecer un régimen jurídico específico que regule la magistratura (apartado 47). Y seguidamente da una serie de pautas que permitirían determinar si son trabajadores a tiempo parcial a los efectos de aplicar la Directiva (modalidades de nombramiento y de separación de los jueces, modo de organizar su trabajo, derecho a la indemnización por enfermedad, a las prestaciones por maternidad y por paternidad y a otras prestaciones si-

milares). De modo que el Tribunal de Justicia considera que corresponde a cada Estado miembro determinar si los jueces están incluidos en el concepto de trabajador a tiempo parcial, «siempre que ello no lleve a excluir arbitrariamente a esta categoría de personas del beneficio de la protección brindada por la Directiva 97/81» (apartado 42).

En fin, la *sentencia Meister* (C-415/10) se refiere a la interpretación de la Directiva 2000/43/CE relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. En este caso la Sra. Galina Meister, nacida en 1961 y de origen ruso, denunció haber sido discriminada en Alemania por razón de su sexo, de su edad y de su origen étnico por una empresa que ni siquiera la había convocado a la entrevista de trabajo y, sin embargo, volvía a solicitar nuevos candidatos.

En este caso el Tribunal de Justicia se refiere a la regla de la carga de la prueba y considera que, por ejemplo, la discriminación indirecta puede acreditarse por cualquier medio, incluso basándose en pruebas estadísticas (apartado 43). Sin embargo, el ordenamiento de la Unión no prevé «el derecho de un trabajador que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada de acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato» (apartado 46).

### 1.3. LA NO DISCRIMINACIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia constituye un ámbito especialmente propicio para la ampliación de los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión.

La *sentencia Kamberaj* (C-571/10) es un ejemplo particularmente interesante donde se plantea la cuestión de la discriminación de ciudadanos de terceros países residentes en la Unión Europea. Se trata de un albanés que reside en Italia y tiene un empleo estable en Bolzano, siendo titular de un permiso de residencia de duración indeterminada. En esta provincia autónoma se establecen dos tipos de fondos: el destinado a los ciudadanos de la Unión y el previsto para los nacionales de terceros países. Al haber solicitado un ciudadano albanés residente de larga duración ayudas a la vivienda, se le deniegan por haberse agotado el fondo destinado a ciudadanos de terceros países.

A raíz de este litigio, el tribunal de Bolzano le plantea al Tribunal de Justicia numerosas cuestiones que el Tribunal europeo delimita y contesta de modo que, por una parte, comprueba que aun pueden persistir discriminaciones por razón de la nacionalidad en la Unión Europea; pero, por otra parte, el Tribunal de Justicia considera que en el caso de los nacionales de terceros países con permiso de residencia de larga duración no puede ser



discriminados salvo en supuestos excepcionales previstos en la Directiva 2003/109 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Por tanto, el Tribunal de Justicia aplica la Directiva 2003/109 que equipara a los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración con los ciudadanos de la Unión en cuanto se refiere a las prestaciones de la seguridad social, de la asistencia social y de la protección social tal como se definen en la legislación nacional y en el acceso a bienes y a servicios y el suministro de bienes y servicios a disposición del público, así como los procedimientos para acceder a la vivienda. No obstante, la Directiva permite a los Estados miembros limitar la igualdad de trato a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección social. Y a la hora de aplicar la referida Directiva, el Tribunal de Justicia insiste en que es necesario aplicar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, citando expresamente su artículo 34.3, de modo que, «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión (y, por tanto, los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la propia Unión) “reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”» (apartado 80).

De este modo, los residentes de larga duración ya son más iguales, respecto de los ciudadanos de la Unión, en ámbitos bien precisos. Y, en consecuencia, el Tribunal de Justicia se dedica a defender la igualdad de los nacionales de terceros países con estatuto de residentes de larga duración en relación con los ciudadanos de la Unión. Y por eso el Tribunal de Justicia termina respondiendo al tribunal italiano: «la Directiva 2003/109 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional o regional [...] que prevé, en relación con el reparto de los fondos destinados a la concesión de una ayuda a la vivienda, un trato diferente para el nacional de un país tercero que goza del estatuto de residente de larga duración, concedido de conformidad con las disposiciones de dicha Directiva, respecto del trato dispensado a los nacionales residentes en la misma provincia o región, siempre que la citada ayuda esté comprendida en una de las tres categorías contempladas en dicha disposición y que no resulte aplicable el apartado 4 de ese mismo artículo» (apartado 90).

## 2. *Los derechos fundamentales, los derechos de autor e Internet*

Sigue el Tribunal de Justicia pronunciándose sobre la ponderación de los derechos en juego en lo que se refiere a la protección de los derechos

de autor e Internet y que, sin lugar a dudas, se completará con los reenvíos prejudiciales pendientes, incluido el planteado desde España y que analizo a continuación, y con el dictamen que la Comisión ha solicitado al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad del Acuerdo comercial contra la piratería y la falsificación (ACTA) con los derechos fundamentales de la Unión.

Entre tanto la *sentencia Sabam / Netlog* (C-360/10) constituye una reproducción de la sentencia, de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended* (C-70/10), y se refieren directamente a los límites que imponen los derechos fundamentales a la protección judicial de los derechos de autor. Se trata de profundizar en el problema jurídico planteado ya en la *sentencia Promusicae* y en el contexto del Tratado de Lisboa.

SABAM, la sociedad de autores de Bélgica, solicitaba al juez belga la adopción de una medida cautelar de cesación frente a Netlog, una empresa que explota una plataforma de red social en línea, con el fin de evitar el pirateo realizado por determinados internautas. El Derecho nacional invocado es una Ley belga que transpone las Directivas 2001/29 y 2004/48 y que, en particular, permite al juez nacional constatar la existencia y ordenar la cesación de cualquier atentado a un derecho de autor o a otro derecho similar para lo que puede adoptar una orden de cesación frente a los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para atentar contra tales derechos.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que en este supuesto es desproporcionada la obligación que se impone de filtrado y bloqueo de datos electrónicos. A tal efecto, el Tribunal de Justicia explica: «el requerimiento judicial implicaría una vulneración sustancial de la libertad de empresa del prestador de servicios, dado que le obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas, que además sería contrario a los requisitos recogidos en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/48, el cual exige que las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual no sean inútilmente complejas o gravosas» (apartado 46).

Del mismo modo, la *sentencia Bonnier Audio* (C-461/10) se refiere a la aplicación en el ámbito jurisdiccional civil de la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos adoptada para el ámbito penal pero en la misma el Tribunal de Justicia ilustra al Tribunal Supremo sueco sobre los poderes y los límites del juez nacional.

La empresa Bonnier Audio y otros editores de 27 audiolibros obtuvieron del Juzgado de Primera Instancia de Solna en Suecia un requerimiento judicial frente a usuarios de Internet que el 1 de abril de 2009 habían descargado archivos entre las 3:38 y las 5:45 horas que vulneraban sus derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, el Tribunal de apelación de Estocolmo anuló el requerimiento de la entrega de datos, llegando el asunto en

casación al Tribunal Supremo sueco que le preguntó al Tribunal de Justicia si se aplicaba la Directiva sobre conservación de datos.

En sus Conclusiones el abogado general Niilo Jääskinen niega terminantemente que la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos adoptada para el ámbito penal pueda aplicarse en materia civil. Y, además, añade: «los derechos fundamentales en materia de protección de datos personales y de la vida privada, por una parte, así como en materia de protección de la propiedad intelectual, por otra parte, deben disfrutar de una protección equivalente. Por tanto, no procede privilegiar a los titulares de derechos de propiedad intelectual permitiéndoles el uso de datos personales legalmente recogidos o conservados para fines ajenos a la protección de sus derechos. La recopilación y utilización de dichos datos para tales fines respetando el Derecho comunitario en materia de protección de datos personales requeriría la previa adopción por el legislador nacional de disposiciones detalladas, conforme al artículo 15 de la Directiva 2002/58» (apartado 62).

En su *sentencia Bonnier Audio* el Tribunal de Justicia corrobora esta opinión y señala que la Directiva 2006/24 constituye una normativa especial y claramente delimitada, que deroga y sustituye a la Directiva 2002/58, de alcance general (apartado 43). Sin embargo y en el mismo sentido que la *sentencia Promusicae* y el *auto LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, el Tribunal de Justicia considera que la legislación de la Unión Europea no se opone a que los Estados miembros establezcan una obligación de transmitir a particulares datos personales para permitir ejercer acciones ante la jurisdicción civil contra las infracciones al Derecho de propiedad intelectual, pero tampoco obliga a las legislaciones nacionales, como la sueca, a imponer tal obligación sino que permite adoptar un requerimiento judicial de comunicar los datos personales de Internet siempre que existan indicios reales de vulneración de un derecho de propiedad intelectual sobre una obra, que los datos solicitados puedan facilitar la investigación de la vulneración del derecho de autor y que el fin perseguido por dicho requerimiento sea más importante que el daño o perjuicio que se puedan causar a la persona afectada o a otros intereses contrapuestos.

Estos elementos de interpretación deben tenerse en cuenta en España a la hora de aplicar la *Ley Sinde*, en virtud de la cual los Jueces (Centrales de lo Contencioso-administrativo) y Tribunales Contencioso-administrativos (Salas de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo) tienen el poder de requerir a los proveedores de acceso a servicios de Internet que notifiquen datos personales de los presuntos infractores o exigir a los mismos proveedores que retiren determinados contenidos de Internet.

La *sentencia Marco del Corso* (C-135/10) se refiere al alcance de los derechos de autor y, en particular, a la interpretación de la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los de-

rechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. En el litigio principal se enjuiciaba la recaudación realizada por la sociedad italiana de gestión de derechos por las emisiones radiofónicas recibidas en la sala de espera de un dentista de Turín que se negaba a pagar canon alguno.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual las disposiciones del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) carecen de efecto directo y tampoco confieren a los particulares derechos que estos puedan invocar directamente ante los tribunales en virtud del Derecho de la Unión (apartado 46).

Y, en segundo lugar, el Tribunal de Justicia resuelve el problema de la interpretación del concepto de «comunicación al público», a los efectos de la aplicación de la Directiva 92/100 «en el sentido de que no incluye la difusión gratuita de fonogramas en una consulta odontológica, como la del asunto principal, en el marco del ejercicio de una profesión liberal, a favor de los pacientes, que disfrutan de ella independientemente de su voluntad»; lo que supone que tal difusión no confiere a los productores de fonogramas el derecho a percibir una remuneración (apartado 102).

El examen del Tribunal de Justicia resulta muy interesante en la medida que compara el supuesto de la música en la consulta del dentista y la de los hoteles y los bares o restaurantes. Por lo que se refiere a los hoteles, el Tribunal señala que «la intervención del establecimiento hotelero para dar acceso a sus clientes a una obra radiodifundida es una prestación de servicios suplementaria efectuada con el objetivo de obtener algún beneficio en la medida en que la inclusión de este servicio influye en la categoría del hotel y, por tanto, en el precio de las habitaciones». Y respecto de los establecimientos de restauración, a juicio del Tribunal de Justicia, «se hace para atraer clientes y puede repercutir sobre el número de personas que frecuentan dicho establecimiento y, en definitiva, sobre sus resultados económicos» (apartado 90). En cambio, en el caso de «los pacientes de un dentista acuden a una consulta de odontología con el único objeto de ser atendidos, no siendo inherente a la asistencia odontológica la difusión de fonogramas. Acceden a determinados fonogramas, en función del momento de su llegada al consultorio y de la duración de su espera así como de la naturaleza del tratamiento que se les dispensa, de manera fortuita y con independencia de sus deseos. Por ello no puede presumirse que el conjunto de pacientes de un dentista sea receptivo respecto la difusión de que se trate» (apartado 98) y tal difusión no reviste carácter lucrativo (apartado 99).

La *sentencia DR, TV2 Danmark* (C-510/10) se refiere a la interpretación de la Directiva 2001/29/CE relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. En este supuesto se preguntaba si se aplicaba la excepción al derecho exclusivo del autor de la obra a su re-

producción «cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones».

Pues bien, la interpretación del Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que se trata de dos requisitos equivalentes y que por tanto tienen carácter alternativo (apartado 56); por eso, «en el supuesto de que no pueda considerarse que el tercero en cuestión actúa “en nombre” del organismo de radiodifusión, debe apreciarse, en una segunda fase, si cabe considerar que dicho tercero actúa, al menos, “bajo la responsabilidad” de aquél» (apartado 62). Y lo relevante para determinar esta situación es que «frente a terceros —en particular los autores a los que pueda causarse un daño con la grabación irregular de su obra—, el organismo de radiodifusión esté obligado a reparar todo efecto perjudicial de las acciones y omisiones del tercero —por ejemplo, una sociedad de producción televisiva externa y jurídicamente independiente— relacionadas con la grabación en cuestión como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo tales acciones y omisiones» (apartado 64). Y sin que sean relevantes otras relaciones como las artísticas o las editoriales de la producción de radiodifusión (apartado 65).

En fin, la *sentencia SAS Institute Inc (C-406/10)* la High Court de Londres preguntaba por la interpretación de la Directiva 91/250 en relación con la demanda de una empresa sueca titular de un programa informático y que se reclamaba a otra empresa, WPL, por la elaboración de un software sustitutivo del programa SAS.

En primer lugar el Tribunal de Justicia define el ámbito de protección de la Directiva: «ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de ese programa y, por ello, carecen de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de esta Directiva» (apartado 46).

Y seguidamente el Tribunal de Justicia puntualiza: «el titular de los derechos de autor sobre un programa de ordenador no puede invocar el contrato de licencia para impedir que quien haya obtenido esa licencia determine las ideas y los principios implícitos en todos los elementos de ese programa cuando realiza las operaciones autorizadas por dicha licencia así como los actos de carga y desarrollo necesarios para la utilización del programa de ordenador, siempre y cuando no infrinja los derechos exclusivos de ese titular sobre tal programa» (apartado 59).

No obstante y en tercer lugar, el Tribunal de Justicia precisa: «Sólo a través de la elección, la disposición y la combinación de tales palabras, cifras o conceptos matemáticos puede el autor expresar su espíritu creador de manera original y obtener un resultado, el manual de utilización del pro-

grama de ordenador, que constituye una creación intelectual» (apartado 67); por lo que podría constituir una vulneración del derecho de autor la reproducción, en un programa de ordenador o en un manual de utilización de ese programa, de algunos elementos descritos en el manual de utilización de otro programa de ordenador protegido por los derechos de autor (apartado 70).

### 3. *Los derechos del consumidor, en relación con el medioambiente y la contratación pública*

Ha sido muy relevante la interpretación del Tribunal de Justicia en relación con la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas. En 2012 el Tribunal de Justicia ha corroborado el amplio alcance de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Así, la *sentencia NFH (Oficina húngara de Protección del Consumidor)* (C-472/10) interpreta la Directiva 93/13/CEE y se refiere, en particular, a los contratos de duración determinada («contratos de fidelidad») en los que se exigen al consumidor, después de la celebración del contrato, gastos no acordados inicialmente por las partes y en el ámbito de la telefonía.

En primer lugar el Tribunal de Justicia se considera competente para interpretar el concepto de cláusula abusiva y para proporcionar al juez nacional los criterios que debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta dichos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso. En este supuesto el Tribunal de Justicia considera que una cláusula contractual que prevea una modificación del coste total del servicio que deba prestarse al consumidor resultaría abusiva si no se indica el motivo o el modo de variación de dicho coste y si no confiere al consumidor el derecho a rescindir la relación contractual (apartado 24).

Y seguidamente el Tribunal de Justicia distingue entre las acciones individuales y las acciones colectivas en defensa de los derechos de los consumidores. El principio que inspira estos dos tipos de acciones es el mismo: «el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas» (apartado 33).

Respecto de las acciones individuales, el Tribunal de Justicia subraya que su objetivo, tal como se deduce de la Directiva, es que las cláusulas abusivas no vinculen al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, al ser una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (apartado 34).

Y en cuanto a las acciones colectivas, las de cesación ejercitadas por motivos de interés público, implican por su carácter preventivo y finalidad disuasoria, que «las cláusulas de las CG [condiciones generales de la contratación] de los contratos celebrados con consumidores que sean declaradas abusivas en el marco de una acción de cesación ejercitada contra el profesional de que se trate [...] no vinculen ni a los consumidores que sean parte en el procedimiento de cesación ni a aquéllos que hayan celebrado con ese profesional un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG» (apartado 38). Esto, en definitiva, supone que «la aplicación de la sanción de nulidad de una cláusula abusiva con respecto a todos los consumidores que hayan celebrado, con el profesional de que se trate, un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG garantiza que dicha cláusula no vinculará a esos consumidores, y al mismo tiempo no excluye otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que prevean las normativas nacionales» (apartado 40).

Por eso cuando una cláusula haya sido declarada abusiva, los jueces deben «aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional para que los consumidores que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula» (apartado 43).

En materia de medio ambiente y, más en particular, en la *sentencia Inter-Environnement Wallonie ASBL (Decreto valón)* (C-41/11) el Tribunal de Justicia considera en determinados supuestos muy tasados que el juez nacional puede restringir los efectos derivados de la anulación de una norma medioambiental nacional que sea contraria al Derecho de la Unión.

En este caso el Consejo de Estado belga conocía de un recurso contra un Decreto valón de 2007 por el que se modificaba el Código del agua; sin embargo, la anulación de este Decreto regional suponía dejar un vacío en la regulación medioambiental hasta que se aprobase un nuevo Decreto, tal como ocurrió en 2011, conforme al Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia precisa que «el objetivo de protección del medio ambiente [...] constituye uno de los objetivos esenciales de la Unión y reviste un carácter tanto transversal como fundamental» (apartado 57). Y seguidamente admite que de modo excepcional el juez nacional mantenga determinados efectos del decreto anulado siempre y cuando dicho acto nacional constituya una



medida de transposición adecuada de la Directiva; la adopción y la entrada en vigor del nuevo decreto no permita evitar los efectos perjudiciales en el medio ambiente que se derivan de la anulación del acto impugnado; la anulación del acto impugnado tenga como consecuencia crear un vacío legal por lo que respecta a la transposición de la Directiva que resulte más perjudicial para el medio ambiente en el sentido de que dicha anulación supondría una menor protección y vulneraría incluso el objetivo esencial de la citada Directiva; y, en fin, que el mantenimiento excepcional de los efectos de tal acto solo cubra el tiempo estrictamente necesario para que se adopten las medidas que subsanen la irregularidad declarada (apartados 59 a 62).

La sentencia *Inter-Environnement Wallonie ASBL (Orden bruselense)* (C-567/10) responde a un reenvío prejudicial del Tribunal Constitucional belga que quería saber si un plan de ordenación del suelo constituía un plan o programa de los previstos en la Directiva 2001/42/CE relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Respondida positivamente la cuestión, el Tribunal de Justicia determina si la derogación total o parcial de este plan debía someterse a una evaluación medioambiental.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia comprueba que la derogación, total o parcial, de un plan o de un programa pueda tener efectos significativos en el medio ambiente, puesto que la misma puede suponer una modificación de la planificación prevista en los territorios afectados (apartado 38) por lo que está incluido en principio en el ámbito de aplicación de la Directiva y está sometido a sus normas de evaluación medioambiental.

Por último, quiero referirme a dos sentencias sobre contratación pública, sobre la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

En la *sentencia SAG ELV Slovensko* (C-599/10) se plantea el efecto de la petición de aclaración de ofertas en el marco de un litigio por la adjudicación de un contrato público, de más 600 millones de euros, relativo a la prestación de los servicios de cobro de peajes en las autopistas y en determinadas carreteras. A juicio del Tribunal de Justicia debe responder «en qué medida los poderes adjudicadores pueden o deben exigir aclaraciones a un candidato cuando estimen, en un procedimiento de licitación restringido, que la oferta de dicho candidato es anormalmente baja o imprecisa o que no se ajusta a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones».

En su respuesta, el Tribunal de Justicia insiste en los principios de igualdad y de transparencia aplicados al procedimiento de adjudicación de contratos públicos. Y en cuanto a los supuestos de ofertas anormalmente bajas, el Tribunal de Justicia recuerda que el poder adjudicador tiene la obligación de formular claramente la petición dirigida a los candidatos afectados para



que estos puedan justificar plena y oportunamente la seriedad de sus ofertas (apartado 31). Y en cuanto a las ofertas imprecisas o que no se ajusten a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, a juicio del Tribunal de Justicia el poder adjudicador «está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron» (apartado 41). Esto, sin embargo, no impide que el órgano de contratación solicite aclaraciones siempre y cuando la petición de aclaración de la oferta se formule una vez que el poder adjudicador haya tomado conocimiento de la totalidad de las ofertas, la petición de aclaraciones se formule de manera equivalente para todas las empresas que se encuentren en la misma situación, si no existe un motivo objetivamente verificable que pueda justificar un trato diferenciado de los candidatos a este respecto, en particular cuando la oferta deba rechazarse en cualquier caso por otras razones; y, en fin, la petición de aclaraciones debe referirse a todos los puntos de la oferta que sean imprecisos o no se ajusten a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, sin que el poder adjudicador pueda rechazar una oferta por la falta de claridad de un aspecto de esta que no haya sido mencionado en esa petición (apartados 42 a 44).

En la *sentencia Duomo Gpa y otros* (C-357/10 a C-359/10) se suscita la cuestión relativa a las licitaciones convocadas por varios ayuntamientos italianos para la concesión de los servicios tributarios locales. En este caso se planteaba si estaba justificado que la legislación italiana exigiese de los licitadores, salvo las sociedades con participación estatal mayoritaria, haber desembolsado un mínimo de capital de 10 millones de euros para poder prestar un servicio de recaudación de tributos locales.

El Tribunal de Justicia precisa que en este caso todavía no se aplicaba la Directiva de servicios sino que había que interpretar y aplicar el Derecho primario, es decir, los principios de libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento del Tratado constitutivo. Después de constatar que la legislación italiana obstaculiza o hace menos interesante la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, analiza si puede justificarse la legislación italiana atendiendo a una de las razones que recoge el Tratado constitutivo o puede considerarse, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, justificada por razones imperiosas de interés general.

Aun cuando se alegaba como motivo de justificación la protección de la administración pública contra el eventual incumplimiento de la sociedad concesionaria habida cuenta del elevado importe global de los contratos de que era titular, el Tribunal de Justicia consideró que la medida era despro-

porcionada al existir ya determinadas precauciones previstas por la normativa italiana que protegían de un modo proporcionado a la administración frente a un eventual incumplimiento de los concesionarios.

### III. Segunda parte. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Derecho español

Aunque España haya ganado importantísimas batallas jurídicas ante el Tribunal de Justicia y de especial trascendencia presupuestaria como ocurre en la *sentencia España / Comisión* (C-24/11 P) donde estaban en juego más de 113 millones de euros por correcciones financieras de ayudas del FEAGA al aceite de oliva en las campañas 1998 a 2001, en este comentario interesa más dar cuenta de las respuestas a cuestiones prejudiciales remitidas por los tribunales españoles y los más destacados reenvíos planteados y registrados ante el Tribunal de Justicia.

En 2011 y desde España se remitieron a Luxemburgo 27 reenvíos prejudiciales lo que confirma una tendencia al alza frente a una inicial reticencia de los jueces españoles y del propio Tribunal Constitucional que, felizmente, ha vencido su miedo y ha terminado planteando la primera cuestión prejudicial. En cambio, en 2011 la Comisión Europea solo interpuso 7 recursos por incumplimiento contra España.

#### 1. *Las sentencias prejudiciales «españolas»*

Las sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia en lo que va de 2012 reflejan el especial dinamismo de la jurisdicción civil en su vertiente mercantil y de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La primera de las tres sentencias en materia civil, la *sentencia Celaya Empananza* (C-488/10), se refiere al derecho exclusivo de utilización de un dibujo o modelo comunitario registrado. El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante y n.º 1 de Marca Comunitaria había pedido al Tribunal de Justicia que interpretara los derechos exclusivos otorgados por dos modelos comunitarios registrados.

En el litigio se enfrentaban dos empresas que habían conseguido registrar dos dibujos o modelos comunitarios prácticamente iguales consistentes en un señalizador de viales para el tráfico rodado A tal efecto, el Tribunal de Justicia aplica el principio de prioridad «en virtud del cual el dibujo o modelo comunitario registrado anterior prima sobre los dibujos o modelos comunitarios registrados posteriores» (apartado 39). Y, asimismo, el Tribunal de Justicia le recuerda al juez mercantil español que el legislador de la

Unión ha tomado efectivamente en consideración la buena fe para proteger al creador que no conocía el dibujo o modelo no registrado divulgado por su titular, pero el principio de prioridad no varía en función de la intención o del comportamiento de un tercero.

La *sentencia González Alonso / Nationale Nederlanden Vida* (C-166/11) supone la contestación al reenvío prejudicial de la Audiencia Provincial de Asturias sobre la Directiva 85/577/CEE de protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, más en particular, respecto de la venta de seguros fuera de un establecimiento comercial.

La aseguradora Nationale Nederlanden había ofrecido en el lugar de trabajo del recurrente un producto financiero consistente en un seguro de vida a cambio del pago mensual de una prima destinada a ser invertida, en distintas proporciones, en renta fija, renta variable y productos de inversión financiera de la compañía aseguradora. La cuestión prejudicial pretendía determinar el ámbito de aplicación de la Directiva 85/577 y el Tribunal de Justicia llega a esta conclusión: «el legislador de la Unión, al adoptar la Directiva 85/577 y excluir de su ámbito de aplicación los contratos de seguro en su totalidad, consideraba contratos de seguro los contratos de seguro vinculados con fondos de inversión» (apartado 31). En consecuencia y en este supuesto no se aplica la Directiva 85/577.

En fin, la *sentencia Banesto* (C-618/10) constituye la respuesta del Tribunal de Justicia al reenvío de la Audiencia Provincial de Barcelona que preguntaba sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El Tribunal de Justicia solo se pronunció sobre dos cuestiones: si el hecho de que se siga un procedimiento monitorio impide que el juez examine de oficio una cláusula abusiva y qué debe hacer un juez ante una cláusula abusiva anularla con todas las consecuencias o integrarla en los términos que señala la legislación española.

El supuesto que originó el litigio era un contrato de préstamo para la compra de un vehículo que había fijado unos intereses de demora del 29% y ante el impago de las cuotas Banesto inició un juicio monitorio. El Juzgado de Instancia de Sabadell anuló de oficio la cláusula de intereses moratorios y fijó los intereses de demora en un 19%. No obstante, en apelación la Audiencia Provincial recurrió al Tribunal de Justicia.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el Tribunal de Justicia comprobó que el sistema procesal español no permite al juez nacional que conoce de una demanda en un proceso monitorio examinar de oficio en ninguna fase del procedimiento el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuando este último no haya formulado oposición ni siquiera puede pronunciarse sobre

si tal cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público (apartado 48). Por esa razón y a juicio del Tribunal de Justicia la regulación procesal española es contraria al Derecho de la Unión en la medida en que «un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13» (apartado 53).

Del mismo modo y por lo que se refiere al alcance de la facultad del juez ante una cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia determinar que no puede consistir, como exige la legislación española, en integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. En efecto, a juicio del Tribunal de Justicia: «incumbe a los tribunales nacionales que examinan el carácter abusivo de las cláusulas contractuales deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que las mencionadas cláusulas vinculen al consumidor» (apartado 63). Esto quiere decir que «el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible» (apartado 65). En consecuencia y ante una cláusula abusiva, solo cabe suprimirla pero no cabe, como había hecho el Juez de instancia, reducir los intereses de demora del 29 al 19%.

El Tribunal de Justicia responde en cuatro resoluciones a sendas cuestiones españolas contencioso-administrativas: tres proceden de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, por lo general con motivo del control de legalidad de Reales Decretos de transposición de Directivas europeas, y una de un Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Valladolid que aplica la jurisprudencia comunitaria a la percepción de complementos retributivos de personal docente interino.

La *sentencia Ascafor* (C-484/10) se refiere a la libre circulación de productos de hormigón. En este caso la Instrucción de hormigón estructural, aprobada por el Real Decreto 1247/2008 e impugnada ante el Tribunal Supremo, restringía las posibilidades de importar acero para armaduras procedente de otros Estados miembros debido a las especificaciones exigidas.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia sobre la libre circulación de mercancías y señala: «en lo que respecta a los productos de construcción no cubiertos por especificaciones técnicas armonizadas o reconocidas a nivel de la Unión, los Estados miembros sólo pueden someter la comercialización en su territorio de dichos productos a disposiciones nacio-

nales que respeten las obligaciones derivadas del Tratado, y en particular el principio de libre circulación de mercancías formulado en los artículos 34 TFUE y 36 TFUE» (apartado 50).

El Tribunal de Justicia constata que los requerimientos de certificación y de especificaciones técnicas son contrarios a la libre circulación porque disuaden a las empresas establecidas en España de importar acero para armaduras producido en otro Estado miembro y, sin embargo, no están justificadas por las razones de interés general enumeradas en el artículo 36 TFUE o por exigencias imperativas. En este caso, a juicio del Tribunal de Justicia, «el objetivo de protección de la salud y de la vida de las personas puede justificar tal obstáculo en la medida en que las exigencias impuestas no sobrepasen los requisitos mínimos establecidos para la utilización en España del acero para armar hormigón» lo que, ciertamente, no parecía ocurrir en este caso con la legislación española.

La *sentencia Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y Timbre (ANETT)* (C-456/10) también contesta una cuestión prejudicial sobre la libre circulación de mercancías, en particular, sobre la prohibición del Real Decreto 1/2007 de que los minoristas importen a España tabaco de otros Estados miembros.

En primer lugar y frente a la pretensión de la Comisión Europea y del Gobierno español de que la cuestión prejudicial se examinase a la luz del artículo 37 TFUE, sobre adaptación de los monopolios, y no respecto del artículo 34 TFUE, relativo a la libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia consideró, como había explicado el Tribunal Supremo, que una normativa nacional que prohíbe a los minoristas de tabaco importar labores de tabaco debe examinarse en este caso de acuerdo con el artículo 34 TFUE.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia comprobó fácilmente que el Real Decreto español, que prohíbe a los minoristas de tabaco importar directamente dichos productos de otros Estados miembros y que los obliga a abastecerse a través de los mayoristas autorizados, constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa en el sentido del artículo 34 TFUE. Y, en fin, el Tribunal de Justicia consideró que la restricción a la libre circulación de mercancías no estaba justificada por razones fiscales, aduaneras y sanitarias, y que tampoco beneficiaba a los consumidores.

En su *sentencia Génesis Seguros* (C-190/10) el Tribunal Supremo preguntaba si en el caso del registro de marcas se pueden tener en cuenta, como ocurre en España, la hora y el minuto de presentación a los efectos de determinar la prioridad temporal de una marca nacional (ante la Oficina Española de Patentes y Marcas) respecto de una marca comunitaria (ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior, OAMI).

Ahora bien, el Tribunal de Justicia explica: «el Reglamento n.º 40/94 [sobre la marca comunitaria] debe interpretarse en el sentido de que no per-

mite tomar en consideración —además del día— la hora y el minuto de presentación de la solicitud de marca comunitaria ante la OAMI, a fin de determinar la anterioridad de tal marca en relación con una marca nacional presentada el mismo día, aun cuando, en virtud de la normativa nacional [española] que regula el registro de esta última marca, la hora y el minuto de la presentación sean elementos pertinentes a este respecto».

El *auto Lorenzo Martínez / Junta de Castilla y León* (C-556/11) contesta un reenvío prejudicial planteado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 4 de Valladolid respecto del derecho de los funcionarios interinos a la percepción de los denominados sexenios de formación de los profesores docentes no universitarios.

El Tribunal de Justicia responde la cuestión prejudicial reiterando los mismos argumentos de las sentencias de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso* (C-307/05), de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* (C-444/09 y C-456/09), *auto* de 18 de marzo de 2011, *Montoya Medina* (C-273/10), y de la sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana* (C-177/10). Por lo que, del mismo modo que, en relación con los trienios del personal funcionario y del personal estatutario, a los sexenios del personal docente también se les aplica la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada.

Por tanto, no es conforme con el Derecho de la Unión la regulación estatal y autonómica que en España reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables.

## 2. *Los nuevos reenvíos prejudiciales españoles: los asuntos del «céntimo sanitario» y sobre la protección de datos*

De los nuevos reenvíos prejudiciales registrados en el Tribunal de Justicia en 2012 y procedentes de tribunales españoles es preciso destacar dos referidos a cuestiones de máxima actualidad y de gran trascendencia: los impuestos autonómicos sobre hidrocarburos, conocidos como «céntimo sanitario», y el derecho a la protección de los datos personales en Internet.

No obstante, siguen llegando reenvíos prejudiciales referidos a la igualdad de trabajadores masculinos y femeninos como consecuencia de un permiso de paternidad (asunto C-5/12, petición planteada por el Juzgado de lo Social de Lleida, *Marc Betriu Montull / Instituto Nacional de la Seguridad*

Social) o respecto de la interpretación de la Directiva 1999/44/ sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo en cuanto se refiere a defectos de escasa importancia (asunto C-32/12, petición del Juzgado de Primera Instancia de Badajoz, Soledad Duarte Hueros / Autociba S.A., Automóviles Citroen España S.A).

## 2.1. LOS IMPUESTOS ESPECIALES SOBRE HIDROCARBUROS Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS («CÉNTIMO SANITARIO»): ASUNTO *TRANSPORTES JORDI BESORA*

Mediante auto de 29 de noviembre de 2011 el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha planteado al Tribunal de Justicia un reenvío prejudicial, asunto *Transportes Jordi Besora*, C-82/12, en el que suscita la duda de si el gravamen establecido por Cataluña en relación con el impuesto especial sobre ventas minoristas de hidrocarburos en los ejercicios 2005 a 2008 es conforme con el Derecho de la Unión Europea.

En el reenvío prejudicial se hace referencia a la Directiva 92/12/CE relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales, que ha sido sustituida por la Directiva 2008/118/CE relativa al régimen general de los impuestos especiales. Y subsidiariamente también se plantea si la regulación española es conforme con la legislación relativa al IVA.

La clave del reenvío prejudicial es la interpretación del artículo 3.2 de la Directiva 92/12 conforme al cual: «Los productos [hidrocarburos, alcohol y tabaco] podrán estar gravados por otros impuestos indirectos de finalidad específica, a condición de que tales impuestos respeten las normas impositivas aplicables en relación con los impuestos especiales o el IVA para la determinación de la base imponible, la liquidación, el devengo y el control del impuesto». Es importante señalar que la propia Comisión Europea había iniciado un procedimiento por incumplimiento contra España en este mismo ámbito y que llegó en 2008 a un dictamen motivado sin que la Comisión hubiese acudido luego al Tribunal de Justicia.

La interpretación que finalmente dé el Tribunal de Justicia tendrá una trascendencia presupuestaria extraordinaria dada la generalización en estos tiempos de crisis de este mecanismo de ingresos que se ha generalizado entre las Comunidades Autónomas españolas.

## 2.2. LA PROFUNDIZACIÓN EN EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN INTERNET: ASUNTO *GOOGLE SPAIN*

El reenvío prejudicial formulado por la Audiencia Nacional al Tribunal de Justicia en el asunto *Google Spain y Google / Agencia Española de Protección de Datos* (C-131/12) también resulta muy relevante.

El origen del litigio están en el ejercicio del «derecho al olvido» por parte de un ciudadano español, M.C., en relación con datos relativos a una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social, recogidos en *La Vanguardia* de Barcelona y que habían sido indexados por el buscador Google. El Sr. C. intentó que la empresa periodística y la empresa del buscador eliminasen sus datos pero en el caso de Google su reclamación fue derivada a la sede de la compañía en California. Finalmente, el Sr. C. denunció la situación a la Agencia Española de Protección de Datos que dictó la Resolución de 30 de julio de 2010 en la que se estimaba la reclamación contra Google Spain SL y contra Google Inc a las que instaba a que adoptasen las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e impidiesen el acceso futuro; aunque, no obstante, inadmitió la reclamación formulada contra La Vanguardia Ediciones por considerar que había denegado de forma motivada la cancelación solicitada de los datos personales del afectado en la medida en que la publicación de los datos tenía justificación legal y su fin era dar la máxima publicidad a las subastas para conseguir la mayor concurrencia de licitadores. Google recurrió la resolución administrativa ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que el 27 de febrero de 2012 decidió plantear varias cuestiones al Tribunal de Justicia.

Las preguntas de la Audiencia Nacional se refieren a la aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales y, consiguientemente de la normativa española de protección de datos, sobre la actividad de los buscadores como proveedores de contenidos, así como respecto del alcance del derecho de cancelación y de oposición en relación con el derecho al olvido. La sentencia resultante del Tribunal de Justicia podrá constituir, sin duda, un hito y una orientación precisamente en un momento en que se están debatiendo las propuestas legislativas presentadas en enero de 2012 por la comisaria Viviane Reding para modernizar las normas europeas sobre protección de datos.

15 de junio de 2012

#### IV. Relación de las sentencias comentadas

1. TJ (Gran Sala), sentencia de 24 de enero de 2012, Maribel Domínguez (C-282/10) (derecho a las vacaciones y baja por enfermedad).
2. TJ (Sala 6.<sup>a</sup>), auto de 9 de febrero de 2012, María Jesús Lorenzo Martínez / Junta de Castilla y León (C-556/11) (sexenios de profesores de enseñanza secundaria).



3. TJ (Sala 1.<sup>a</sup>), sentencia de 16 de febrero de 2012, Celaya Empananza y Galdós Internacional, S.A. (C-488/10) (derecho exclusivo de utilización de un dibujo o modelo comunitario registrado).
4. TJ (Sala 3.<sup>a</sup>), sentencia de 16 de febrero de 2012, Sabam / Netlog NV (C-360/10) (filtrado de datos personales en la plataforma de una red social).
5. TJ (Gran Sala), sentencia de 28 de febrero de 2012, Inter-Environnement Wallonie ASBL (Decreto valón) (C-41/11) (suspensión de los efectos de la anulación de un decreto valón en materia de aguas).
6. TJ (Sala 2.<sup>a</sup>), sentencia de 1 de marzo de 2012, Baris Akyüz (C-467/10) (denegación del permiso de conducir checo en Alemania).
7. TJ (Sala 5.<sup>a</sup>), sentencia de 1 de marzo de 2012, Ascafor (C-484/10) (libre circulación de productos de hormigón).
8. TJ (Sala 5.<sup>a</sup>), sentencia de 1 de marzo de 2012, Ángel Lorenzo González Alonso / Nationale Nederlanden Vida Cía. De Seguros y Reaseguros S.A.E (C-166/11) (venta de seguros fuera de un establecimiento comercial y protección del consumidor).
9. TJ (Sala 2.<sup>a</sup>), sentencia de 1 de marzo de 2012, Dermot Patrick O'Brien (C-393/10) (discriminación por la jubilación de los jueces a tiempo parcial).
10. TJ (Sala 3.<sup>a</sup>), sentencia de 15 de marzo de 2012, Marco del Corso (C-135/10) (emisiones radiofónicas recibidas en la sala de espera de un dentista).
11. TJ (Sala 1.<sup>a</sup>), sentencia de 22 de marzo de 2012, Génesis Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (Génesis) (C-190/10) (cuestiones administrativas en el registro de marcas).
12. TJ (Gran Sala), sentencia de 22 de marzo de 2012, Inter-Environnement Wallonie ASBL (Orden bruselense) (C-567/10) (derogación de un plan de la ciudad de Bruselas y evaluación de impacto ambiental).
13. TJ (Sala 4.<sup>a</sup>), sentencia de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko (C-599/10) (contratación pública y petición de aclaración de ofertas).
14. TJ (Gran Sala) sentencia de 19 de abril de 2012, Bonnier Audio (C-461/10) (identificación de un usuario a Internet y protección de derechos de autor).
15. TJ (Sala 2.<sup>a</sup>) sentencia de 19 de abril de 2012, Galina Meister (C-415/10) (discriminación por razón de sexo o de origen étnico en la selección de trabajadores).
16. TJ (Gran Sala), sentencia de 24 de abril de 2012, Servet Kamberaj (C-571/10) (discriminación de ciudadanos de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea).

17. TJ (Sala 1.<sup>a</sup>) sentencia de 26 de abril de 2012, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság (Oficina Nacional del Consumo) (C-472/10) (cláusulas abusivas de los contratos y acciones colectivas).
18. TJ (Sala 3.<sup>a</sup>), sentencia de 26 de abril de 2012, DR, TV2 Danmark (C-510/10) (derechos de autor de grabaciones realizadas para televisión).
19. TJ (Sala 3.<sup>a</sup>), sentencia de 26 de abril de 2012, Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y Timbre (ANETT) (C-456/10) (libre circulación de mercancías y estancos).
20. TJ (Sala 2.<sup>a</sup>), sentencia de 26 de abril de 2012, Wolfgang Hofmann (C-419/10) (permiso de conducir checo en Alemania).
21. TJ (Gran Sala), sentencia de 2 de mayo de 2012, SAS Institute Inc (C-406/10) (protección de los derechos de autor de programas de ordenador).
22. TJ (Sala 3.<sup>a</sup>), sentencia de 3 de mayo de 2012, España / Comisión (C-24/11 P) (anulación de correcciones financieras en ayudas al aceite de oliva).
23. TJ (Sala 2.<sup>a</sup>), sentencia de 10 de mayo de 2012, Duomo Gpa y otros (C-357/10 a C-359/10) (solvenca de licitadores y concesión de servicios tributarios municipales).
24. TJ (Sala 1.<sup>a</sup>), sentencia de 14 de junio de 2012, Banesto (C-618/10) (cláusulas abusivas e intereses bancarios).

# Crónica



# Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea

Beatriz Iñarritu Ibarreche  
Profesora de la Universidad Comercial de Deusto

**Sumario:** Introducción.—I. El estado de la integración. 1. La firma del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG). 2. Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE). I.3. Serbia: Estado candidato a la adhesión.—II. La actualidad institucional de la Unión Europea. 1. Consejos Europeos y Cumbres del euro del primer semestre de 2012: medidas contra la crisis del euro y tratado internacional sobre el «pacto fiscal». 2. Renovación de Van Rompuy como Presidente del Consejo Europeo y de la Cumbre del euro. 3. Iniciativa legislativa de los ciudadanos europeos.—III. Cuestiones generales de la actualidad económica. 1. España: rescate del sector bancario. 2. Recia: reestructuración de la deuda privada. 3. BCE: nueva inyección ilimitada de liquidez a la Banca Europea. 4. Mercados financieros: propuestas sobre una tasa a las transacciones financieras. 5. Google: denuncia de la Comisión por abuso de posición dominante en el mercado y recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia. 6. Tarifas máximas en la conexión a internet a través del teléfono móvil. 7. Reforma del Tratado Schengen.

## Introducción

La Unión Europea está atravesando un momento crítico como consecuencia de la grave crisis financiera a que se enfrenta, y que está llegando a amenazar con abrir una gran brecha en la integración europea.

El clima de desconfianza y de reproches mutuos entre los Estados miembros, causado por los anteriores excesos de unos y las actuales exigencias de otros, junto con los pasos demasiado cortos y tardíos que se están dando en la solución de la crisis, podrían estar minando el futuro de Europa, no sólo a nivel político sino por la frustración que están produciendo en la ciudadanía.

Es difícil para los ciudadanos entender el «inagotable» apoyo al sector financiero, mientras los recortes y los ajustes en las Economías más vulnerables continúan y es difícil comprender también que los avances en forma

de Tratados sobre el «Pacto Fiscal» y el Mecanismo financiero permanente no consiguen la confianza de los mercados.

Nunca antes una «mayor Europa» ha sido tan necesaria. Una Europa más fuerte que de pasos de solidaridad, integración y cohesión, de la mano de líderes que sepan transmitir esperanza y, sobre todo, sentido común, en esta difícil coyuntura.

The EU is facing a critical time as a result of the deep financial crisis, which is indeed threatening to open a great gap in the European integration.

The climate of distrust and mutual reproaches among member States, caused by the previous excesses of some of them and the current requirements of others, together with the steps, too short and late, taken to solve the crisis, might be undermining the future of Europe, and not only at a political stage but because of the frustration they are transmitting to the European citizens.

It is so difficult to understand the ‘endless’ support to the financial sector, while cuts and adjustments go on in those more vulnerable Economies, as it is also difficult to understand that those progresses achieved with the Treaties about the ‘Fiscal Pact’ and the permanent financial Mechanism are not gaining the confidence of the markets.

Never before a ‘greater Europe’ was so necessary. A stronger Europe that should take steps of solidarity, integration and cohesion, guided by those leaders that should know how to transmit hope and, above all, common sense, in this complex situation.

## I. El estado de la integración

### 1. *Firma del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG)*

El 2 de marzo se celebró la firma solemne del *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria*, TECG, conocido también como el «Pacto Fiscal».

Tras el acuerdo alcanzado en la Cumbre del Euro del 9 de diciembre de 2011 sobre una «arquitectura reforzada para la Unión Económica y Monetaria», Veinticinco Jefes de Estado y de Gobierno (salvo los del Reino Unido y República Checa) rubricaron en Bruselas un Tratado que consagra la austeridad económica, puesto que obliga a los países firmantes a un estricto control de sus cuentas públicas.

El Tratado contempla tres grandes capítulos:

### 1. Pacto Presupuestario

El Tratado incluye una nueva regla que establece que los presupuestos nacionales estén en equilibrio o en superávit. Se considerará que se respeta esta disposición si se cumple el objetivo por país a medio plazo tal como se define en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, y con el límite del «déficit estructural» del 0,5% del PIB.

Si se observaran desviaciones importantes en dicho objetivo o en la trayectoria de ajuste al mismo, se activará un mecanismo automático de adopción de medidas correctoras.

Esta norma debe incorporarse al Derecho nacional en el plazo de un año tras la entrada en vigor del Tratado a través de disposiciones que *«tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto o cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales»*.

El Tribunal de Justicia de la UE podrá verificar la transposición de esta regla de equilibrio presupuestario y, en su caso, estará facultado para imponer multas de hasta el 0,1% del PIB del país incumplidor.

El Tratado también establece que los Estados firmantes deberán informar sobre sus planes de emisión de Deuda pública al Consejo de la UE y a la Comisión Europea.

### 2. Coordinación de las Políticas Económicas y Convergencia

Los Estados firmantes deberán garantizar que todas las grandes reformas de política económica que proyecten llevar a cabo se debatirán previamente y, en su caso, se coordinarán entre sí.

### 3. Gobernanza de la Zona del Euro

Se celebrarán reuniones informales de la «Cumbre del Euro» en las que participarán los Jefes de Estado o de Gobierno de los países pertenecientes a la Unión Monetaria, cuando sea necesario y, como mínimo, dos veces al año. Los líderes de los países firmantes del Tratado excluidos del Euro participarán en los debates de las cumbres.

Con el fin de evitar un retraso significativo en su aplicación, el Tratado prevé su entrada en vigor tras la ratificación en Doce de los Diecisiete Estados miembros de la Eurozona, siendo la fecha límite el 1 de enero de 2013. El objetivo que se plantea el propio Tratado es su incorporación en la legislación de la UE al cabo de cinco años desde su entrada en vigor.

Portugal fue el primer país en ratificar el Tratado el 13 de Abril a través de una votación parlamentaria, y con el apoyo aplastante de los diputados

de la coalición de centro-derecha del gobierno y de una gran mayoría de los diputados socialistas, principal partido de la oposición.

Por su parte, Irlanda celebró el 31 de mayo un referéndum para proceder a su ratificación (es el único país que, obligado por su Constitución, ha previsto celebrar una votación popular). Con una participación de apenas el 50,6%, los irlandeses dieron su apoyo al nuevo Tratado, con un margen más amplio de lo anticipado, el 60,3% de votos favorables. El primer ministro irlandés, *Enda Kenny*, acogió con alivio y satisfacción el resultado, y señaló que aunque el apoyo popular al Tratado «no resuelve todos nuestros problemas económicos, es una piedra fundacional para asegurar que la Economía se sostendrá en tierra firme».

## 2. *Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)*

El 2 de febrero, los embajadores de los países de la zona euro firmaron en Bruselas el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, MEDE.

Esta firma necesitó la modificación del artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, añadiendo el apartado siguiente: «*Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas*».

En julio de 2011, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Diecisiete habían acordado incrementar la flexibilidad de MEDE con vistas a aumentar la eficacia de la asistencia financiera y a prevenir el riesgo de contagio financiero. Tras los últimos acuerdos, y pendiente de su ratificación por los Estados participantes, es previsible que entre en vigor en julio de 2012.

El MEDE será, por tanto, una institución financiera internacional con sede en Luxemburgo que apoyará a los Estados de la eurozona cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera.

Las decisiones para conceder la asistencia financiera se adoptarán de mutuo acuerdo (unanimidad de los participantes en la votación). No obstante, en aquellas situaciones en las que el hecho de no adoptar estas decisiones pudiera poner en peligro la sostenibilidad económica o financiera de la zona del euro, las decisiones podrán ser adoptadas por una mayoría cualificada del 85% de los votos emitidos.



El artículo 12 del Tratado establece que «si fuera indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros, el MEDE podrá proporcionar apoyo a la estabilidad a un miembro del MEDE sujeto a estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia financiera elegido. Dicha condicionalidad podrá adoptar diversas formas, desde un programa de ajuste macroeconómico hasta una obligación de cumplimiento continuo de las condiciones de elegibilidad preestablecidas».

El procedimiento descrito en el artículo 13 establece que, sobre la base de la solicitud del miembro del MEDE y de la evaluación realizada por la Comisión en coordinación con el Banco Central Europeo, «el Consejo de Gobernadores del Mecanismo podrá decidir conceder, en principio, apoyo a la estabilidad al miembro del MEDE en cuestión mediante un instrumento de asistencia financiera».

Asimismo, el Consejo de Gobernadores encomendará a la Comisión Europea negociar con el miembro del MEDE en cuestión —en coordinación con el BCE y, cuando ello sea posible, conjuntamente con el FMI— un «Memorándum de Entendimiento» en el que se defina con precisión la condicionalidad asociada al instrumento de asistencia financiera. El contenido del «Memorándum» reflejará la gravedad de las deficiencias que habrá que abordar y el instrumento de asistencia financiera elegido.

El Tratado prevé que el MEDE pueda conceder a sus Estados miembros préstamos, poner a su disposición instrumentos financieros con carácter preventivo, adquirir bonos públicos en los mercados primario y secundario y conceder préstamos a los países para financiar la recapitalización de sus instituciones financieras.

El capital autorizado ascenderá a 700.000 millones de euros, dividido en siete millones de acciones, cada una con un valor nominal de 100.000 euros.

El valor nominal total inicial de las acciones desembolsadas se elevará a 80.000 millones de euros, de tal manera que cada Estado miembro del MEDE deberá realizar el pago en cinco tramos anuales del 20 % cada uno del importe total. El primer tramo será desembolsado por cada miembro del MEDE en el plazo de 15 días tras la fecha de entrada en vigor del Tratado. Los cuatro tramos restantes serán exigibles en las fechas correspondientes al primer, segundo, tercer y cuarto aniversario del pago del primer tramo, respectivamente.

Los Estados suscribirán el capital conforme a la siguiente «clave de contribución»:

### Suscripciones del capital autorizado

Miembro del MEDE	Número de acciones	Suscripción del capital (eur)
Reino de Bélgica	243.397	24.339.700.000
República Federal de Alemania	1.900.248	190.024.800.000
República de Estonia	13.020	1.302.000.000
Irlanda	111.454	11.145.400.000
República Helénica	197.169	19.716.900.000
Reino de España	833.259	83.325.900.000
República Francesa	1.427.013	142.701.300.000
República Italiana	1.253.959	125.395.900.000
República de Chipre	13.734	1.373.400.000
Gran Ducado de Luxemburgo	17.528	1.752.800.000
Malta	5.117	511.700.000
Reino de los Países Bajos	400.190	40.019.000.000
República de Austria	194.838	19.483.800.000
República Portuguesa	175.644	17.564.400.000
República de Eslovenia	29.932	2.993.200.000
República Eslovaca	57.680	5.768.000.000
República de Finlandia	125.818	12.581.800.000
<b>Total</b>	<b>7.000.000</b>	<b>700.000.000.000</b>

*Fuente:* Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad.

### 3. Serbia: Estado Candidato a la Adhesión

El Consejo Europeo celebrado en marzo decidió conceder a Serbia el estatuto de país candidato a ser Estado miembro de la Unión, refrendando así las conclusiones del Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores de la Unión celebrado el 28 de febrero.

Los Veintisiete recompensaban de esta manera los avances del país balcánico en su acercamiento a las exigencias de la UE, incluyendo la detención de los últimos prófugos reclamados por el Tribunal Penal Internacional y un acuerdo con Kosovo que le permitirá acudir a foros internacionales.

Sin embargo, el triunfo del nacionalista *Tomislav Nikolic* en las elecciones presidenciales celebradas el 20 de mayo parece haber enturbiado el camino del país hacia su integración en la UE.

A pesar de que, nada más conocer su victoria *Nikolic* señaló que «Serbia no se desviará de la vía europea», su anterior alianza con un partido abiertamente hostil con la UE había servido a sus adversarios para poner en duda la veracidad de su compromiso a favor de la Adhesión del país a la Unión.

De hecho, a comienzos de junio, la UE emitió un comunicado en el que desautorizaba al nuevo presidente serbio por haber negado la limpieza étnica ejecutada por las tropas serbiobosnias en la localidad de Srebrenica en julio de 1995. Bruselas rechazó su «intento de reescribir la historia» y recordó que el Tribunal Penal de La Haya califica este hecho como «genocidio».

Con su nuevo estatuto, Serbia se une a los actuales países candidatos: Islandia y Turquía, que ya negocian su Adhesión, y Macedonia y Montenegro, que se encuentran a la espera de iniciar sus respectivas negociaciones.

## II. La actualidad institucional de la Unión Europea

### 1. *Consejos Europeos y Cumbres del Euro del primer semestre de 2012: Medidas contra la Crisis Del Euro y Tratado Internacional sobre el «Pacto Fiscal»*

Hasta mediados de junio, se han celebrado tres reuniones de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Veintisiete, previas a la reunión ordinaria prevista para el 28 y 29 de junio.

El 30 de enero se celebró un Consejo Europeo con los Veintisiete y, también se convocó una reunión específica los Diecisiete líderes de la Eurozona.

Según las interpretaciones de diferentes medios y analistas, en esta primera cumbre del año, los Veintisiete mostraron un medido viraje en su discurso sobre las medidas a adoptar para combatir la crisis. A las puertas de una nueva recesión económica, los líderes europeos acordaron compaginar las reiteradas medidas de austeridad y de reducción de los Déficits públicos con recetas de expansión y crecimiento, enfocadas a frenar el desempleo. Decidieron, en este sentido, destinar unas partidas de los fondos estructurales pendientes de asignación (fondos de «competitividad y crecimiento») a la creación de empleo. En total son 82.314 millones de euros, cuyo objetivo será facilitar el acceso de los jóvenes al mercado laboral y apoyar a las PYMEs.

Asimismo, los líderes europeos llegaron al consenso sobre el contenido del Tratado internacional que establece el «Pacto Fiscal», con la adhesión final de todos los Estados miembros, salvo las del Reino Unido y República Checa.

También el 1 y 2 de marzo se celebraron sendas reuniones, del Consejo Europeo y de la Cumbre del Euro.

De nuevo, los analistas interpretaron que la UE mostraba un giro en sus soluciones de la crisis económica al plantear la necesidad de una actuación «dirigida a fomentar el crecimiento, la competitividad y el empleo», como vertiente complementaria de las medidas «orientadas a garantizar la estabilidad financiera y la consolidación presupuestaria».

Aunque bajo los enunciados generales, se apreciaban pocas ideas concretas, los líderes comunitarios pedían hacer más atractiva la contratación para los empresarios, mejorar las políticas para el empleo juvenil y el fomento de la innovación y del crecimiento.

*Jose Manuel Barroso*, presidente de la Comisión Europea, mencionó como objetivos concretos la creación de planes de empleo juvenil y la financiación de proyectos de pequeñas empresas con fondos del Banco Europeo de Inversiones.

Por su parte, el presidente del Banco Central Europeo, *Mario Draghi*, previno a los socios comunitarios de que la acción extraordinaria que había adoptado la autoridad monetaria en los últimos meses —inyectar más de un billón de euros en la banca europea a un interés muy bajo— probablemente no volvería a repetirse y que tendrían que ser los Estados quienes tomaran a partir de entonces las riendas para aliviar las tensiones financieras.

Por último, el 23 de mayo se celebró una reunión informal del Consejo, para debatir sobre las decisiones previstas en la agenda económica del siguiente Consejo Europeo de los días 28 y 29 de junio.

Según fuentes comunitarias, la presentación del nuevo presidente francés, *Francois Hollande*, fue uno de los motivos que llevaron al Consejo Europeo a convocar la cumbre informal. Además, otra razón del encuentro fue, según las mismas fuentes, el interés de Irlanda de que la Unión mostrara públicamente su intención de fomentar el crecimiento y el empleo, antes del referéndum del 31 de mayo, en el que el pueblo irlandés debía pronunciarse sobre el «Pacto Fiscal». Y también debió ser un motivo para convocar la reunión la voluntad de rebajar las suspicacias entre los socios europeos y mostrar que las decisiones se toman entre los Veintisiete, y que Berlín y París no hablan por toda Europa.

La cumbre sirvió, en todo caso, para escenificar los nuevos tiempos, e iniciar un nuevo debate sobre los eurobonos, que se convirtieron, de hecho, en un tema de controversia entre Francia y Alemania.

En su «bautizo» en las cumbres europeas, el nuevo presidente francés, *François Hollande*, aseguró que «Alemania piensa que los eurobonos son un punto de llegada, y Francia cree que son un punto de partida». Y dejó claro que su propuesta se abriría paso, a pesar de que junto con Alemania hay varios países radicalmente en contra: «Los eurobonos no son para mutualizar la deuda del pasado, sino que pueden servir para lograr financiación en mejores condiciones: «Alemania está pagando un interés del 0% y España financia su deuda al 6%, y con los eurobonos se podría financiar a coste más bajo», añadió el presidente francés.

A más corto plazo, los socios concretaron la puesta en marcha de nuevas medidas para estimular el crecimiento, y en particular una nueva línea de financiación a través del Banco Europeo de Inversiones (BEI) para au-

mentar las posibilidades de que los jóvenes griegos, portugueses, españoles e italianos encuentren un empleo, además de apoyar proyectos de infraestructuras, energía e I+D. El presidente de la Comisión Europea, *José Manuel Durão Barroso*, explicó que el BEI ha recibido un mandato que consiste en una ampliación de capital de unos 10.000 millones de euros, con los que podría movilizar hasta 150.000 millones junto con el sector privado.

Los Veintisiete mostraron también su acuerdo en la defensa de la permanencia de Grecia en el euro y del cumplimiento de las obligaciones a las que se ha comprometido. Los presidentes de la Comisión y del Consejo Europeo, *Barroso* y *Van Rompuy*, anunciaron el envío de fondos estructurales para impulsar el crecimiento e informaron de los 150.000 millones que había recibido ya entonces Atenas de la Unión y del Fondo Monetario Internacional.

## 2. *Renovación de Van Rompuy como Presidente del Consejo Europeo y de la Cumbre del Euro*

El Consejo Europeo celebrado en marzo oficializó la reelección de *Herman Van Rompuy* como su Presidente para el período comprendido entre el 1 de junio de 2012 y el 30 de noviembre de 2014.

Por su parte, en la Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona del euro del 2 de marzo también se contemplaba su nombramiento como Presidente de las Cumbres del Euro. Se cumplía así el acuerdo alcanzado en el Consejo Europeo de 23 de octubre de 2011 en el que se establecía que «el Presidente de la Cumbre del Euro será designado por los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona del euro a la vez que el Consejo Europeo elija a su presidente y para el mismo período».

De esta forma, el ex primer ministro belga cumplirá un ciclo de cinco años al frente de las cumbres europeas, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. La reelección era ya un hecho desde que, unos meses atrás, tanto Francia como Alemania le dieran su apoyo y porque ni se había planteado un candidato alternativo.

Desde que accedió al cargo en diciembre de 2009, *Van Rompuy* ha ofrecido un perfil discreto y conciliador, aunque en ocasiones se le ha reprochado que no se desmarcara con propuestas propias, distintas de las líneas marcadas por el eje franco-alemán.

## 3. *Iniciativa Legislativa de los Ciudadanos Europeos*

El pasado 1 de abril entró en vigor el Reglamento de la Iniciativa Ciudadana Europea que permite a los ciudadanos europeos plantear iniciativas invitando a la Comisión Europea a legislar sobre determinados temas.

Las iniciativas deberán contar con el respaldo de, al menos, un millón de firmas de europeos residentes en un mínimo de siete Estados miembros (una cuarta parte de los Veintisiete Estados). De esta manera, los ciudadanos podrán instar al ejecutivo comunitario a que proponga un texto legislativo relativo a alguno de los temas en los que esté facultado para desarrollar dichas propuestas legislativas, temas como agricultura, medio ambiente, transporte o salud pública.

Los impulsores de las iniciativas deberán crear un «comité de ciudadanos» que deberá estar integrado, al menos, por siete ciudadanos de la UE residentes en, al menos, siete Estados miembros distintos. El comité deberá inscribir su iniciativa en el registro de la página web que la Comisión ha habilitado al efecto, de tal forma que, una vez confirmada la inscripción, se abrirá un plazo de un año para la recogida de firmas. Podrán firmar el apoyo a la iniciativa todos los ciudadanos de la UE con edad mínima para votar, debiendo en todo caso rellenar un formulario específico que servirá para certificar las firmas por parte de las autoridades competentes en los Estados miembros.

Una vez reunidas y verificadas las firmas, la Comisión dispondrá de tres meses para examinar el texto y pronunciarse al respecto. Los promotores se reunirán con los representantes de la Comisión para explicarles los detalles e, incluso, podrían presentar la iniciativa al Parlamento Europeo. Tras el análisis, la Comisión aprobará un documento oficial en el que explicará si considerará o no la iniciativa popular, y las razones que le habrán llevado a tal decisión. Si decidiera seguir adelante, también deberá explicar las medidas que se propondría llevar a cabo en el futuro y la Comunicación sería adoptada formalmente por el colegio de comisarios y publicada en todas las lenguas oficiales de la UE. De esta forma, si Bruselas decidiera legislar en respuesta a una iniciativa ciudadana, se pondrá en marcha el procedimiento legislativo habitual: la propuesta de la Comisión se remitirá al Parlamento Europeo y al Consejo, o únicamente al Consejo, y estas instituciones tendrán la última palabra para decidir si la propuesta de la Comisión se convierte en norma comunitaria.

### III. Cuestiones generales de la actualidad económica

#### 1. *España: rescate del sector bancario*

El Consejo de Ministros de Finanzas de la zona euro, el Eurogrupo, decidió el 9 de junio atender la solicitud del gobierno español para apoyar la recapitalización de su sistema financiero.

La asistencia, destinada a los bancos españoles, consistirá en una línea de crédito que podría llegar a 100.000 millones de euros, cifra que equivale

al 10% del PIB español. El crédito se prestará a un interés medio del 3%, muy por debajo de las condiciones de mercado (el Tesoro español paga actualmente un interés superior al 6% por la Deuda a diez años).

El préstamo, que se concederá a través del Fondo de Reestructuración de Ordenación Bancaria, FROB, estará dirigido a reflotar los maltrechos bancos españoles, que se han visto arrastrados por la enorme burbuja inmobiliaria. Para hacer efectivo el crédito se exigirá a las entidades beneficiarias que activen los «planes de reestructuración» correspondientes, lo que significa que, eventualmente, deberán deshacerse de parte de sus activos, participaciones empresariales e inmuebles, deberán recortar los gastos de personal y/o poner en marcha nuevas fusiones o, incluso, liquidaciones.

La Comisión Europea señaló, tras la aprobación del rescate, que la supervisión de estas medidas correrá a cargo de un cuarteto de organismos: la propia Comisión, el Banco Central Europeo, el Fondo Monetario Internacional y la Autoridad Bancaria Europea.

Aunque no se trata de una intervención integral, al estilo de los programas puestos en marcha en Grecia, Irlanda o Portugal, y se entiende como un «rescate suave» dirigido exclusivamente al sector financiero y no al país en su conjunto, el rescate del sistema financiero español ha provocado una fuerte reacción en la sociedad española. La intervención ha sido interpretada como un fracaso colectivo, y ha provocado un intenso debate sobre el alcance y los perjuicios que finalmente tendrá la ayuda europea en el bienestar de la ciudadanía española.

El FROB, institución de capital público, será el intermediario que proporcione hasta 100.000 millones de euros a las entidades financieras que los necesiten. El garante final de las operaciones será, por tanto, el Estado español, por lo que los eventuales impagos repercutirán negativamente en las cuentas públicas.

Aunque explícitamente el Eurogrupo, el Fondo Monetario Internacional y la Comisión Europea no han establecido «condicionalidades macroeconómicas» con nuevos y más estrictos ajustes, resulta más que improbable que tales exigencias no se plantearan. De hecho, en el comunicado emitido por los ministros de Finanzas de la zona euro se señala que Europa supervisará «de cerca» que Madrid continúe por el camino de la consolidación fiscal y de las reformas estructurales y del mercado de trabajo.

Muchos analistas recuerdan, en este sentido, los informes de la Comisión que, a finales de Mayo, han recomendado a España la subida del IVA, el adelanto para hacer efectiva la edad de jubilación a los 67 años, la reforma de las prestaciones por desempleo o la eliminación de la deducción fiscal por la compra de vivienda.

En todo caso, existen dudas relevantes sobre la concreción del programa, que deberían resolverse en el Consejo Europeo del 28 y 29 de ju-

nio. Está pendiente, por ejemplo, la decisión sobre el fondo que se utilizará, el temporal o el permanente. Podrían emplearse los dos, el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) temporal o el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) permanente, que entrará en vigor en julio de 2012. Los Estados preferirían el segundo, puesto que esta herramienta prevé que los países sean acreedores preferentes, y que los inversores privados se vean relegados en el cobro de sus deudas.

El Fondo Monetario Internacional, FMI, no será un prestamista de los bancos españoles, como sí lo es en los rescates de Grecia, Irlanda y Portugal; pero sí intervendrá con su apoyo en la supervisión de las operaciones con informes periódicos.

Por otra parte, el 13 de junio, la Oficina de Estadísticas de la UE, EUROSTAT, señaló en un comunicado que «el crédito aceptado por el gobierno español aumentará directamente la Deuda pública y el gasto de los intereses del préstamo también tendrá un impacto directo en el Déficit».

Además, señalaba que determinadas recapitalizaciones bancarias también podrían aumentar el Déficit público. Según el organismo europeo, aun es demasiado pronto para conocer el impacto preciso de las intervenciones sobre el Déficit de las cuentas españolas, pero como regla general, el dinero que el Gobierno dedique a los bancos se considerará gasto público y, por lo tanto, engrosará el Déficit cuando la intención del ejecutivo sea cubrir las pérdidas de una entidad bancaria. En cambio, señalaba la agencia estadística, cuando el Estado actúe como lo haría un inversor privado, buscando una rentabilidad, estaría haciendo una transacción financiera, sin consecuencias para el Déficit.

Esta cuestión significará que, por ejemplo, el dinero público destinado a *Bankia*, que tratará de cubrir la falta de solvencia de la entidad por las pérdidas en que ha incurrido, computará a efectos del Déficit. Otras recapitalizaciones que pueden necesitar *Novagalicia* y *CatalunyaCaixa* también podrían incrementarlo. En todo caso, Eurostat matiza que analizará las recapitalizaciones caso a caso junto a las autoridades españolas.

Estas consideraciones harán más difícil la consecución del objetivo de Déficit del gobierno español, y podrían añadir nuevos argumentos a los socios europeos para forzar nuevos recortes y ajustes en las cuentas públicas españolas.

## 2. *Grecia: reestructuración de la deuda privada*

Grecia dio el 8 de marzo un paso decisivo en el cierre de la reestructuración de su Deuda soberana que evitaba finalmente una quiebra descontrolada del país.



La operación era el resultado de un acuerdo alcanzado entre el Gobierno griego y la organización que engloba a los 450 mayores grupos financieros del mundo, el Instituto de Finanzas Internacionales (IIF, por sus siglas en inglés), para condonar la mitad de la deuda griega en manos de inversores privados.

Inversores que controlaban un 85% de la Deuda griega registrada bajo las leyes helenas, 152.000 millones de euros, aceptaron el plan de canje, lo que permitía al gobierno de Atenas activar el mecanismo por el que podía forzar al resto de tenedores de bonos, propietarios de otros 25.000 millones, a aceptar la operación. A estas sumas habría que añadir otros 20.000 millones en bonos de deuda pública regulados por leyes internacionales o emitidos por compañías públicas griegas, cuyos propietarios también habían aceptado la propuesta de Atenas.

Con este canje, que pasará a la historia como la mayor reestructuración de Deuda soberana, los acreedores cambiarán sus bonos por unos nuevos con un valor inferior, un interés más bajo y mayor plazo de vencimiento. Según apuntaban los expertos, estas condiciones significan que la quita del 53% se traduce en pérdidas reales del 74% del valor de la inversión.

En Bruselas, el comisario de Asuntos Económicos y Monetarios, *Olli Rehn*, afirmó estar muy satisfecho con la respuesta de los inversores privados, y señaló que «constituye una contribución decisiva a la estabilidad financiera en el conjunto de la zona euro». En la misma línea, la directora gerente del FMI, *Christine Lagarde*, aseguró que la cooperación del sector privado es un «paso clave para situar la Economía griega en el camino del crecimiento y la estabilidad financiera».

En abril, el país daba por concluido el proceso tras lograr una participación en el canje del 96,9% de los acreedores privados, con 199.000 millones de euros en bonos griegos (la oferta de reestructuración afectaba a 205.500 millones, de los más de 360.000 millones de euros a los que asciende la Deuda griega).

Los inversores renunciaban voluntariamente al 53% del valor nominal de los bonos en su poder, algo más del 70% del valor neto. El canje se hizo por bonos helenos depreciados al 31,5% de su valor, más títulos europeos al 15% de su valor, bajo legislación británica.

Según las estimaciones proporcionadas por los negociadores, Grecia conseguirá reducir en 106.000 millones de euros su Deuda —estimada en 360.000 millones—. El objetivo de la operación es situar el nivel de la Deuda pública griega en el 120% del PIB en 2020, cuando ahora supera el 160%, pero no faltan analistas que dudan de que el objetivo se logre puesto que la Economía griega afronta su quinto año de recesión y la tasa de paro se situaba en diciembre de 2011 en el 21%, más de seis puntos por encima del dato del mismo mes de 2010.

### 3. *BCE: Nueva inyección ilimitada de liquidez a la banca europea*

El Banco Central Europeo, BCE, repitió el 29 de febrero, la operación del 21 de diciembre de 2011, poniendo a disposición de la banca europea una nueva oferta de créditos baratos e «ilimitados». La acogida por parte del sector fue incluso superior a la de Diciembre, ya que se adjudicaron 529.530 millones de euros a un tipo de interés del 1% a tres años a unas 800 entidades, cuando en la anterior «inyección de liquidez ilimitada», las peticiones habían sumado 489.000 millones procedentes de 523 entidades bancarias.

Los analistas interpretaron esta diferencia como una señal de que más bancos y cajas de ahorro de pequeño y mediano tamaño participaron en la operación. En el caso de España, los préstamos solicitados alcanzaron los 123.000 millones, una cuarta parte del total.

El presidente del BCE, *Mario Draghi*, reclamó que el dinero se empleara en la reactivación del crédito y en el estímulo del crecimiento, pero es muy posible que, al igual que sucedió en Diciembre, su destino sea la compra de Deuda soberana y el saneamiento de los balances bancarios. Se repetiría, de esta forma, la reacción de la banca que, aprovechando una financiación barata al 1%, invertirán este dinero en bonos de Deuda pública, en especial de países sometidos a una fuerte presión por parte de los mercados como Italia y España, para obtener mayores rentabilidades. Sin embargo, esta rentabilidad, que buscan fundamentalmente los bancos españoles e italianos, tiene el gran inconveniente de la mayor exposición de las entidades a la crisis de la Deuda.

La medida también fue interpretada como una maniobra del BCE para sortear la intransigencia alemana en lo relativo a las compras de bonos en el mercado secundario. Con esta inyección ilimitada de liquidez a la banca, los Estados más expuestos a los mercados consiguen financiación indirecta del Banco emisor, lo que les ayuda a relajar sus «primas de riesgo». Sin embargo, también es cierto que, en estas operaciones, el BCE exige a la banca que presente determinados activos como aval, hasta que se devuelva el préstamo. De ahí surgen ciertas críticas de un sector de analistas, que creen que el BCE pudiera estar asumiendo demasiados riesgos y que la banca pudiera estar provisionándose en exceso con unos activos «estigmatizados», como son los bonos de los países más expuestos.

### 4. *Mercados Financieros: Propuesta sobre una tasa a las Transacciones Financieras*

El Parlamento Europeo expresó el 23 de mayo su respaldo a la puesta en marcha de una tasa sobre las transacciones financieras., conocida como

«*Tasa Tobin*». La votación, que finalizó con un amplio consenso (487 votos a favor, 152 en contra y 46 abstenciones) no es vinculante, aunque la Eurocámara esperaba con ella enviar un claro mensaje a los Estados miembros que se oponen a la medida y, en general, a los Veintisiete ministros europeos de Finanzas se reunirán el próximo 22 de junio en Luxemburgo para debatir el asunto.

La Comisión Europea presentó el proyecto de Directiva en septiembre de 2011, con el fin de aplicar un impuesto sobre las transacciones financieras en todo el territorio de la Unión, con un gravamen del 0,1% aplicable a las operaciones sobre acciones y obligaciones y del 0,01% para otras operaciones, como las realizadas con derivados financieros.

En marzo, el presidente de la Comisión Europea, *José Manuel Durao Barroso*, había presentado un informe en el que se afirmaba que la introducción de la tasa a las transacciones financieras podría reducir en un 50% las contribuciones de los Estados miembros al presupuesto de la Unión, ya que, según la propuesta, dos tercios de los ingresos se destinarían al presupuesto comunitario y uno a los nacionales. *Barroso* defendió la «justicia» del impuesto bancario en una rueda de prensa sobre las próximas cuentas plurianuales de la Unión para 2014-2020. «Esta cuestión es extremadamente importante. Significa más dinero del sector financiero en lugar de aportaciones de los presupuestos públicos nacionales», destacó.

Insistió en la defensa del impuesto señalando que «los bancos se han beneficiado con un gran apoyo de los contribuyentes durante la crisis y, además, no pagan suficientes tasas».

Nueve países, entre los cuales figuran Alemania y Francia, respaldan la iniciativa, mientras que Reino Unido se opone al considerar que se penalizaría la deslocalización de las actividades financieras. La esperanza de la Comisión se basa en que las reticencias mostradas por algunos Estados eran anteriores al desarrollo técnico del proyecto. «La tasa no modificará decisiones de inversión», aseguran estas fuentes, que ponen como ejemplo los 10 euros que estiman pagaría un particular por una transacción de 10.000 euros si el banco se decidiese a trasladar todo el coste al cliente.

Europa pretende recaudar unos 57.000 millones de euros al año con esta medida, una cantidad nada despreciable (equivale, por ejemplo, a todo el déficit público que proyecta registrar España en 2012), que pasaría a engrosar mayoritariamente el Presupuesto comunitario y, también, las arcas de los Estados miembros en función de su participación en la recaudación.

Como respaldo a la idea de gravar las operaciones financieras, Bruselas argumenta que dos tercios de los ciudadanos la defienden. Tal y como está diseñado, la banca soportaría el 85% del gravamen.

Pese a las dificultades, Bruselas mantiene su idea de que el gravamen pueda aplicarse el 1 de enero de 2014.

### 5. *Google: denuncia de la comisión Por Abuso de Posición Dominante en el mercado y Recurso Prejudicial ante el Tribunal de Justicia*

La Comisión Europea anunció el pasado 21 de mayo un dictamen sobre las denuncias de abuso de poder de *Google* en el mercado comunitario.

Tras 18 meses de investigación, Bruselas constataba hasta cuatro vulneraciones del Derecho europeo de la competencia y que exigen la inmediata corrección por parte de la multinacional californiana, que controla el 86% del mercado europeo de motores de búsquedas en Internet:

- La Comisión considera que, en las búsquedas sobre su plataforma, *Google* trata de manera «preferencial» sus servicios, en detrimento de los de sus rivales. Como ejemplo, cita la aplicación *Google Maps* frente a otras similares.
- También constata que la empresa utiliza sin permiso las opiniones volcadas en otros portales. Se trata, sobre todo, de reseñas vinculadas a viajes, hoteles y restaurantes, lo que significa, según la Comisión, que *Google* se apropia de las inversiones realizadas por otras compañías.
- Asimismo, cuestiona los pactos comerciales que vinculan a *Google* con otras firmas. Con estos acuerdos, en páginas donde se despliega publicidad relacionada con las búsquedas se impide la entrada de posibles competidores (la exclusividad se considera excesiva en las búsquedas asociadas con publicidad, especialmente en las tiendas y revistas on-line).
- Por último, estima que la plataforma publicitaria de *Google*, *AdWords*, impone restricciones y dificulta que una campaña pueda trasladarse a una web alternativa (se consideran excesivas las restricciones a la portabilidad de las campañas publicitarias, relacionadas con las búsquedas en línea, a otras plataformas de competidores).

Tras la exposición de estas cuestiones, los responsables de la Comisión señalaron que esperaban una propuesta de actuaciones correctivas por parte de *Google*, que pudiera evitar una multa millonaria, ya que ésta podría alcanzar el 10% de la facturación de la compañía (el año pasado la cifra de negocios del gigante norteamericano alcanzó 380.000 millones de dólares).

*Joaquín Almunia*, comisario de la competencia, se mostró partidario de una negociación rápida con la compañía de cara a resolver el caso lo antes posible y evitar la apertura formal de un proceso sancionador.

También recordó que existen otras investigaciones relacionadas con *Google* y que seguirán su camino; destaca, entre ellas, la denuncia que afecta a *Android*, el sistema operativo ideado por la empresa para los teléfonos móviles.

Por otra parte, en Marzo, la Audiencia Nacional española presentó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE que contiene una batería de preguntas en relación a la protección de datos de los particulares frente a *Google*, en particular respecto al «derecho al olvido» que reconoce la capacidad de una persona para suprimir y bloquear informaciones que afecten a su privacidad o a su dignidad.

Hasta ahora, reclamaciones similares planteadas en Francia o en Italia, han sido derivadas por los jueces de estos países a los tribunales de EE UU, donde *Google* tiene su sede. Este es precisamente el eje de la argumentación del buscador, ya que alega que al estar ubicado en California se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa española y que solo está sometido a la jurisdicción de EE UU sobre protección de datos. Sin embargo, la Audiencia Nacional afirma que la tutela de un derecho fundamental no puede depender del lugar que el gestor del buscador haya elegido «para ubicar los medios técnicos».

La Audiencia quiere saber si las leyes que rigen en la UE se pueden aplicar en este caso contra *Google*; si los buscadores, cuando indexan la información, están realizando un tratamiento de datos personales, y si la protección de datos incluye el «derecho al olvido», es decir, si una persona se puede negar a que informaciones que le afectan (aunque sean lícitas y exactas) sean retiradas porque considere que son negativas o perjudiciales para su dignidad.

## 6. Tarifas máximas en la conexión a internet a través del teléfono móvil

Hace ya años que la Comisión estableció tarifas máximas sobre los precios de las llamadas y los mensajes de texto, sms, realizados con los teléfonos móviles cuando los ciudadanos viajan a otro país de la Unión Europea.

Pero quedaba pendiente la intervención respecto a las tarifas en la navegación por Internet móvil. La generalización de los «smartphones» (teléfonos inteligentes) y de las «tabletas» hacía urgente esa regulación, ya que actualmente los operadores pueden cobrar tarifas muy elevadas a sus clientes en el extranjero cuando éstos acceden a internet o consultan su correo electrónico desde sus móviles (las tarifas pueden alcanzar 4 euros por mega descargado).

El Parlamento Europeo aprobó la propuesta de la Comisión en mayo, con el fin de recortar drásticamente estas tarifas, de tal manera que, a partir del próximo 1 de julio, las operadoras podrán cargar como máximo 70 céntimos por cada megabyte descargado (más IVA), precio máximo que se reducirá a 45 céntimos en julio de 2013 y a 20 céntimos en julio de 2014. Según los cálculos de la Comisión, el Reglamento permitirá ahorrar al menos

200 euros a una familia que pase sus vacaciones en el extranjero y más de 1.000 euros al año a los empresarios que viajen por la UE.

En esta batalla por abaratar Internet en movilidad ha jugado un papel protagonista la comisaria de Telecomunicaciones, *Neelie Kroes*, verdadero azote de las operadoras cuyos márgenes de beneficio en las comunicaciones desde el extranjero considera abusivas. «Hemos acabado con las estafas que conocen todos los que han utilizado un teléfono móvil mientras están de viaje», señaló.

La rebaja también afecta a llamadas y los sms que se realicen o se reciban desde otro país de la UE, aunque estos ya tenían limitado su precio máximo con anterioridad. A partir del 1 de julio, se reducirá de 35 a 29 céntimos el máximo de la llamada por minuto; a 24 céntimos desde julio de 2013 y a 19 céntimos un año después. Los mensajes de texto también serán más baratos, puesto que bajarán de los actuales 11 céntimos hasta los 9 céntimos el próximo 1 de julio y, posteriormente, a 6 céntimos en julio de 2014.

## 7. Reforma del Tratado Schengen

El Consejo de ministros de Interior de la Unión Europea decidió el 7 de junio reformar el Tratado Schengen para que los Estados puedan reintroducir controles fronterizos temporales en caso de que un Estado se vea desbordado e incapaz de controlar los flujos migratorios en sus puestos aduaneros.

Esta reforma de Schengen tiene su origen en los éxodos provocados por la «primavera árabe» del Magreb, que evidenciaron ciertos puntos débiles en el sistema. Los Veintiséis miembros del Acuerdo (Veintidós de la UE y Cuatro no comunitarios) estaban de acuerdo en la necesidad de modificarlo y la Comisión propuso en Septiembre de 2011 ser el garante de las nuevas excepciones del Tratado, obligando a los Estados a solicitarle la autorización para poder reintroducir los controles.

Sin embargo, según el acuerdo alcanzado serán los Gobiernos quienes gestionen el nuevo régimen, dejando fuera del proceso a la Comisión y al Parlamento Europeo, y explicitando de esta manera su rechazo a la fiscalización de las instituciones europeas.

En el Parlamento se escucharon opiniones de rechazo. «Con esta decisión, los ministros han enviado una señal clara: que encontrarán cualquier pretexto para cerrar las fronteras», se indignó el jefe de los liberales y ex primer ministro belga *Guy Verhofstadt*. El propio presidente de la Eurocámara, *Martin Schulz*, señaló que «la libre circulación en el espacio interior es un pilar de la UE, una de las ventajas más palpables, y el Parlamento luchará para reforzarla».

Los Estados acordaron, en efecto, permitir la reintroducción de controles de pasaporte en caso de avalancha migratoria en una de las fronteras exteriores de la UE. Si uno de los socios que controla el perímetro exterior de la Unión se viera desbordado por la llegada de inmigrantes, el resto podría colocar temporalmente puestos de control en carreteras y aeropuertos. En principio, la medida podría prolongarse durante seis meses, pero este plazo podría eventualmente llegar a dos años tras sucesivas prórrogas.

Hasta ahora los gobiernos sólo podían restaurar las fronteras por una amenaza a la seguridad o durante la celebración de grandes eventos, tal como hizo España con motivo de la reunión del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo celebrada en Barcelona en mayo, restableciendo temporalmente los controles fronterizos con Francia.

Ante las críticas de la Comisión y del Parlamento, los Estados insistieron en que sólo se impondrán fronteras temporales en «circunstancias excepcionales», y como último recurso. En todo caso, el acuerdo alcanzado entre los Gobiernos es político y todavía tiene por delante un proceso de discusión con la Comisión y el Parlamento.











# Cuadernos Europeos de Deusto



Bizkaiko Foru  
Aldundia  
Diputación  
Foral de Bizkaia



**Deusto**

Publicaciones  
Universidad de Deusto