

Cuadernos Europeos de Deusto

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 53/2015

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

Dirección-Adjunta:

M.^a Luz Suárez Castiñeira

Consejo de Redacción:

Joana Abrisketa Uriarte (Universidad de Deusto, Bilbao)
Francisco Aldecoa Luzárraga (Universidad Complutense, Madrid)
Steffen Bay Rasmussen (Universidad de Deusto, Bilbao)
Javier Bilbao Ubillos (Universidad País Vasco, Bilbao)
Cristina Churruga Muguruza (Universidad de Deusto, Bilbao)
Pablo Antonio Fernández Sánchez (Universidad de Sevilla)
Igor Filibi López (Universidad País Vasco, Bilbao)
Laura Gómez Urquijo (Universidad de Deusto, Bilbao)
Beatriz Iñarritu Ibarreche (Universidad de Deusto, Bilbao)
Enrique Linde Paniagua (UNED, Madrid)
Antonio Manrique de Luna (Universidad de Deusto, Bilbao)
Nicolás Mariscal Berástegui (Universidad de Deusto, Bilbao)
José Martín y Pérez de Nanclares (Universidad de Salamanca)
Oana Petrescu (Ministerul Justiției din România)
Francisco Rodríguez Ortiz (Universidad de Deusto, Bilbao)
M.^a Luisa Sánchez Barrueco (Universidad de Deusto, Bilbao)
Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto, Bilbao)
Mariola Urrea Corres (Universidad de la Rioja, Logroño)

Consejo Asesor:

Alberto Alemanno (HEC, París)
Karolina Boronska-Hryniewiecka (Wroclaw University)
Juan Luis Crucelegui (UNCTAD)
Peter Gjortler (Riga University)
José Palacio González (Tribunal de Justicia de la UE)
Joaquín Roy (University of Miami)
Augustin Fuerea (Nicolae Titulescu University of Bucharest)

Secretaría Técnica:

Jone Elizondo
Aurelia Dercaci
David Fernández

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 las bases de datos ISOC y EBSCO.

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

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 internacional¹, 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»².

¹ 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.

² 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 artículo¹ antes citado...

¹ 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 (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 y permisos

Los autores cuyos trabajos son aceptados para su publicación firmarán un contrato con la Universidad de Deusto, cediendo los derechos exclusivos de publicación, reproducción y distribución, en todos los formatos y soportes disponibles.

Los autores asumen la responsabilidad de obtener todos los permisos necesarios para la reproducción en sus manuscritos de cualquier texto, material o ilustración, proveniente de otro autor, institución o publicación.

Las consecuencias que puedan derivarse de denuncias por publicación de artículos plagiados serán responsabilidad exclusiva de los autores.

Disclaimer

Las opiniones expresadas por los autores y colaboradores de *Cuadernos Europeos de Deusto* no reflejan ni representan las de los miembros del Consejo de Redacción ni de la editorial.

Es responsabilidad exclusiva de los autores obtener los permisos necesarios para la inclusión de citas, tablas, imágenes, diagramas, etc y, eventualmente, abonar los derechos correspondientes.

Más información: **www.iee.deusto.es**

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 53/2015

The European Union's Policy for Human Rights
and Democracy Support:
A Critical Assessment

Sumario

Presentación: Cristina CHURRUCA y María NAGORE 13

Estudios

Cristina CHURRUCA y María NAGORE, The EU's Framework for the promotion of human rights and democracy support 19

Carmen MÁRQUEZ CARRASCO, The applicability of human rights instruments to European Union's CSDP Operations: Framing the challenges 53

Nicolas HACHEZ, Essential elements' clauses in EU Trade Agreements: Making trade work in a way that helps Human Rights? 81

Viljam ENGSTRÖM y Mikaela HEIKKILÄ, Challenges and complexities in the protection of fundamental rights in the EU's area of Freedom, Security and Justice 107

Otros estudios

Ainhoa LASA, Constitución económica europea y modelo social: límites e ineficiencias de la integración negativa mejorada en la lucha contra la exclusión social 133

Encarnación LA SPINA, Aspectos de armonización asimétrica para la entrada y residencia de familiares de nacionales de terceros estados en la Unión Europea 167

Jurisprudencia

David ORDÓÑEZ SOLÍS, Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 195

Crónica

Beatriz IÑARRITU, Actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea 233

Presentación

La Unión Europea (UE) se ve a sí misma como una potencia mundial en materia de derechos humanos en un entorno extremadamente cambiante e inestable. El artículo 21 del Tratado de la Unión Europea (TUE) expresa con claridad la voluntad compartida de la UE de fomentar la paz y la estabilidad, así como de construir un mundo basado en el respeto de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho. Este compromiso sustenta todas las políticas internas y externas de la Unión Europea. Dentro de las fronteras de la UE, estos principios están incorporados en los tratados fundacionales de la UE, reforzada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, aprobada en el año 2000, y se fortalecieron aún más cuando la Carta quedó jurídicamente vinculante para las instituciones de la Unión y los Estados miembros con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009.

A pesar de los avances del Tratado de Lisboa la credibilidad de la UE en materia de derechos humanos se encuentra crecientemente cuestionada tanto a nivel interno como externo. En el momento de escribir estas líneas la respuesta de la Unión a la crisis humanitaria en el Mediterráneo ha llevado a poner de manifiesto que Europa se está quedando «huérfana» de derechos humanos. Además el esfuerzo de la UE por mantener los derechos humanos como el eje de su acción exterior no ha sido fácil de poner en práctica y se ha criticado la tendencia de tratar los derechos humanos como una cuestión separada en vez de como una cuestión transversal e inherente a todas las políticas de la UE.

Con el fin de mejorar la coherencia y eficacia de su política de derechos humanos en 2012, la UE adoptó un ambicioso programa, el *Marco estratégico de la UE sobre derechos humanos y democracia*, donde indica cómo se proponía cumplir su obligación de promover la democracia, el Estado de Derecho y la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos. Para poner en práctica los compromisos adquiridos en el marco estratégico la UE adoptó el Plan de Acción de la UE sobre derechos humanos y democracia (2012-2014). Casi tres años después de su adopción se está discutiendo la adopción de un nuevo Plan de Acción sobre derechos humanos y democracia para el periodo 2015-2019. Cuando los derechos humanos y los valores democráticos son en muchos lugares ignorados parece un buen momento

para realizar una evaluación crítica de los logros y limitaciones de la política de la UE en este área.

El presente volumen de Cuadernos de Deusto reúne las contribuciones de algunos académicos que participan en un proyecto de colaboración entre dieciseis universidades e instituciones académicas europeas y tres no-europeas financiado por el Séptimo Programa Marco de investigación sobre los derechos humanos en las políticas internas y las relaciones exteriores de la UE, *FRAME Fostering Human Rights Among European (external and internal) Policies*. Estas contribuciones tienen como objetivo valorar desde diferentes perspectivas el desarrollo de la política de derechos humanos en distintos ámbitos de la acción de la UE y señalar los desafíos, progresos y/o limitaciones encontrados.

El artículo de **Cristina Churruca** y **María Nagore**, investigadoras del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto establece en primer lugar el marco de la política de derechos humanos y promoción de la democracia de la Unión Europea. A partir de un análisis de los principales documentos de esta política se señalan y analizan los objetivos y prioridades que orientan la política de la UE y los instrumentos específicos creados para contribuir a la promoción de los derechos humanos y la democracia en todo el mundo como el Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos. El artículo llama la atención sobre algunas inconsistencias entre el Marco Estratégico y su instrumento aplicación del Plan de Acción.

La profesora **Carmen Márquez Carrasco** de la Universidad de Sevilla plantea en su contribución la extensión de la promoción de los derechos humanos y de la democracia a la política de gestión de crisis de la UE, es decir a las operaciones adoptadas en el marco de la política de seguridad y defensa de la UE. En el caso de esta política el objetivo no ha sido tanto la promoción de los derechos humanos y la resolución de situaciones críticas de derechos humanos sino la incorporación de consideraciones de derechos humanos a todas las dimensiones de esta política. Cómo subraya la autora la aplicación de los instrumentos de derechos humanos y de derecho internacional humanitario a las operaciones de la PCSD ha sido problemática ya que la UE a diferencia de los Estados Miembros no es parte de estos instrumentos.

Por su parte **Nicolas Hachez**, investigador del Centro de Estudios de Gobernanza Global de la Universidad de Lovaina centra su artículo en la política europea de incluir de forma sistemática cláusulas de ‘elementos esenciales’ en los acuerdos comerciales, como principal medio de promover los valores fundamentales de la Unión en sus relaciones exteriores. Desde un examen de dichas cláusulas el artículo analiza las críticas que estas cláusulas han generado en relación con (i) la incoherencia en la aplicación de las cláusulas de derechos humanos (ii) su redacción y alcance, y (iii) su

evaluación e implementación. El artículo concluye con una valoración de la efectividad y legitimidad de esta política y de la manera en la que influye sobre la credibilidad de la UE.

Viljam Engström y **Mikaela Heikkilä** investigadores de la Universidad Åbo Akademi abordan en su contribución el difícil encaje entre los conceptos de libertad, seguridad y justicia del antiguo tercer pilar de la Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales. Mientras que la «Lisbonización» del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) ha traído consigo mejoras tanto institucionales como sustantivas, muestran que aún quedan pendientes varios retos de derechos fundamentales desde preocupaciones sistémicas (como la coherencia de la acción de la UE o la insuficiente integración de los derechos fundamentales) a cuestiones más concretas (por ejemplo, con relación a las responsabilidades de las distintas agencias).

La sección «Otros estudios» incorpora los artículos de **Ainhoa Lasa**, Constitución económica europea y modelo social: límites e ineficiencias de la integración negativa mejorada en la lucha contra la exclusión social, y **Encarnación la Spina**, Aspectos de armonización asimétrica para la entrada y residencia de familiares de nacionales de terceros estados en la Unión Europea

Este número de Cuadernos Europeos de Deusto concluye, como viene siendo habitual, con los comentarios de **David Ordóñez Solís** a la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con una Crónica de la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea elaborada por **Beatriz Iñarritu**.

Cristina Churruca Muguruza
María Nagore Casas

Universidad de Deusto, junio de 2015

Estudios

**The EU's Framework
for the Promotion of Human Rights
and Democracy Support* , ****

*El marco de la Unión Europea
para la promoción de los Derechos Humanos
y el apoyo a la democracia*

Cristina Churruca
University of Deusto

María Nagore
University of Deusto

Sumario: I. Introduction.—II. Conceptual clarifications: the meaning of human rights and democracy policy.—III. The EU's human rights and democracy strategic framework. 1. The Strategic Framework: foundation and background. 2. The Strategic Framework: premises, objectives and priorities.—IV. Human rights guidelines and human rights strategies for countries.—V. EU instruments for human rights and democracy policy.—VI. European Instrument for Democracy and Human Rights (EIDHR).—VII. Other specific human rights and democracy instruments. 1. Human rights clauses in EU agreements. 2. Human rights and democracy focal points across EU delegations worldwide. 3. EU Special Representative for Human Rights. 4. Human rights dialogues and consultations. 5. Election support.—VIII. Conclusions.

Abstract: In the last years the EU has developed a policy framework for human rights promotion and democracy support. The key document in which the EU declares its policy principles, objectives and priorities in this field is the Strategic Framework on Human Rights and Democracy, adopted by the Council on 25 June 2012. Starting with an analysis of the framework the aim of this article is to

* Recibido el 20 de mayo de 2015, aceptado el 25 de junio de 2015.

** The research leading to these results has received funding from the European Commission's Seventh Framework Programme (FP7/2007-2013) under the Grant Agreement FRAME (project n.º 320000). This article draws from the authors contribution to Deliverable 12.1', Report mapping legal and policy instruments of the EU for human rights and democracy support, *FRAME-Deliverable No. D12.1* , July 2014, available at <http://www.fp7-frame.eu/reports/>. We are grateful to the co-authors of the report for their very useful comments on earlier versions of this article.

map and analyse the objectives and priorities that guide the EU policy and the specific instruments created to contribute to the promotion of human right and democracy worldwide, like the European Instrument for Democracy and Human Rights. It looks in particular at the EU priorities in terms of themes and vulnerable groups. The article draws attention to some inconsistencies between the Strategic Framework and its implementation instrument, the Action Plan.

Keywords: EU's human rights and democracy policy, Strategic Framework on Human Rights and Democracy, human rights and democracy implementation instruments

***Resumen:** La UE ha desarrollado en los últimos años un marco de política para la promoción de los derechos humanos y de apoyo a la democracia. El documento clave donde la UE declara los principios, objetivos y prioridades de su política en este campo es el Marco Estratégico de Derechos Humanos y la Democracia, adoptado por el Consejo el 25 de junio de 2012. A partir de un análisis de este marco el objetivo de este artículo es señalar y analizar los objetivos y prioridades que orientan la política de la UE y los instrumentos específicos creados para contribuir a la promoción de los derechos humanos y la democracia en todo el mundo como el Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos. Se observan, en particular, las prioridades de la UE en términos de temas y grupos vulnerables. El artículo llama la atención sobre algunas inconsistencias entre el Marco Estratégico y su instrumento aplicación del Plan de Acción.*

***Palabras clave:** política europea de derechos humanos y democracia, Marco Estratégico de Derechos Humanos y Democracia, instrumentos de implementación de la política europea de derechos humanos y democracia.*

I. Introduction

Human rights, democracy and the rule of law are core values of the EU embedded in its founding treaty. The promotion of human rights and democracy are considered to be the cornerstone of the European identity since the beginning of the integration process. They lie at the centre of its enlargement policy, which is governed by the Copenhagen criteria (after the European Council in Copenhagen in 1993 which defined them).¹ The first of these criteria is a political condition: stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities. The EU has also been at the forefront in building

¹ These criteria are the essential conditions all candidate countries must satisfy to become a member state.

strong standards and mechanisms for the promotion and protection of human rights at the United Nations, the Council of Europe and the OSCE. With this aim the Union works with other organisations and stakeholders to ensure that the UN addresses serious human rights violations in specific countries, and to take up key human rights concerns.

The EU has gradually expanded its human rights actions over the course of the past decades. Although the EU had developed in its external action a broad range of policy instruments and guidelines to put its commitment to human rights and democracy into practice, the EU had not always been as effective or as joined-up as it might have been. Serious problems and new challenges had emerged, both externally and internally. In particular, EU policies have been criticised for being largely sectorial; funded projects lack programmatic consistency; the EU's knowledge base appeared limited; and turf battles had continue to rage between institutions, bodies and Member States in Brussels and abroad at the United Nations (UN) and other fora, where EU positions increasingly faced objections. Moreover, human rights are far from being uncontested and are subject to changing dynamics such as globalisation, new forms of violence and war and new actors that question human rights and democracy norms. Even where international standards are generally accepted, implementation at the national level often remained slow.

The entry into force of the Treaty of Lisbon, with its commitment to put human rights, democracy and the rule of law at the centre of the EU's external action and to ensure consistency between the different areas of its external action and internal policies, brought renewed impetus for the EU to confront these problems. Art 21.1 of the Treaty on European Union (TEU) establishes that “the Union's action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms [...]”. These principles were reinforced when the EU adopted the Charter of Fundamental Rights in 2000, and strengthened still further when the Charter became legally binding with the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009. It is on this basis that the EU adopted on 25 June 2012 the Strategic Framework for Human Rights and Democracy and the Action Plan to guide this fundamental policy area in order to improve the effectiveness and consistency of EU policy as a whole in the following ten years. The latter represent the first attempt to set out in a comprehensive way the principles, objectives and priorities of EU policy in this field which before where scattered in different documents.

The aim of this article is to map and analyse the objectives and priorities that guide the EU human rights and democratization policy

and the instruments developed by the EU to implement them. It looks in particular to the EU priorities in terms of themes and vulnerable groups. We would like to assess to which extent there is coherence between the policy formulation and the instruments chosen to implement it. Coherence, or rather the lack of it, constitutes one of the most frequently bemoaned aspects of the EU's performance. Although coherence is a concern in any governance system, the multi-level nature of the EU and its complex institutional system places the issue of coherence at the centre of any assessment of EU's policy. When the Strategic Framework is compared with its implementation instrument, that is, the Action Plan, or with certain policy formulation documents, such as the Guidelines on human rights some inconsistencies arise. We contend that the finding of eventual incoherencies in the policy documents will partly explain the inconsistency in the implementation of the EU human rights and democratization policy.

There are other reasons as well that explain the necessity of this analysis. First of all most of the literature on the EU human rights and democratization policy evaluate the impact of the EU policy in this field without taking into consideration what and how does the EU aim to promote human rights and democratization. Second, scholars and commentators often focus either on the human rights or in the democratization policy. There is no acknowledgement of the fact that they are considered, as we will show in the analysis of the Strategic framework as a single policy encompassing both dimensions. However, this is another reason for our analysis, the EU does not have a consistent and coherent approach to the promotions of human rights and democracy. Both concepts come together in some policy documents and instruments but not in all. Moreover human rights and democracy are sometimes used interchangeably as if there were the same. Upon adoption of the framework and the Action Plan, Catherine Ashton, High Representative for Foreign Affairs and Security Policy and Vicepresident of the European Commission (HR/VP), said:

“Human rights are one of my top priorities and a silver thread that runs through everything that we do in external relations. With this comprehensive package we want to enhance the effectiveness and visibility of EU human rights policy. In order to help put the Framework and the Action Plan into practice.”²

² Council of the European Union, “EU adopts Strategic Framework on Human Rights and Democracy”, 25 June 2012, 11737/12, PRESSE 285.

In fact as this article will evidence the emphasis of the EU policy is on human rights, not on democracy.

Starting with a conceptual clarification of what we mean by human rights and democracy policy, the article undertakes the analysis of the main documents where the EU *formulates* the guidelines of its human rights and democracy policy. We refer to the Strategic Framework as well as other relevant documents that also contribute to set out this policy, including the general policy papers on which the Strategic Framework builds on. These are the human rights guidelines adopted in a certain priority theme or towards a vulnerable group and the human rights strategies for countries which specify the EU human rights policy towards a particular third country. Then it addresses the specific instruments developed by the EU that have been especially created in order to contribute to the promotion of human right and democracy worldwide like the European Instrument for Democracy and Human Rights .The EU also uses other traditional instruments of its CFSP to promote human rights and democracy in its relations with third countries such as the EU's action in multilateral fora, bilateral political dialogues, démarches and declarations, CFSP decisions or restrictive measures. These instruments, which respond to the EU's objective of mainstreaming human rights and democracy in all its policies and actions toward third countries, are not analysed in this article which addresses only the specific ones. The article closes with an evaluation of the different inconsistencies found. While this research was ongoing, the European Commission and the HP/VP issued a Joint Communication to contribute to the elaboration of a new Plan on Human Rights and Democracy for the period 2015-2019 (the "new Action Plan"). This Communication is entitled "Keeping human rights at the heart of EU agenda". The new Action Plan highlights that the Strategic Framework, "with its priorities and guiding principles" is still the framework for the EU's action in this area, but it clearly departs from its structure therefore we will make a short assesemnt of it in the light of our findings.

II. Conceptual clarifications: the meaning of human rights and democracy policy and its instruments

Before entering into the analysis of the EU's human rights and democracy framework some previous clarifications should be made. The first issue is precisely what the "human rights and democracy policy" is. There is not a single shared understanding or response among the scholars. According to one view, there is no unified EU "human rights and democracy policy" as

such, but a patchwork of instruments which together represent such policy. Other views contend that there is a human rights and democracy policy. From a policy analysis perspective a “policy” is understood as a deliberate course of (in)-action, selected from possible alternatives, in order to achieve certain outcomes. The policy cycle refers to the process of formulating, implementing and monitoring and evaluating a policy.³ Either if we refer to the policy field or to one stage or all of the policy cycle, a policy is never to be found in one single document. There is no example of such a single document at the EU level nor at the State level.⁴ The approach we have adopted has been to avoid the classification of instruments based on the hierarchy of norms (legal and soft law) or on the different types of competences that give rise to the instruments (CFSP, external policies, internal policies). Instead, our focus is on the “policy cycle or stages approach” which allow us to show the range of instruments developed by the EU in each separate step of the policy cycle and consequently to identify eventual inconsistencies between the EU’s vision in the formulation of the policy and its choice of instruments to implement it.

There is also some confusion about the conceptualisation of the EU’s instruments. In general, policy instruments are understood as “the actual means or devices governments have at their disposal for implementing policies, and among which they must select in formulating policy”.⁵ The choice of a particular policy instrument can be as significant as the choice to issue policy in a certain field. The potential range of policy instruments is vast at all levels of government and the EU is no exception.⁶ But in the EU, the actors involved in the policy process do not have complete freedom to select any type of instruments they please. Treaty provisions guide this selection process and determine in many cases what instruments are available to choose from, between legal acts and a wide range of voluntary and coordinative instruments (soft law) of a various range, including for example Commission papers and Council Conclusions. Council conclusions are a main tool to advance the promotion of human rights and democracy. By means of these conclusions, the Council welcomes the developments in

³ It is important to understand that “policy” is not a single outcome or event and is usually seen as a cycle, which moves from agenda setting and policy formulation to implementation, monitoring and evaluation.

⁴ Other question is that for some foreign policy analysts “human rights and democracy including the rule of law is not a policy as such but a key issue among others of the foreign policy of the EU”. KEUKELEIRE, S. and DELREUX, T., *The Foreign Policy of the European Union*, 2nd ed, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 135-155.

⁵ HOWLETT, M., RAMESH, M., and PERL, A., *Studying Public Policy: Policy Cycles and Policy Subsystems*, Oxford University Press, 2003, p. 87.

⁶ See VERSLUIS, E., VAN KEULEN, M., and STEPHENSON, P., *Analyzing the European Union Policy Process*, Palgrave MacMillan, 2011, pp. 55-78.

the implementation of the different policies and instruments, underlines the EU's current and future commitments regarding the promotion of human rights and democracy, points out the fields for improvement and proposes actions in order to fill the gaps in the implementation of the policies and instruments.

Some authors distinguish four sets of instruments (toolboxes) for promoting human rights and democracy in the EU's foreign policy:⁷

- I. The European Instrument for Democracy and Human Rights which is more focused and flexible allowing the EU to work directly with NGOs and international organisations rather than with governmental actors.
- II. Political Framework Agreements with third countries such as Association Agreements and Partnership and Cooperation Agreements which include human rights clauses as regular political dialogues, and the related geographical financial instruments (the European Neighbourhood Instrument, the Instrument for Development Cooperation and the European Development Fund).
- III. CFSP instruments: here, they include CFSP declarations and diplomatic activities (both formal and informal *démarches*), specific human rights dialogues, CFSP decisions (positions that lead to sanctions, civilian crisis management operations, electoral support) to third states and also in a global scale through actions in support of specific issues such as the strengthening of the International Criminal Court. Among the more targeted EU human rights diplomacy the Council has adopted specific "EU human rights guidelines" for a limited number of priority areas. More recently, since the adoption of the Strategic Framework, it should be mentioned the human rights country strategies, the EU Special Representative on Human Rights and human rights specialists appointed in EU delegations.
- IV. Certain internal policies with an external dimension like the fight against the eradication of trafficking of human beings.

Chart 1 provides an overview of the main instruments used by the EU to develop a human rights and democracy policy framework Taking into consideration the scope of this article we will only focus in the most important ones.

⁷ KEUKELEIRE, S. AND DELREUX, T., *op. cit.*, note 4, pp. 135-155. See also CARDWELL, P.J., "Mapping Out Democracy Promotion in the EU's External Relations" in *European Foreign Affairs Review*, no. 16, 2011, p. 21.

Chart 1
Human Rights and Democracy Policy Framework

FORMULATION			
Human rights and democracy policy			
Strategic Framework on Human Rights and Democracy	Human rights guidelines	Human rights country strategies	Mainstreaming HR and democracy into other policies



IMPLEMENTATION	
Specific human rights and democracy instruments	Other instruments contributing to the promotion of human rights and democracy
<ol style="list-style-type: none"> 1. Financial instrument: European Instrument for Democracy and Human Rights. 2. Human rights clauses. 3. Human rights and democracy focal points. 4. EU Special Representative for human rights. 5. Human rights dialogues and consultations. 6. Election support. 7. European endowment for democracy. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Action in multilateral fora. 2. Bilateral political dialogue. 3. Démarches and declarations. 4. CFSP joint actions, common positions and strategies and CSDP decisions. 5. Restrictive measures. 6. Thematic financial instruments. 7. Geographic financial instruments.

Source: Own elaboration.

III. The EU's human rights and democracy Strategic Framework

1. *The Strategic Framework: foundation and background*

The Strategic Framework on Human Rights and Democracy adopted by the Council on 25 June 2012 (Strategic Framework) sets, as its name suggests, the framework to guide this fundamental policy area of the EU.⁸

⁸ Council of the European Union, "Human Rights and Democracy: EU Strategic Framework and EU Action Plan", 25 June 2012, 11855/12, Annex II.

Although the Strategic Framework is a short six-page document designed to be as readable as possible, so as to be accessible to all citizens, it sets out the principles, objectives and priorities of the EU policy in this field. The Framework reinforces this Union's foundation on a "shared determination to promote peace and stability and to build a world founded on respect for human rights, democracy and the rule of law",⁹ declaring that "these principles underpin all aspects of the internal and external policies of the European Union". It builds on the Joint Communication entitled "Human rights and democracy at the heart of EU external action – Towards a more effective approach" (Joint Communication).¹⁰ The Joint Communication adopted by the European Commission on 12 December 2011 following a proposal by Catherine Ashton was a fundamental step in the development of an EU human rights strategy for its external action as it established the link between human rights and democracy in a very straightforward way:

"Human rights and democracy go hand in hand with the empowering freedoms — freedom of expression, association and assembly— which underpin democracy".¹¹

It also suggested key elements for a strategic framework: (i) a vision on how the EU's external policy on human rights and democracy could be more active, more coherent and more effective, and (ii) necessary actions in four areas (delivery mechanisms, integrating policies, building partnerships, and speaking with one voice).

The 2009 Council Conclusions on Democracy Support in the EU's External Relations – Towards Increased Coherence and Effectiveness, where the Council adopted an EU Agenda for action on Democracy Support in EU external relations,¹² is also a fundamental document in particular with regard to the EU's stance on democracy. The Conclusions set forth the common values, norms and central principles that constitute the basis of the EU's action on democracy support. It is a relevant document because they are not included in the Strategic Framework. Among these values, norms

⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁰ European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, "Joint communication to the European Parliament and the Council. Human Rights and Democracy at the heart of EU external Action – Towards a more effective approach" COM (2011) 886 final.

¹¹ *Ibid.*, p. 8.

¹² Council of the European Union, "Council Conclusions on Democracy Support in the EU's External Relations – Towards increased Coherence and Effectiveness", 16081/09, 2009, p. 11. (EU Agenda for action on Democracy Support in EU external relations).

and principles, the following should be highlighted:¹³ the inextricable connection between human rights and democracy: only in a democracy can individuals fully realise their human rights and only when human rights are respected can democracy flourish; the need to progress in the protection of human rights, good governance and democratisation in order to meet the goals of poverty reduction and sustainable development; the principle of non-discrimination in the enjoyment of all human rights regardless the race, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, birth or other status; the interdependence of all human rights, civil and political as well as economic, social and cultural; and, finally, the vital role of non-state actors as “promoters of democracy, social justice and human rights”. The Council also invited the EU institutions, in cooperation with Member States, to implement this Agenda and report back on the progress achieved and to include in their progress report a list of pilot countries for more specific follow-up. A first generation of pilot countries¹⁴ were identified by the 2010 Council conclusions on Democracy Support in the EU's external relations¹⁵ and a second generation of pilot countries has to be identified according to action 6 b) of the Action Plan.

2. *The Strategic Framework: premises, objectives and priorities*

The Strategic Framework establishes the premises which underpin the EU policy on human rights and democracy: (i) “Human rights are universally applicable legal norms”; (ii) “Democracy is a universal aspiration” and (iii) “Sustainable peace, development and prosperity are possible only when grounded upon respect for human rights, democracy and the rule of law”. On these premises the Strategic Framework lays out general and specific objectives of the EU policy. The latter are framed in terms of areas of further action which identify specific objectives and priority themes and groups.

Although the Strategic Framework is on human rights and democracy, the emphasis throughout the document is on human rights, not on democracy. While there is a clear position on the EU's understanding

¹³ *Ibid.*, pp. 6-9.

¹⁴ The following list of pilot countries was proposed: Republic of Moldova (for Eastern Neighbourhood); Kyrgyzstan (for Central Asia); Lebanon (for Southern Neighbourhood); Ghana, Benin, Solomon Islands and Central African Republic (for ACP); Bolivia (for Latin America); and Mongolia, Philippines, Indonesia and Maldives (in Asia).

¹⁵ Council of the European Union, “Council conclusions on Democracy Support in the EU's External Relations-2010 Progress Report and list of proposed pilot countries. 3058th Foreign Affairs Council meeting”, 2010.

of human rights, democracy is an “aspiration” that is not defined. The delimitation and interactions between such significant concepts are blurred in the document. Democracy can be considered a universal aspiration but this does not mean that democracy can be integrated automatically within the protection and promotion of human rights without any consideration and that human rights and democracy can be used interchangeably as is done in the document. There is little literature on the substance that the EU furthers with its democracy promotion instruments. Scholars often focus on the variety of EU's instruments or their impact on the countries concerned but rarely address the issue of what kind of democracy the EU wants to export, that is, the “substance of democracy promotion.”¹⁶

Two general objectives, each with a different scope, can be identified in the Strategic Framework: the EU's and its Member States' commitment to promote the universality of human rights and the EU's determination to promote human rights and democracy in its external action. As mentioned, there is a difference in the scope of these general objectives. The commitment to the promotion of human rights encompasses all spheres.¹⁷ Thus, within their own frontiers, the EU and its Member States are committed to be exemplary in ensuring respect for human rights, whilst outside those frontiers, the EU seeks to prevent violations of human rights throughout the world and, where violations occur, to ensure that victims have access to justice and redress. However, the promotion of “human rights and democracy” is limited to the EU external policies.

With the aim of promoting these general policy objectives, the universality of human rights and human rights and democracy in its external policy, the Strategic Framework highlights some areas of action which identify specific objectives and priorities:

1. Pursuing coherent objectives in the internal and external areas of the EU's action.
2. Promoting human rights in all EU external policies.
3. Implementing EU priorities on human rights.
4. Working with bilateral partners.
5. Working through multilateral institutions.
6. Working together within the EU, in particular, the European Parliament, the Council, the Member States, the European Commission and the European External Action Service (EEAS)

¹⁶ WETZEL, A. and ORBIE, J., “Promoting Embedded Democracy? Researching the Substance of EU Democracy Promotion” in *European Foreign Affairs Review*, no. 16, 2011, pp. 566-567.

¹⁷ Vid. Council of the European Union, op. cit., note 8, p. 4.

Under the area entitled “Implementing EU priorities on human rights” the Strategic Framework mentions themes and groups which are a priority for the EU. These can be used as a check-list to assess to which extent the EU human rights policy prioritises what should be prioritised according to human rights standards. The question is to what extent these priorities are addressed in the accompanying Action Plan that was adopted to put into action the Strategic Framework an Action Plan on Human Rights and Democracy until 31 December 2014¹⁸.

From the Action Plan the majority of actions and instruments that the EU uses to implement its human rights and democracy policy with third countries can be inferred: démarches and declarations, human rights dialogues and consultations with third countries, financing through instruments such as the EIDHR, campaigning at multilateral fora, bilateral and multilateral cooperation, supporting public education and awareness-raising campaigns, supporting the work of NGOs, human rights reporting by EU Head of Missions, encouraging States to ratify and comply with international legal instruments protecting human rights, promoting law and practices that protect human rights, training and technical exchanges, capacity building, use of restrictive measures, or political dialogue.

The comparison between the priorities adopted in the Strategic Framework and the ones selected in the Action Plan in Chart 2 below already highlights some inconsistencies. In this regard, the Action Plan refers only to freedom of expression online and offline while the Strategic Framework includes freedom of expression, opinion, assembly and association. The plan also limits the fight against discrimination to the protection of rights of the LGBT persons. Concerning vulnerable groups it does not establish actions regarding the protection of refugees and migrants. With regard to the priority themes of the Strategic Framework some are not identified in the plan (promotion of ESC rights, non-discriminatory access to basic services and engagement with civil society), even these themes are addressed under other areas of the Strategic Framework. Other consideration is to what extent those themes and groups that are not turned into actions under the Action Plan are real priorities for the EU's human rights and democracy policy and what factors explain this different treatment. This would require further research.

¹⁸ The EU Action Plan on Human Rights and Democracy brings together 97 actions under 36 headings, prepared on the basis of consultations by the European External Action Service, involving the European Commission and EU member states, which are jointly responsible for implementation. Informal consultations were held with MEPs and NGOs. Currently a new Action Plan is on-going, although it has not been approved at the time of this work. See, Council of the European Union, *op. cit.*, note 8, Annex III, p. 10.

Chart 2

Comparison of priority themes and groups selected

a) PRIORITY THEMES and GROUPS	
b) STRATEGIC FRAMEWORK	d) ACTION PLAN
c) Implementing EU priorities on HR	V. Implementing EU priorities on HR
e) Promote freedom of expression, opinion, assembly and association, both on-line and offline; democracy cannot exist without these rights.	f) <i>Outcome 24</i> : Freedom of expression on-line and offline. Actions 24 a), b), c), d).
g) Promote freedom of religion or belief.	h) <i>Outcome 23</i> : Freedom of religion or belief. Actions 23 a), b), c).
i) Fight discrimination in all its forms through combating discrimination on grounds of race, ethnicity, age, gender or sexual orientation.	j) <i>Outcome 22</i> : Enjoyment of human rights by LGBT persons. Actions 22 a), b).
k) Advocating for the rights of children, persons belonging to minorities, indigenous peoples, refugees, migrants and persons with disabilities.	l) <i>Outcome 19</i> : Promotion and protection of children's rights. Actions 19 a), b), c), d). m) <i>Outcome 28</i> : Promote the respect of the rights of persons belonging to minorities. Action 28. n) <i>Outcome 29</i> : A strengthened policy on indigenous issues. Action 29. o) <i>Outcome 30</i> : Enjoyment of human rights by persons with disabilities. Action 30 a), b).
p) Continue to campaign for the rights and empowerment of women in all contexts through fighting discriminatory legislation, gender-based violence and marginalisation.	q) <i>Outcome 20</i> : Protection of the rights of women, and protection against gender-based violence. Actions 20 a), b), c), d), e).
r) Intensify its efforts to promote economic, social and cultural rights.	
s) Strengthen its efforts to ensure universal and non-discriminatory access to basic services with a particular focus on poor and vulnerable groups.	
t) Encourage the implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights.	u) <i>Outcome 25</i> : Implementation of the UN Guiding Principles on Business and human rights. Actions 25 a), b), c).

v) Campaign against death penalty and torture.	w) <i>Outcome 16</i> : Abolition of the death penalty. Actions 16 a), b), c). x) <i>Outcome 17</i> : Eradication of torture and other cruel inhuman or degrading treatment or punishment. Actions 17 a), b), c).
y) Promote the right to a fair and impartial administration of justice is essential to safeguard human rights.	z) <i>Outcome 26</i> : Administration of justice. Actions 26 a), b).
aa) Promote observance of international humanitarian law (IHL).	bb) <i>Outcome 21</i> : Compliance with IHL. Actions 21 a), b), c), d).
cc) Fight against impunity for serious crimes of concern to the international community, including sexual violence committed in connection with armed conflict, and through its commitment to the ICC.	dd) <i>Outcome 27</i> : Responding to violations: ensuring accountability. Actions 27 a), b), c).
ee) Support for human rights defenders and step up its efforts against all forms of reprisals.	ff) <i>Outcome 18</i> : Effective support to human rights defenders. Actions 18 a), b), c).
gg) Effective engagement with civil society	

Source: Own elaboration.

IV. Human rights guidelines and human rights strategies for countries

The EU guidelines on human rights and the human rights country strategies play a central role in the formulation of EU policy on human rights and democracy in its external action. The policy guidelines adopted since 1998 by the Council cover human rights issues of particular importance to the Union. The guidelines address a specific theme and have to be followed in all the external relations of the EU. They are transversal, that is the guidelines have a general geographic scope. On the contrary the country human rights strategies refer to the key human rights priorities the EU has in one specific country for which different guidelines can provide the framework for action.

The EU guidelines are not legally binding but constitute a strong political expression of EU priorities on human rights and are practical tools to support EU representations in the field “better advance” human rights policy.¹⁹ They

¹⁹ Council of the European Union, “Guidelines. Human Rights and International Humanitarian Law”, European Communities, 2009, p. 3.

constitute a very pragmatic instrument, which provides the different EU actors with elements and operational tools to carry out actions in certain human rights key areas of concern.²⁰ They also provide officials and staff with practical guidance on how to contribute to preventing violations of human rights and how to analyse concrete cases and to react effectively when violations occur.²¹

There are guidelines adopted towards most of the priority areas identified in the Strategic Framework:²² freedom of expression online and offline; freedom of religion or belief; rights of lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) persons; death penalty; torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; rights of the children including in context of armed conflict; protection of women and girls against violence and discrimination; protection of human rights defenders; compliance with International Humanitarian Law (IHL). However, the EU has not adopted human rights guidelines for all the priority themes and groups set forth by the Strategic Framework and the Action Plan. In this regard, there are not guidelines for the implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, the right to a fair and impartial administration of justice or the fight against impunity.

According to the Strategic Framework, the EU has to place human rights at the centre of its relations with all third countries, including its strategic partners, and has to carefully design its policy on human rights, in particular, through the development of country human rights strategies.²³ These human rights strategies constitute, thus, a fundamental framework for the EU's political action and financial assistance to third countries in the field of human rights. They also contribute to the overall objective of ensuring that human rights are placed at the heart of EU external action in a practical and targeted manner.²⁴

The Joint Communication, explains the change in the approach of the EU's human rights strategy that led to the adoption of these strategies: although the human rights principles and objectives remain universal, "the immediate priorities, and therefore the route and timetables, can and must vary from country to country". Thus, a tailor-made approach that seeks to match objectives in a country with the realities on the ground can maximise

²⁰ Council of the European Union, "EU Annual Report on Human Rights 2008", 14146/2/08, 2008, p. 6.

²¹ Council of the European Union, "EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline", 2014, po. 2.

²² The updated version of the Human Rights Guidelines is available at http://eeas.europa.eu/human_rights/guidelines/index_en.htm.

²³ Vid. Council of the European Union, op. cit., note 8, p. 7.

²⁴ Ibid., p. 12.

the effects of the EU's policy towards the country concerned. This country-specific approach in the EU's democracy support action was also noted in the EU Agenda for action on Democracy Support in EU external relations. This stated that as democracy building processes take place in different contexts, including countries emerging from or threatened by conflict or in a situation of fragility, the EU's type and level of engagement and the instruments to be used have to be determined by the referred context, so that EU action should be based on a deep understanding of the local context.²⁵

The strategies were first launched in 2011 with the aim of obtaining a better and more comprehensive understanding of the key human rights challenges in partner countries; focusing EU action on key priorities in those countries in policy and financial assistance terms; facilitating the activities carried out by Member States and EU diplomatic missions in the field and contributing in a more comprehensive manner to the country and regional strategies.²⁶ They include an analysis of the human rights situations in the countries concerned and identify the country-specific priorities and objectives for the EU's action. These priorities and objectives can be integrated in all relevant EU external policies and so fit into the EU's overall political and economic relations with any given country.

The EU plans to adopt these strategies for all countries.²⁷ In this regard, in 2011 the EU launched strategies for 160 countries worldwide.²⁸ By the end of 2013, 123 human rights country strategies were endorsed by the EU.²⁹

V. EU instruments for human rights and democracy policy

The EU has developed specific instruments for the implementation of the human rights and democracy policy. But there are as well other instruments that are not specific to this policy although contribute to its implementation. These instruments are listed in Chart 3 which presents an overview of this wide set of instruments developed by the EU. As our focus is on the examination of the specific instruments they are not analysed here. Yet it is important to acknowledge that the promotion of human rights and

²⁵ Vid. European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, *op. cit.*, note 10, pp. 7-8.

²⁶ Council of the European Union, "Human Rights and Democracy in the world: report on EU action in 2011" 9238/12 [2012], 130. (Annual Report 2011).

²⁷ Vid. European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, *op. cit.*, note 10, p. 8.

²⁸ *Ibid.*, p. 13.

²⁹ Council of the EU, "EU Annual Report on Human Rights and Democracy in the World in 2013", 23 June 2014, (OR. en), 11107/14, p. 103.

democracy is not limited to some instruments and that it is also pursued by other means at the EU disposal. In this regard a broad understanding of the term “instrument” is used including instruments of traditional diplomacy and foreign policy (e.g. démarches and declarations, human rights dialogues and consultations, restrictive measures), political conditionality (e.g. human rights clauses in agreements with third countries), financial instruments and even actors (EU Special Representative for human rights, human rights and democracy focal points).

Along with this specific instrument, two thematic instruments and four geographic instruments also contribute to support activities in the field of human rights and democracy, although they were established to respond to other specific objectives. These instruments are:

- The Instrument contributing to Stability and Peace, designed to assist the EU in addressing global security and development challenges.³⁰
- The Instrument for Development Cooperation grounded on the European Consensus on Development which declares that the primary objective of EU development cooperation is the eradication of poverty in the context of sustainable development, including good governance, human rights and political, economic, social and environmental aspects.³¹
- The Instrument for pre-accession assistance (IPA II) that aims to support the enlargement policy of the EU and its basis are Art 49 of the TEU and the Copenhagen criteria, both of them requiring the candidate States to endorse, among others, the values of respect for human rights, democracy and the rule of law.³²
- The European Neighbourhood Instrument which is the financial instrument for direct support of the European Neighbourhood Policy (ENP) which aims to “offer European Neighbourhood countries a privileged relationship, building upon a mutual commitment to, and promotion of the values of democracy and human rights, the rule of law, good governance and the principles of a market economy and sustainable and inclusive development.”³³

³⁰ Regulation (EU) No 230/2014 of the European Parliament and of the Council establishing an Instrument contributing to stability and peace, OJ L77/1.

³¹ Regulation (EU) 233/2014 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2014 establishing a financing instrument for development cooperation for the period 2014-2020, OJ L378/41.

³² Regulation (EU) 231/2014 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2014 establishing an Instrument for Pre-accession Assistance (IPA II), OJ L77/11.

³³ Regulation (EU) 232/2014 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2014 establishing a European Neighbourhood Instrument, OJ L77/27.

- The European Development Fund which is the main instrument to provide development assistance to the African, Caribbean and Pacific (ACP) countries and the overseas countries and territories (OCTs) and it is founded on the principles of democracy, good governance and the rule of law.³⁴

Chart 3

Human rights and democracy instruments

Specific human rights and democracy instruments	Other instruments contributing to the promotion of human rights and democracy
<ol style="list-style-type: none"> 1. Financial instrument: European Instrument for Democracy and Human Rights. 2. Human rights clauses. 3. Election support. 4. Human rights and democracy focal points. 5. EU Special Representative for human rights. 6. Human rights dialogues and consultations. 7. European endowment for democracy. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Action in multilateral fora. 2. Bilateral political dialogue. 3. Démarches and declarations. 4. CFSP decisions. 5. Restrictive measures. 6. Thematic financial instruments: <ol style="list-style-type: none"> a) Instrument contributing to stability and peace b) Instrument for development cooperation - Thematic programme 'Civil Society organisations and local authorities in development'. 7. Geographic financial instruments: <ol style="list-style-type: none"> a) Instrument for Pre-accession assistance (IPA II). b) European Neighbourhood Instrument (ENI). c) European Development Fund (EDF). d) Development Cooperation Instrument (DCI) Geographic programmes (Common Areas of Cooperation) and Pan-African programme.

Source: Own elaboration.

³⁴ Partnership Agreement between the members of the African, Caribbean and Pacific Group of States of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, signed in Cotonou on 23 June 2000, revised in Luxembourg on 25 June 2005, revised in Ouagadougou on 22 June 2010, OJ L317, OJ L297, OJ L209, OJ L287, OJ L247, OJ L287.

VI. The European Instrument for Democracy and Human Rights (EIDHR)

The EIDHR is the main financial instrument created by the EU to support democracy and human rights worldwide. This instrument replaces and builds upon the European Initiative for Democracy and Human Rights, which was in force since 2000 to 2006.³⁵ In 2007 the initiative was granted the category of “instrument” which was the expression of a “significant change of emphasis” on this instrument.³⁶

The EIDHR pursues five specific objectives and priorities established by Regulation 235/2014:³⁷

1. Support to human rights defenders in situations where they are most at risk and where fundamental freedoms are most endangered. Thus human rights defenders deserve a special treatment above other priorities which are mentioned under the second objective.
2. Support to other priorities of the Union in the field of human rights where the EU has an added value or specific thematic commitment. Although Regulation 235/2014 was adopted after the Strategic Framework, it merely mentions under this objective some of the thematic priorities and vulnerable groups included in that document (i.e. fight against the death penalty, fight against torture, economic, social and cultural rights, fight against impunity, fight against discrimination, women's rights). In addition, Regulation 235/2014 gives here special attention to “emerging issues in the field of human rights” but does not define this concept nor gives any example of these issues.
3. Support to democracy, with a view to enhancing participatory and representative democracy, transparency and accountability.
4. Funding of election observations missions (EOMs) which are deemed as “flagship projects of the EU's external action”. In accordance with this view, up to 25% of the budget over the period

³⁵ Council Regulation (EC) 975/1999 laying down the requirements for the implementation of development cooperation operations which contribute to the general objective of developing and consolidation democracy and the rule of law and to that or respecting human rights and fundamental freedoms OJ L120/1, 1999, Art 2. (Regulation 975/1999).

³⁶ SIMMONS, P., “The State of the Art in the EU Democracy Promotion Literature” in *Journal of Contemporary European Research* no. 7, 2011, p. 130.

³⁷ Regulation of the European Parliament and the Council 235/2014 establishing a financing instrument for democracy and human rights worldwide, OJ L77/85, 2014. (Regulation 235/2014), Annex.

2014-2020 should be devoted to the funding of EU EOMs.³⁸ Thus the EIDHR constitutes the main source of funding for these missions.

5. Support to targeted key actors and processes, including international and regional human rights instruments and mechanisms such as human rights dialogues the International Criminal Court.

This instrument is currently governed by Regulation 235/2014 of the European Parliament and the Council which covers the period 2014-2020³⁹ with a total financial envelope of EUR 1,332,752,000.⁴⁰ Under this new Regulation, which replaces Regulation 1889/2006 (2007-2013), the EIDHR's budget has been increased with the aim to provide more support to civil society and increase the EU's capacity to react promptly to human rights emergencies.⁴¹ However, the EIDHR's financial envelope is really small in comparison with the budget allocated to other instruments such as the European Neighbourhood Instrument (ENI) (€15,432 mill) which funds projects in the EU's close neighbouring countries.⁴²

The new Regulation also includes certain amendments such as a stronger wording of the role of civil society, a major emphasis on each vulnerable group (national, ethnic, religious and linguistic minorities, women, lesbian, gay, bisexual, transgender and inter-sex persons (LGBTI), and indigenous peoples) and on the importance of economic and social rights. In addition, it includes ad hoc grants in order to respond in a more flexible manner to the most difficult countries and emergency situations where human rights are in greater danger.⁴³ In fact, one of the operating principles of the EIDHR is that it is "flexible, reactive and tailor-made", with the view to operate in the most difficult environments and situations, supporting human rights defenders at risk and non-registered NGOs.⁴⁴

One of the main features of the EIDHR is its strong focus on civil society organisations (CSOs) and local activities. Partnerships with civil

³⁸ Ibid. See also Commission, "Communication from the Commission on EU Election Assistance and Observation" COM(2000) 191 final, 4. (Communication on EU Election Assistance and Observation).

³⁹ Vid. Regulation of the European Parliament and the Council, op. cit., note 37.

⁴⁰ Vid. Regulation of the European Parliament and the Council, op. cit., note 37, arts. 10 and 12.

⁴¹ European Commission, "The Multiannual Financial Framework: The External Action Financing Instruments", MEMO/13/1134, p. 8.

⁴² SIMMONS, P., op. cit., note 36.

⁴³ Concept Note for Multiannual Indicative Programme EIDHR 2014-2020": <<http://www.eidhr.eu/files/dmfile/2013-12-02EIDHRdraftConceptNoteMIP.pdf>> (last accessed 20 June 2015)

⁴⁴ Ibid.

society actors, which are deemed “all types of social actions by individuals or groups that are independent from the state and whose activities help to promote human rights and democracy, including human rights defenders”,⁴⁵ are critical to this instrument. Thus, the assistance under this instrument is independent from the consent of third country governments and other public authorities. This makes possible the cooperation with civil society on sensitive human rights and democracy issues, including migrants’ enjoyment of human rights and the rights of asylum seekers and internally displaced persons, providing great flexibility and capacity to respond to changing circumstances, needs of beneficiaries or periods of crisis.⁴⁶ In connection with this, another operating principle of this instrument is its ability to “act in a confidential manner”, which is crucial for the protection of the activists involved in the projects.⁴⁷

This “grass-root” approach has been considered one of the most valuable attributes of the EIDHR due to its potential to strengthen the indigenous basis for democracy and human rights in third countries. However, the fact that this instrument funds hundreds of NGO’s small-scale projects has also been subject to critics. In this regard, one major critic is that the limited scope and political relevance of most projects makes the EU’s policy more symbolic than substantive and has not lead to broader human rights and democracy reforms.⁴⁸ Another critic regarding the eligibility criteria is that although the NGOs should have a central position in the delivery of this instrument, some authors consider that they have not always been able to play this role in the design of the thematic components of the EIDHR due to institutional resistance.⁴⁹ Finally, other principles regarding eligibility are the prohibition of direct funding of political parties⁵⁰ as well as the NGOs or opposition groups that directly confront third country’s governments. This explains why this instrument could not be used to promote democracy during the recent Arab Spring revolts.⁵¹

⁴⁵ Vid. Regulation of the European Parliament and the Council, op. cit., note 37, Preamble para 15.

⁴⁶ Vid. Regulation of the European Parliament and the Council, op. cit., note 37, Preamble para 16.

⁴⁷ Vid. Concept Note for Multiannual Indicative Programme, op. cit. note 43.

⁴⁸ KEUKELEIRE, S. and DELREUX, T., op. cit., note 4, p.137.

⁴⁹ KÁRNÍKOVÁ, A., “Do They Actually Matter? The Impact of NGOs on the European Instrument for Democracy and Human Rights (EIDHR)” in *Perspectives*, no. 20, 2012, p. 83.

⁵⁰ Vid. Concept Note for Multiannual Indicative Programme, op. cit. note 43.

⁵¹ KEUKELEIRE, S. and DELREUX, T., op. cit., note 4, p. 137. See also KOTZIAN, P., KNODT, M., and URDZE, S., “Instruments of the EU’s External Democracy Promotion” in *JCMS*, no. 49, 2011, p. 995.

In connection with its territorial scope, one of the key features of the implementation of the EIDHR is that it has worldwide coverage and can operate everywhere outside the EU.⁵² Thus the measures financed must be implemented in the territory of third countries or should be directly related to situations arising in third countries or to global or regional actions.⁵³ Priority is given to countries and urgent situations where human rights and fundamental freedoms are most at risk, such as where disrespect for those rights and freedoms is particularly pronounced and systematic, or where human rights organisations and defenders operate under the most difficult conditions.⁵⁴ However, another critic to this instrument is that the EU does not always follow clear criteria in the allocation of funds across countries so some countries do not receive funds while others receive substantial amounts; in particular, “focus countries”.⁵⁵ Another inconsistency highlighted in the literature is the gap between the institutional discourse and the practice which is more modest and shows a trend towards funding “politically less controversial human rights” in “comparatively easier countries”.⁵⁶

VII. Other specific human rights and democracy instruments

Besides the financial instruments, among the different EU instruments for the promotion of human rights and democracy there are three new instruments which should be distinguished: the human rights clauses in EU agreements, the EU Special Representative for Human Rights, the human rights dialogues and consultations and the election support.

1. Human rights clauses in EU agreements

These clauses were to be included from 1995 onwards in all of the EU's political framework agreements with third countries, including Association Agreements and Partnership and Cooperation Agreements⁵⁷ and are

⁵² Vid. Concept Note for Multiannual Indicative Programme, op. cit. note 43.

⁵³ Vid. Regulation of the European Parliament and the Council, op. cit., note 37, art. 2(3).

⁵⁴ Vid. Regulation of the European Parliament and the Council, op. cit., note 37, Preamble para 18 and art. 2(4).

⁵⁵ KOTZIAN, P., KNODT, M., and URDZE, S., op. cit., note 51, p. 995.

⁵⁶ BICCHI, F., “Democracy Assistance in the Mediterranean: An Overview” in *Mediterranean Politics*, no. 14, 2009, p. 61.

⁵⁷ Council of the European Union, “Human Rights and Democracy in the world: report on EU action in 2011” 9238/12, June 2012, pp. 20-21 (Annual Report 2011). Initially, human rights were not mentioned in the contractual relations with third countries or were only men-

considered the “basis for cooperation on human rights and for promotion of human rights in relation to the areas covered by these agreements”.⁵⁸ The Strategic Framework itself highlights that the EU has to make best use of the human rights clause in political framework agreements with third countries⁵⁹ and the expired Action Plan encouraged the EU to “develop criteria” for application of these clauses.⁶⁰

The clauses function also as the legal basis for taking measures in order to respond to violations of human rights by third countries. In this regard, these clauses state that human rights constitute an “essential element” of the agreement concerned. This provision is usually linked to an additional clause that provides for an immediate response if breaches of the agreement occur. The additional clause could take one of two forms. First, the non-execution clause (“Bulgarian clause”), which provides that either party of the agreement could take “appropriate measures” if one party considers the other party has failed to fulfil an obligation under the agreement, including the violation of the essential elements of that agreement.⁶¹ The “appropriate measures” could include the suspension of high level contacts or changes to cooperation programmes such as the postponement of new projects or the use of different channels of delivery,⁶² although priority should be given to those measures that least disturb the functioning of the agreement. Second, the suspension clause (“Baltic clause”), which authorises the parties to suspend the application of the whole or a part of the agreement in cases of serious breaches of essential provisions.⁶³

In its Communication on the EU's role in promoting human rights and democratisation in third countries, the Commission clarified that the inclusion of these clauses does not follow a negative or punitive approach. Their objective is to promote dialogue and positive measures such as joint support for democracy and human rights, the accession, ratification and implementation of international human rights instruments and the

tioned in the preamble of some agreements. The first reference in the body of a contractual document was in Art 5 of the fourth Lomé Convention with ACP countries signed in 1989. During the following years, this provision gradually began to appear in these agreements.

⁵⁸ Vid. European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, op. cit., note 10, p. 11.

⁵⁹ Vid. Council of the European Union, op. cit., note 8, p. 7.

⁶⁰ Vid. Council of the European Union, op. cit., note 8, Annex III, action 33(b).

⁶¹ The inventory of agreements containing the human rights clause and of the agreements containing a suspension-human rights clause are available at: <<http://ec.europa.eu/world/agreements/viewCollection.do>> (last accessed 20 June 2015).

⁶² Commission, “The European Union's role in promoting human rights and democratisation in third countries” (Communication from the Commission to the Council and the European Parliament) COM(2001) 252, p. 9.

⁶³ *Ibid.*, p. 3.

prevention of crises through the establishment of long-term relationships.⁶⁴ The literature also refers to them as a positive instrument due to its cooperative nature, that is, the EU is granting favours in several forms such as capacity building, development assistance or trade-related advantages. However, these “carrots” are conditional on the third country’s behaviour so the third country has to abide by the EU’s standards on human rights, democratic procedures, good governance and the rule of law and in case of misbehaviour the advantages can be suspended.⁶⁵

The Communication of the Commission on the “inclusion of respect for democratic principles and human rights in agreements between the Community and third countries” includes the standard wording for these clauses and a summary of measures that may be taken in response to serious human rights violations or serious interruptions of the democratic process.⁶⁶

Regarding Free Trade Agreements, these are linked through “passerelle” clauses to political framework agreements which include the human rights clause. However, if no Association or Framework Agreement exists, a separate human rights clause can be inserted in these agreements as has been the case with the FTAs signed with Colombia and Peru in 2012.⁶⁷

The use of these clauses by the EU has been considered a “way of backing the EU’s words with actions”.⁶⁸ However, its effectiveness has been contested and the interesting point to be analysed is whether the EU can impose them and the consequences of its infringement, on all States in the same manner.⁶⁹

2. *Human rights and democracy focal points across EU delegations worldwide*

The establishment of human rights focal points in all EU Delegations worldwide is one of the instruments contributing to the objective of promoting the universality of human rights set forth by the Strategic Framework. This document claims not only to intensify the promotion of

⁶⁴ Ibid., p. 9.

⁶⁵ KOTZIAN, P., KNODT, M., and URDZE, S., op. cit., note 51.

⁶⁶ Vid. Commission, op. cit., note 62, Annex 1 and 2.

⁶⁷ Council of the European Union, “EU Annual Report on Human Rights and Democracy in the World in 2012 (Thematic Reports)”, 9431/13, 13 May 2013, p.42. (Annual Report 2012), p. 59.

⁶⁸ SIMMONS, P., op. cit., note 36, p. 129.

⁶⁹ KOTZIAN, P., KNODT, M., and URDZE, S., op. cit., note 51. See also ZWAGEMAKERS, F., “The EU’s Conditionality Policy: A new Strategy to Achieve Compliance” in *IAI Working Papers*, no. 12(3), 2012.

the ratification and implementation of international human rights treaties, but also the building of a culture of human rights and democracy in the EU's external action. To this end, one of the actions foreseen by the extinct Action Plan is to complete a network of focal points on human rights and democracy in all EU Delegations and CSDP missions and operations.⁷⁰

At present, there are 139 EU delegations and offices around the world⁷¹ which represent the EU in the host countries and are under the authority of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy.⁷² All of these EU delegations and offices have one or two focal points for democracy and human rights dealing with these matters.⁷³ These focal points play an important role in the coordination of the local implementation of human rights country strategies. Moreover, they provide headquarters with expertise on local developments, address individual cases, deliver démarches and conduct outreach on EU priorities at the UNGA and the Human Rights Council.⁷⁴ They are also involved in the launching of calls and selection of proposals for funding under the EIDHR. Finally, it is worth noting the role of the focal points in order to support the work of the human rights defenders worldwide. In this regard, by the end of 2013 liaison officers for human rights defenders were nominated in most delegations.⁷⁵

3. *EU Special Representative for Human Rights*

The European Union Special Representative (EUSR) for Human Rights, Mr Stavros Lambrinidis, was appointed in July 2012 by Council Decision 2012/400/CFSP⁷⁶. He is the first ever thematic EUSR, which reflects the EU's strong commitment to advocate for human rights worldwide. The appointment of a EUSR for Human Rights was foreseen by the Council

⁷⁰ Vid. Council of the European Union, op. cit., note 8, Annex III, action 5(b).

⁷¹ The updated information on the existing delegations is available at <http://www.eeas.europa.eu/delegations/index_en.htm> (last accessed 20 June 2015).

⁷² Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 26 October 2012, OJ C 326/49, art. 221. (TFUE).

⁷³ Information available at <<http://www.eidhr.eu/focal-points#>> (last accessed 20 June 2015).

⁷⁴ Vid. Council of the European Union, op. cit., note 67.

⁷⁵ Council of the European Union, "EU Annual Report on Human Rights and Democracy in the World in 2013" (Annual Report 2013), 11107/14, 23 June 2014, p. 37.

⁷⁶ Council Decision 2012/440/CFSP of 25 July 2012 appointing the European Union Special Representative for Human Rights, OJ L200/21, 2012, (Council decision 2012/440/CFSP).

Conclusions on Human Rights and Democracy adopted with the Strategic Framework and the Action Plan, with the purpose of enhancing the effectiveness and visibility of the EU's human rights policy.⁷⁷

The mandate of the EUSR for Human Rights is based on the policy objectives set out in the TEU, the Charter of Fundamental Rights, the Strategic Framework and the Action Plan, that is: enhancing the EU's effectiveness, presence and visibility in protecting and promoting human rights; enhancing the EU's contribution to the strengthening of democracy and institution building, the rule of law, good governance, respect for human rights and fundamental freedoms worldwide; and improving the coherence of EU action on human rights and the integration of human rights in all areas of the EU's external action.⁷⁸

One year after his appointment, the Council remarked on his important role in improving the coherence of the EU's action on human rights and expressed its full political support for his work.⁷⁹ In addition, in February 2015 the Council confirmed the appointment of Mr. Stavros Lambrinidis as EUSR for Human Rights and extended his mandate until the end of February 2017.⁸⁰

4. *Human rights dialogues and consultations*

Human rights dialogues are also used by the EU in order to implement its human rights policy towards third countries. In its Communication on the EU's role in promoting human rights and democratisation in third countries, the Commission defined this instrument as the "most effective approach to achieve changes in the promotion of human rights".⁸¹ However, in view of the increasing use of this instrument during the recent years, the discussion now is, precisely, how to make them more effective.⁸² In this regard, the Strategic Framework on Human Rights and Democracy states that the EU will continue to deepen its human rights dialogues and consultations with partner countries and "will aim to ensure that these dialogues lead to

⁷⁷ Vid. Council of the European Union, *op. cit.*, note 8, para 2.

⁷⁸ Vid. Council Decision, *op. cit.*, note 76, art. 2.

⁷⁹ Council of the European Union, "Conclusions on the first anniversary of the EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy and the appointment of the EUSR for Human Rights", 12559/13, 2013, para 4.

⁸⁰ Council Decision (CFSP) 2015/260, of 17 February 2015, extending the mandate of the European Union Special Representative for Human Rights, L 43/29.

⁸¹ Vid. Commission, *op. cit.*, note 62, p. 8.

⁸² *Ibid.*, 22.

results”.⁸³ In the same line, the Joint Communication remarks that these dialogues should be firmly embedded in the “wider fabric of the EU’s relations with a given country”. Thus, the EU should ensure a closer link of this instrument with other policy instruments and establish its priorities, objectives and benchmarks in order to allow their review in conjunction with the human rights country strategies.⁸⁴

The principles and objectives of the human rights dialogues are governed by the Guidelines on human rights dialogues with third countries⁸⁵. According to these guidelines, there are four different types of dialogues:⁸⁶

- Dialogues or discussions of a general nature, based on regional or bilateral treaties, agreements or conventions or strategic partnerships dealing systematically with the issue of human rights.⁸⁷
- Dialogues focusing exclusively on human rights that are usually structured dialogues held at the level of human rights experts, although they could also be held at the level of Head of Missions.
- Ad hoc dialogues extending to CFSP-related topics such as that of human rights.
- Dialogues in the context of special relations with third countries, on the basis of converging views, with the aim of discussing issues of common interest and cooperate in the framework of multilateral human rights bodies.

The objectives of human rights dialogues are defined on a case-by-case basis depending on the country concerned, among them, discussing issues of mutual interest and enhancing cooperation in multilateral fora; registering the concern of the EU at the human rights situation in the country; information gathering; or supporting the improvement of the human rights situation in that country.⁸⁸

⁸³ Vid. Council of the European Union, *op. cit.*, note 8, p. 7.

⁸⁴ Vid. Council of the European Union, *op. cit.*, note 10, p. 16.

⁸⁵ Council of the European Union, “EU guidelines on human rights dialogues with third countries – Update”, 2009, <http://www.eeas.europa.eu/human_rights/guidelines/index_en.htm>: (last retrieval 10 June 2014). These guidelines were initially adopted in 2001 and updated in 2009. (EU guidelines on human rights dialogues with third countries).

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 2-5.

⁸⁷ Among this type of dialogue, the Guidelines include: relations with candidate countries, the Cotonou Agreement with the ACP States, relations between the EU and Latin America, the Barcelona process, the neighbourhood policy, political dialogue with Asian countries in the context of ASEAN and ASEM and relations with the Western Balkans, and bilateral relations in the framework of association and cooperation agreements.

⁸⁸ Vid. Council of the European Union, *op. cit.*, note 85, pp. 5-6.

The issues covered in human rights dialogues are also specified on a case-by-case basis. However, the EU should pay special attention to its own priorities on human rights. The dialogues established to promote human rights cooperation with third countries could also aim at preparing the work of the Human Rights Council or the Third Committee of the UN General Assembly. The dialogues are reciprocal which means that the third country could also raise questions of the human rights situation in the EU, which is usually the case.⁸⁹

5. *Election support*

The EU is one of the leading global actors in supporting elections worldwide through EU Election Observation Missions (EOMs), Electoral Expert Missions (EEMs), electoral assistance, and support for domestic non-partisan observers. As stated by the Joint Communication, elections play a vital role for a wide range of human rights, such as freedom of expression, assembly and association.⁹⁰ The EU's commitment towards election support was subsequently reaffirmed in the Strategic Framework, which expressly stated that “the EU will strengthen its work with partners worldwide to support democracy, notably the development of genuine and credible electoral processes and representative and transparent democratic institutions at the service of the citizen”.⁹¹

The 2000 Commission Communication on Election Assistance and Observation establishes the key principles that guide the EU's action in this field. It expressly acknowledges that although elections do not equate to democracy, they are an “essential step in the democratisation process and an important element in the full enjoyment of a wide range of human rights”. This Communication qualifies elections as human rights events, because they give voice to the political will of the people and because, to be free and fair, they must be conducted in an atmosphere that respects human rights.⁹² The adoption of this Communication followed the entry into force of Regulations 975/99⁹³ and 976/99⁹⁴, which constituted a major

⁸⁹ *Ibid.*, p. 6.

⁹⁰ *Vid.* European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, *op. cit.*, note 10, p. 10.

⁹¹ *Vid.* Council of the European Union, *op. cit.*, note 8, p. 5.

⁹² *Vid.* Commission, *op. cit.*, note 40.

⁹³ *Ibid.*, p. 27.

⁹⁴ Council Regulation (EC) No 976/1999 laying down the requirements for the implementation of Community operations, other than those of development cooperation, which, within the framework of Community cooperation policy, contribute to the general objec-

step in the EU's change of approach towards electoral support. This change of approach implied that the initial enthusiastic EU support for specific electoral processes turned, by the end of the 90s, to a more reasoned and restrained approach based on a deeper analysis of the impacts of the EU's electoral support in many post-conflict countries and emerging and transitional democracies.⁹⁵

This Communication, distinguishes the two components of the EU's electoral support, assistance and observation, and establishes their complementarity in the electoral process. Election assistance is defined as the "technical or material support given to the electoral process". It could consist of professional help to establish a legal framework for the elections, providing voting material and equipment, helping in the registration of political parties and registration of voters, supporting NGOs and civil society, or the training of local observers or supporting the media. The EU is a leading actor in this area and one of the international key donors in many partner countries. EC Methodological Guide on Election Assistance provides the overview of the role of the EU in this field⁹⁶ and envisages the new approach to electoral assistance. This new approach places the emphasis on the operational complexities and the periodicity of the electoral processes. According to this, the support activities should ensure the strengthening of capacity and the transfer of appropriate skills and technology to the local institutions and organisations. Thus, the interventions are programmed some years in advance of the electoral date and should also provide support after the elections.

On the other hand, election observation is defined as "the purposeful gathering of information regarding an electoral process, and the making of informed judgements on the conduct of such a process on the basis of the information collected, by persons who are not inherently authorised to intervene in the process". Thus, election observation is the political complement to election assistance and is also part of it.⁹⁷ The EU observed the first multi-party parliamentary election in Russia in 1993⁹⁸ and since then, has deployed more than 110 observation missions in partner countries in Africa, Latin America, Asia and the Middle East. EU EOMs are only

tive of developing and consolidating democracy and the rule of law and to that of respecting human rights and fundamental freedoms in third countries, OJ L120/8, 1999. (Regulation 976/1999).

⁹⁵ European Commission, "EC Methodological Guide on Electoral Assistance" (European Communities, 2006): <http://eeas.europa.eu/eueom/key_publications_en.htm>; (last retrieved 23 July 2014), p. 15 (EC Methodological Guide on Electoral Assistance).

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Vid. Commission, *op. cit.*, note 38, p. 4.

⁹⁸ Ibid., 25.

deployed to countries where certain legal and political preconditions for observation are met,⁹⁹ in particular, the precondition that franchise is genuinely universal; political parties and individual candidates are able to enjoy their legitimate right to take part in the election; there is freedom of expression allowing possible criticism of the incumbent government and the right to free movement and assembly; and all contesting parties and candidates have reasonable access to the media. An invitation to observe, received from the state and/or electoral authorities, is also required.¹⁰⁰

Notwithstanding the EU's efforts for devising an approach that takes into account the full electoral process instead of focusing on merely ad hoc electoral support on the election day,¹⁰¹ some authors criticise the EU's belief that elections are a "quick fix" because they involve a quite rapid and not very expensive procedure that is quantified easily while other wider reforms affecting the legislative and executive powers are ignored.¹⁰²

VIII. Conclusions

The EU has developed in the last years an impressive framework for human rights and democracy support which sets out clear principles, objectives and priorities which should guide the EU's action in this field. The EU Strategic Framework for human rights and democracy and its Action Plan, adopted in June 2012, outlined the determination of the European Union to better integrate human rights in all areas of its external policies. This new tool lead to the adoption of various instruments and strategies to give this important policy substance.

The EU Strategic Framework and Action Plan has been a valuable instrument. It established a framework and commitments in concrete actions which offered mean to measure the EU's ambitions. However there are inconsistencies that should be underlined. The boundaries and interactions between the concepts of human rights and democracy are not so clear. The EU establishes a functional and necessary link between these

⁹⁹ Vid. Commission, op. cit., note 38, Annex III: Council Decision 9262/98-PESC 157-COHOM 6, Guidelines – EU policy on electoral observation, p. 35.

¹⁰⁰ European Commission, *Handbook for EU Election Observation*, (2nd ed, European Commission, 2008).

¹⁰¹ Council of the EU, "Council Conclusions on Democracy Support in the EU's External Relations – Towards Increased Coherence and Effectiveness" 16081/09 [2009], Annex: EU Agenda for Action on Democracy Support in EU External Relations, p. 7.

¹⁰² WETZEL, A. and ORBIE, J., op. cit., note 12, pp. 570-571.

concepts.¹⁰³ These notions are frequently used interchangeably across the documents, including the Strategic Framework, but democracy cannot be integrated automatically within the protection and promotion of human rights without any consideration. Although in this article we have not dealt with the theoretical and conceptual discussion underpinning this policy, it is important to notice that these concepts have a complex relation to each other, both historically and theoretically, which is not addressed by the EU.¹⁰⁴ There is as a result a measured indeterminacy of expressions such as human rights, democracy and the rule of law. These affect coherence in the ways that the relation between these concepts is established in setting the agenda and through prioritisation (of themes or groups). One example is the case of economic, social and cultural rights.

The EU consistently emphasises the need to promote the indivisibility of human rights and the need to protect and promote both civil and political rights and economic, social and cultural rights (ECSRs). In this regard, the Strategic Framework declares that “the EU reaffirms its commitment to the promotion and protection of all human rights, whether civil and political, or economic, social and cultural”. However, civil and political rights have been prioritised over ECSRs. The formulation of the EU’s objectives and actions in this field display a high degree of generality that could hamper its implementation: the Strategic Framework refers to “Intensify its efforts to promote ECSRs” and “Strengthen its efforts to ensure universal and non-discriminatory access to basic services with a particular focus on poor and vulnerable groups”; and the Action Plan to “Contribute to shaping the agenda on ECSRs with specific focus on the UN Human Rights Council and in close cooperation with UN Special Rapporteurs” (action 9.a) and “Address specific questions related to ECSRs in dialogues with third countries” (action 9.b). These are general statements that do not concretise any specific measures or actions.

In addition, the identification of certain themes as human rights priorities has been usually accompanied by the approval of guidelines providing legal and operational guidance to facilitate the implementation

¹⁰³ The scholarship has talked of a “triangular relationship”, CARRERA, S., GUILD, E. and HERNANZ, N., “The triangular Relationship between Fundamental Rights, Democracy and Rule of Law in the EU – Towards an EU Copenhagen Mechanism,” *Study for the European Parliament*, PE 493.031, 2013, <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/493031/IPOL-LIBE_ET\(2013\)493031_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/493031/IPOL-LIBE_ET(2013)493031_EN.pdf)>

¹⁰⁴ Historical and theoretical complexities in this triple relationship have been the subject of much literature. See, for example HABERMAS, J., “On the internal relation between the rule of law and democracy”, *European Journal of Philosophy*, n.º 3/1, 1995, pp. 12-20; DAVENPORT, C., “Human Rights and the democratic proposition”, *The Journal of conflict resolution*, n.º 43/1, 1999, pp. 92-116; Tony Evans, “If democracy, then human rights?”, *Third World Quarterly*, n.º 22/4, 2001, pp. 623-642.

of the priorities in the EU's relations with third countries. However, this has not been the case regarding some priority themes which do not have guidelines: ECSRs, Implementation of the UN Guiding Principles on business and human rights, freedom of assembly and association, administration of justice. This fact shows the differences in the EU policy developments between the different thematic priorities.

The current EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy does not sufficiently reflect the very comprehensive and useful considerations of the 2009 Council Conclusions on Democracy Support in the EU's External Relations and in particular does not give sufficient space to outcomes related to democracy. Instead, the Framework clearly puts the focus on human rights (in the legal sense rather than a practice that ensures democratic participation), which can be seen in the number of stated planned outcomes. Issues such as Freedom of Association and Assembly, Freedom of Expression, the rights of minorities or women's rights and their participation in the political process are essential areas linked to democratic governance which should be underlined. However freedom of assembly and association, although it has been a long-established objective of the EU's human rights policies is one of the priorities that it is "forgotten" in the action plan.

The absence of specific mention of gender equality in the action plan and a reference to EU policy in this field is difficult to understand when equality between women and men is one of the EU's founding values and a fundamental principle and an objective of EU law. This might be reflected at policy level in two distinct ways. On the one hand, gender is an intersectional factor that interacts with other issues (ethnic origin, immigrant status, etc.) in shaping "vulnerable groups". On the other hand, gender should be mainstreamed in all public policies of the EU (this is a general policy tool, not related to vulnerable groups). The Action Plan even considerably reduces the scope of gender equality if it were to be understood as meaning that women are a "vulnerable group".

Another inexplicably absence from a human rights perspective, is the protection of refugees and migrants. They are not a priority, neither the subject of specific guidelines.

However the forced migration crisis worldwide makes it a priority of action. The trend in the number of migrants coming to Europe continues to increase and reaches far beyond refugees and asylum seeker numbers. In particular the case of migrants lost at sea in the Mediterranean and the EU treatment of this case considered by human rights organisations as inhumane creates a need for human rights protection. As a paramount principle, the safety, protection needs, and human rights of all migrants and refugees should be at the forefront of the EU response.

Finally, there is much confusion regarding what the EU would like to export with its human rights and democracy policy. In particular, the “substance” of the democracy promotion that underpin the EU’s activities in this field is unclear and seems to be dominated by electoral support measures while not considering wider reforms that would have greater impact on the human rights situation in the countries concerned.

While this article was going to be submitted, the European Commission and the HP/VP issued a Joint Communication to contribute to the elaboration of a new Plan on Human Rights and Democracy for the period 2015-2019 (the “new Action Plan”). This Communication is entitled “Keeping human rights at the heart of EU agenda”. The proposed Action Plan aims at addressing key areas of human rights policy and focuses on priorities where enhanced commitment is required, capitalising on the achievements of the previous Action Plan (2012-2014). It reinforces the Strategic Framework, with its priorities and guiding principles as the overall framework for the Union’s action. If a new or revised Strategic framework is not foreseen, it should be envisaged that the Human Rights and Democracy are systematically mentioned together in the EU country strategy reports, the statements by the EU Special Representative, dialogues with third countries etc.

The new proposed plan identifies five strategic areas of action with the idea of not pretending to cover all aspects but rather to focus on priorities that need “additional political momentum and enhanced commitment.”¹⁰⁵ As an example current priorities mentioned are: democracy support, Economic, Social and Cultural rights, addressing violation of human rights and international humanitarian law in crises and conflicts; fighting discrimination, particularly against women, children, persons with disabilities and LGBTI but also against members of religious minorities; fighting torture and ill-treatment and for increasing the coherence of EU policies from a Human Rights point of view. The latter shows the intention to address some of the shortcomings of the 2012-2014 Action Plan. This new approach can give the opportunity to pay particular attention to specific goals, commitments and tools that are mentioned in the Strategic Framework but have not been pursued consistently.

¹⁰⁵ European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, “Joint Communication to the European Parliament and the Council. Action Plan on Human Rights and Democracy (2015-2019). Keeping human rights at the heart of the EU agenda.”, JOIN (2015) 16 final, p. 5.

**The Applicability of Human Rights Instruments
to European Union's CSDP Operations:
Framing the Challenges*, ****

*La aplicabilidad de los instrumentos de Derechos Humanos
a las operaciones de gestión de crisis de la PESC:
delimitando los retos*

Carmen Márquez Carrasco
Professor of Public International Law and International Relations,
University of Seville

Sumario: I. Introduction.—II. The EU legal and policy framework on the promotion and respect for human rights in EU missions. 1. Human Rights as a foreign policy goal of the European Union 2. Promotion of human rights under the progressive framing of Common Security and Defence Policy.—III. Applicability of human rights and humanitarian law instruments to CSDP missions and operations. 1. Applicability of International Human Rights Law. 2. Applicability of International Humanitarian Law. 3. Challenges in the enforcement of applicable human rights and humanitarian instruments.—IV. The integration of human rights components in CSDP missions and operations. 1. Decision-making and planning documents. 2. Deploying Missions. 3. Accountability for human rights violations in CSDP missions.—V. Conclusions.

Abstract: With the adoption of the Treaty of Lisbon, the mainstreaming of human rights reached a new dimension in EU external action. The promotion and protection of human rights through the European Union Crisis Management Operations present important operational difficulties that could undermine EU credibility and its mission's effectiveness. This article seeks to frame the challenges that arise in legal and practical terms from the applicable human rights and humanitarian law to EU crisis management missions.

* Recibido el 20 de mayo de 2015, aceptado el 15 de junio de 2015.

** The research leading to these results has received funding from the European Commission's Seventh Framework Program (FP7/2007-2013) under the Grant Agreement FRAME 'Fostering Human Rights Among European (External and Internal) Policies' (project n.º 320000).

The author is grateful for the research assistance provided to this paper by Laura García and Rocío Alamillos.

Keywords: EU, CSDP, Crisis Management Operations, applicability of human rights, international humanitarian law.

Resumen: *Con la aprobación del Tratado de Lisboa, la integración de los derechos humanos ha alcanzado una nueva dimensión en la acción exterior de la UE. La promoción y protección de los derechos humanos a través de las Operaciones de Gestión de Crisis presenta importantes dificultades operacionales que podrían debilitar la credibilidad de la UE y la efectividad de las misiones. Este artículo pretende enmarcar los retos que surgen en términos legales y prácticos respecto de la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derechos Internacional Humanitario a las Operaciones de Gestión de Crisis de la UE.*

Palabras clave: *UE, PCSD, Operaciones de Gestión de Crisis, aplicación de los derechos humanos. Derecho internacional humanitario.*

I. Introduction

The mainstreaming of human rights in the European Union (EU) external policies has added a new dimension to the promotion and protection of human rights by the EU, which has been evidenced by an expansion of EU instruments and tools where human rights have become a major cross-cutting factor. Nonetheless, the evolution of EU human rights internal and external action has not reached the level of an EU autonomous and separately institutionalized human rights policy. The most recent “mainstreaming” general documents, the EU *Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy*,¹ do themselves draw on pre-existing policies, seeking to coherently organize their human rights components².

¹ The *Strategic Framework on Human Rights and Democracy* establishes the principles, objectives and priorities that must guide EU's action. Among its general objectives, two of them could be highlighted: the EU's and its Member States' commitment to promote the universality of human rights and the EU's determination to promote human rights and democracy in its external action. In addition, the *Strategic Framework* highlights some areas of action related to CSDP. See Council of the European Union, *Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy*, 11855/12 (2012), at https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/foraff/131181.pdf (accessed on 10 November 2014), p. 2, 7, 12, 16.

² In any event it is remarkable that the EU has developed a diversity of instruments (the so-called toolkit) in order to contribute to the specific objective of the promotion of human right and democracy worldwide, such as in particular, the EIDHR, the human rights clauses, the human rights focal points in EU Delegations, the EUSR for Human Rights, and the human rights dialogues and consultations. Moreover, the EU uses other traditional instruments of its CFSP to promote human rights and democracy in its relations with third countries. These instruments respond to the EU's objective of mainstreaming human rights and democracy in all its policies and actions toward third countries. Among them, it can be highlighted the EU's

Much of the referred expansion has had to do with security policy, which grew as the EU assumed ever increasing responsibilities throughout the world³. In the context of the international security agenda, formulated at the end of the Cold War, where the security-human rights-nexus featured prominently (later theorised by the doctrine of human security), it was aimed at giving response to the challenges of the “new wars” that characterised the post-Cold War period. Mr. Javier Solana, the first High Representative for Common Foreign and Security Policy, was instrumental in the adoption of the European Security Strategy (2003) by the European Council⁴ which prominently featured human rights — though not explicitly using this term — in the framework of its aims, linking them with international stability.

Since then, the EU security policy has experienced considerable expansion, marked by the development of an operational capability that has enabled it to deploy military and civilian crisis management missions in third countries, in pursuit of EU foreign and security policy. As a result of this development, the EU has launched 34 operations and missions since 2003 that are characterised by their diversity in nature and scope: from large-scale military and civilian deployments to more modest security sector and monitoring missions, where human rights and fundamental freedoms play a prominent role⁵.

action in multilateral fora, bilateral political dialogues, demarches and declarations, election support, CFSP decisions, restrictive measures and, finally, thematic and geographic financial programmes. For an extensive analysis of priorities identified by the Strategic Framework/Action Plan, see: CHURRUCA MUGURUZA, C., GÓMEZ ISA, F., GARCÍA SAN JOSÉ, D., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., MÁRQUEZ CARRASCO, C., MUÑOZ NOGAL, E., NAGORE CASAS, M. and TIMMER, A., “Report mapping legal and policy instruments of the EU for human rights and democracy support”, FRAME Deliverable 12.1 <<http://www.fp7-frame.eu/wp-content/materiale/reports/05-Deliverable-12.1.pdf>> (accessed on 5 May 2015).

³ For instance, deploying the EU first operations in Western Balkans and Congo.

⁴ The European Security Strategy, “A Secure Europe in a Better World”, 2003. It is Available at: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/78367.pdf>.

In 2008, the Council adopted the Report on the implementation of the European Security Strategy: Providing Security in a Changing World <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/reports/104630.pdf> (accessed on 5 May 2015).

⁵ To date, the EU and CSDP has successfully launched 34 operations and missions: seven military operations (*Concordia*, *Althea*, *Artemis*, *EUFOR DR Congo*, *EUFOR Tchad/RCA*, *Atalanta*, *EUFOR RCA*), twelve assistance/supporting missions (*EUSEC DR Congo*, *EU support to AMIS Darfur*, *EUSR BST Georgia*, *EUPAT JYROM*, *EUPT Kosovo*, *EUSSR Guinea-Bissau*, *EUNAVCO*, *EUCAP Sahel Niger*, *EUCAP NESTOR Horn of Africa*, *EUAVSEC South Sudan*) including the two most recent (*EUCAP Sahel Mali* and *EUAM Ukraine*), six police operations (*EUPM*, *Proxima*, *EUPOL Kinshasa*, *EUPOL COPPS*, *EUPOL DRC*, *EUPOL Afghanistan*), three rule of law missions (*EUJUST THEMIS*, *EUJUST LEX*, *EULEX Kosovo*), three border missions (*EUBAM Rafah*, *EUBAM Ukraine/Moldova*, *EUBAM Libya*), and two monitoring missions (*AMM* and *EUMM Georgia*). See at <http://www.csdpmap.eu/mission-chart>.

Under EU law, the founding Treaties lead the Union to respect human rights whenever it acts on the international scene, including in the field of crisis management. At the international level, the promotion of human rights is one of the main foreign policy objectives of the EU's external action. As it has been noted, the EU has thus a dual commitment to respect and to promote human rights⁶. In practice, the implementation of this dual commitment to ensure respect for and to promote human rights, encounters certain difficulties which have been the subject of recent studies⁷. One of those problems, which is the focus of this article, refers to the uncertainty surrounding the legal effect and applicability of the relevant human rights and humanitarian law instruments. The fact that is that the applicability of international human rights and humanitarian law instruments to the EU CSDP operations is problematic because the EU, unlike Member States, is not a party to those instruments.

Thus, the present article seeks to frame the challenges that arise in legal and practical terms, from the applicable human rights and humanitarian law in EU crisis management missions. Among the many problems raised by the implementation of mainstreaming human rights into CSDP operations, this paper will examine the applicability of human rights instruments to CSDP missions, and will identify the human rights obligations of the EU. The possible accountability of the EU for human rights violations conducted by personnel in an EU-led crisis management mission will be assessed, by analysing judicial decisions of the European Court of Human Rights. The paper will also provide an overview of the progress that has already been made in the mainstreaming of human rights as one of the best means to avoid the accountability of the EU for human rights violations.

If the EU does not live up to its own proclaimed standards of human rights protection, it would not only jeopardise the success of its missions. but it would also weaken its credibility as an international security actor, resulting in the potential of losing its international legitimacy in the long-run.

⁶ This statement is supported by SARI, A. and WESSEL, R.A, *Human Rights in EU Crisis Management Operations: A duty to respect and protect?*, Cleer Working Papers 2012/6. p. 8. See at <http://www.asser.nl/media/1635/cleer-working-paper.pdf> (accessed on 5 April 2015). Notwithstanding, other authors such as Lorand Bartels consider that according to the TEU, the EU has the obligation to respect human rights in its external action, but not the obligation to protect and fulfill. See BARTELS, L., *The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects*, *The European Journal of International Law*, Vol. 25, No. 4, 2014., p.1075, at <http://ejil.oxfordjournals.org/content/25/4/1071.full.pdf+html> (accessed on 10 April 2015).

⁷ *Ibid.* p. 9.

policy. With the adoption of the Treaty of Lisbon, the EU has filled this gap to some extent, since references to respect for human rights have been included in different articles, constituting a source of obligation for the EU. These new provisions have also opened the path towards better judicial protection of individuals against breaches committed within the EU framework, as Article 6 establishes the duty of the EU to accede to the ECHR¹⁰.

In accordance with the current EU legal framework, both human rights and foreign policy have solid basis in the primary legal sources, most importantly in the TEU.

References to human rights in the TEU start in the Preamble, supporting the adherence of the EU to human rights, and continue in Article 2, where human rights are considered one of the values on which the EU is founded. Article 3(5) of the EU Treaty now states that in its relations with the wider world, the Union shall contribute to “the protection of human rights... as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter”. Hence, “the references to human rights in the TEU constitute a source of obligation for the EU grounded in its own rules”¹¹. Additionally, Article 6 TEU confirms the sources for human rights protection identified by the ECJ and brings new obligations to the EU

“The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties”.

The general human rights clauses (Articles 2, 3 and 6 of the TEU) have been conceived to increase the effectiveness of the EU human rights foreign policy. The Treaties confirm specifically that human rights are part of the Common Foreign and Security Policy (CFSP) framework, as set out in Article 21 (1) subparagraph 1 of the TEU:

¹⁰ Accession of the EU to the ECHR seems to be further that anticipated in light of the CJEU's Opinion 2/13 issued on 18 December 2014. The CJEU held that the Draft Agreement on the Accession of the EU to the ECHR has so many shortcomings that cannot be considered compatible with EU law. See at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=480235>. See also the commentary by BUYSE, A., “CJEU Rules: Draft Agreement on EU Accession to ECHR Incompatible with EU Law” at <http://www.fp7-frame.eu/cjeu-rules-draft-agreement-on-eu-accession-to-echr-incompatible-with-eu-law/> (accessed on 10 April 2015).

¹¹ FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “International Responsibility of the European Union for the Activities of its Military Operations. The issue of effective control”, *Spanish Yearbook International Law*, n.º 33, 2013-2014, p. 34.

“The Union’s action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law”.

Under this provision, the universality and indivisibility of human rights are upgraded to guiding principles of the EU’s external action. From the mentioned legal bases (Art. 2, 3, 6, 21 (1)) it is possible to infer that human rights shall be respected in EU operations abroad¹².

The Treaty also encourages the EU to “build partnerships with third countries, regions or global organizations which share” those principles, thus tacitly denying full legitimacy to enter into negotiations of any kind —this provision applies to all wings of its external policy— with countries openly acting against such principles. The Lisbon reform has provided the European Court of Justice (ECJ) with jurisdiction over the general provisions on external action, but not specifically over the CFSP (Article 24(1) subparagraph 2).

Additionally, Article 21(2)(b) locates the consolidation and support of human rights and the principles of international law among the goals which the common policies and actions must pursue ‘in all fields of international relations’. The Treaty also stresses that human rights promotion should happen through a high level of international cooperation (TEU Art. 21(2)). This obligation applies to areas specifically mentioned in the Treaty on the Functioning of the European Union, like foreign commercial policy, development, financial and technical cooperation and humanitarian aid.

As noted, “the inclusion of human rights concerns has a double effect: all EU policies, including foreign policy, is subject to human rights standards, thus enshrining respect for human rights as a limit; and human rights promotion, on the international level, is an important goal of foreign policy”¹³.

The referred provisions have been reinforced by the policy commitments expressed in the Strategic Framework on Human Rights and Democ-

¹² Ibid. p.34. In this respect, Bartels insists that the Treaty does not include, strictly speaking, the principle of respect for human rights itself. See BARTELS, L., *op. cit.* p.1074.

¹³ See FRACZEK, S., HUSZKA, B., HÜTTNER, C., KÖRTVÉLYESI, Z., MAJTÉNYI, B., ROMSICS, G., “Report on mapping, analysing, and implementing instruments”, January 2015, FRAME Deliverable 6.1 at <http://www.fp7-frame.eu/reports/> (accessed on 10 April 2015).

racy and the Action Plan for its Implementation, adopted on 25 June 2012¹⁴. It is interesting to note that the Strategic Framework formulates a commitment about pursuing coherent objectives related to the promotion and protection of human rights internally and in the EU's external action.

Therefore, the key provisions of the constituent EU instruments indicate that the "EU is subject to its own legal obligations to respect human rights and fundamental freedoms in addition to the obligations binding its Member States"¹⁵. The founding Treaties also express a broader political commitment on the part of the Union to conduct its external activities in a manner that upholds the highest human rights standards. In this respect, it should be noted that the promotion of human rights at the international level is one of the principal foreign policy objectives of the EU's external action as a whole¹⁶. EU crisis management missions can make a significant contribution to this objective, for instance, deploying military forces in order to contribute to the establishment of a secure environment in which the humanitarian needs of local populations can be addressed¹⁷.

Among the main aspects of the EU legal framework, it may be stressed that Union law establishes that human rights to be respected during CSDP operations. The catalogue of fundamental rights is included in the EU Charter of Fundamental Rights, which has to be observed by the EU institutions in their actions, and by Member States when implementing EU law. It is accepted that such is the case when Member States act on a mandate under a Council Decision establishing a CSDP mission. Furthermore, according to Article 6 (3) TEU, the European Convention on Human Rights (ECHR) is

¹⁴ The first paragraph states: "The European Union is founded on a shared determination to promote peace and stability and to build a world founded on respect for human rights, democracy and the rule of law. These principles underpin all aspects of the internal and external policies of the European Union". The EU commit to promote human rights into all areas of external action without exception, mentioning in particular the integration of the promotion of human rights into CSDP and the promotion of the observance of international humanitarian law. The EU commits itself to pursue coherent objectives, stressing that "the EU seeks to prevent violations of human rights throughout the world and, where violations occur, to ensure that victims have access to justice and redress and that those responsible are held to account. To this end, the EU will step up its efforts to promote human rights, democracy and the rule of law across all aspects of external action. It will strengthen its capability and mechanisms for early warning and prevention of crises liable to entail human rights violations". See at https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/131181.pdf (accessed on 10 April 2015).

¹⁵ SARI, A. and WESSEL, R.A, *op. cit.*, p.7.

¹⁶ *Ibid.*, p.7

¹⁷ E.g. Council Joint Action 2007/677/CFSP of 15 October 2007 on the European Union military operation in the Republic of Chad and in the Central African Republic, OJ [2007] L 279/2.

also a source of EU fundamental rights to be observed by the EU and Member States¹⁸.

2. *Promotion of human rights under the progressive framing of the Common Security and Defence Policy*

The progressive framing of a Common Security and Defence Policy, in which the human security doctrine for Europe has been embedded, has established a complementary means to external promotion of human rights. However, the original ESDP was much more concerned about the development of capabilities and the progressive building up of a new relationship with NATO that would allow for an autonomous European defence identity, which is still one of the important dimensions that explains EU's squizofrenia¹⁹ in dealing with its security and defence identity.

Yet the nature of the EU as an international security actor has pushed forward, and since the adoption of the European Security Strategy in late 2003, mentions to the EU's actorness in conflict prevention and effective multilateralism, and to the rule of law, justify the interpretation that neither of them can actually be fostered without prioritizing human rights promotion. The affirmation of the global actor by the EU committed to the rule of law, entails a global responsibility to protect and promote human rights²⁰.

The scope of CSDP operations has experienced considerable evolution over time. The Maastricht Treaty cleared the path to a European defence strategy, and the Amsterdam revision built goals of common operations on the Western European Union's 'Petersberg Tasks'. Nonetheless, implementation had to wait until European inaction during the outrageous violations of human rights committed in Kosovo, urged the United Kingdom and France to agree in Saint Malo in 1998, that the Union should have 'the capacity for autonomous action, backed up by credible military forces, the means to use them and a readiness to do so, in order to respond to inter-

¹⁸ POPTCHEVA, E.M., *Breach of EU values by a Member State*, Library of the European Parliament, 15/10/2013. Available at: http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130633/LDM_BRI%282013%29130633_REV2_EN.pdf

¹⁹ BARRUECO, M.L., "The promotion and protection of Human Rights during European Security and Defence Policy operations: in-between a spreading state of mind and an unsolved concern", en WETZEL, J. (coord.), *The European Union as a global player in the field of Human Rights*, Routledge Research in Human Rights Law, London, July 2011, p.160.

²⁰ For instance, see HACHEZ, N. and WOUTERS, J., *Promoting the rule of law: a benchmarks approach*, KU Leuven Working paper No. 105, April 2013 at <http://www.fp7-frame.eu/wp-content/materiale/w-papers/WP105-Hachez-Wouters.pdf>, accessed on 15 April 2015.

national crises”²¹. As the Treaty of Amsterdam left the boundaries of common tasks open to discussion, practical implementation was facilitated by European Council conclusions or Joint Actions governing the launching of ESDP missions. Thus, concrete provisions on crisis management capabilities of the EU are not be found until the Saint-Malo Declaration of 1998. Stating that ‘the European Union needs to be in a position to play its full role on the international stage’, it addressed the importance of the implementation of Amsterdam provisions on CFSP, including through the ‘progressive framing of a common defence policy in the framework of CFSP’²². It further stated that the EU should have the ability to respond to international crises, by credible military forces.

This declaration was followed by several important Council meetings, including the Cologne and Helsinki Council meetings in 1999, which laid the foundations for ESDP and defined the capabilities needed in order to implement the Petersberg tasks, explicitly included in the Treaty on European Union (Article 17). A key development was the “Berlin Plus agreement” giving the EU, under certain conditions, access to NATO assets and capabilities²³.

In 2000, after the Santa Maria Da Fera meeting, the Council stated that “the European Council reaffirms its commitment to building a Common European Security and Defence Policy capable of reinforcing the Union’s external action through the development of a military crisis management capability as well as a civilian one, *in full respect of the principles of the United Nations Charter*”²⁴. The third appendix of the first Annex to the Conclusions of the presidency gives a first structure to EU Civilian Crisis Management Intervention, pointing out in a very pragmatic way the duties of such interventions: “[...] prevent[ing] the eruption or escalation of conflicts [...] consolidating peace and internal stability in periods of transition [...] ensuring complementarity between the military and civilian aspects of crisis management”²⁵.

²¹ Joint Declaration issued at the British-French summit, Saint-Malo, France, 3-4 December 1998, at http://www.fco.gov.uk/en/news/latest_news/?view=News&id=2244063, accessed on 15 April 2015.

²² *Ibid.*

²³ REHRL, J. R. and WEISSERTH, H. B, *Handbook on CSDP: The Common Security and Defence Policy of the European Union (2nd ed.)*, Vienna: Federal Ministry of Defence and Sports of the Republic of Austria, pp.14-15.

²⁴ Council conclusions on the Santa Maria da Feira European Council, 19-20 June 2000, at: http://www.consilium.europa.eu/en/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00200-r1.en0.htm (accessed on 10 April 2015).

²⁵ Fera Annexes to Presidency Conclusion, Annex I, Appendix III, Introduction.

Based on the first meeting of the committee for civilian aspects of crisis management, it identified four civilian priority areas²⁶:

- Police: the aim to provide 5,000 police officers to international mission in order to prevent or mitigate international crises and conflicts.
- Strengthening of the rule of law, to re-establish the judicial and penal system, by finding judges, prosecutors and penal experts to be deployed in a short term to help peace process;
- Strengthening civilian administration, by sending experts to help restore the destroyed administration or to train locals;
- Civil protection, to resort to EU Member States tools and capacities in the field, and to promote a better cooperation and organisation in crisis interventions.

In 2003, the first ESDP mission was launched in Bosnia and Herzegovina, making the referred provisions operational²⁷. In addition in December 2003 the European Security Strategy (ESS) was formulated. Justifying the role of the EU as a global security actor, the ESS identified key security threats: terrorism, proliferation of weapons of mass destruction, regional conflicts and State failure. It highlights the potential of the EU to respond to these threats, however without giving clear concrete indication on how to respond to them.

The Treaty endorsed the extension of the scope of CSDP operations which currently covers “joint disarmament operations, humanitarian and rescue tasks, military advice and assistance tasks, conflict prevention and peacekeeping tasks, tasks of combat forces in crisis management, including peacemaking and post-conflict stabilisation” (Art. 28B/ Article 43 (1) TEU).

To date, the nature of most operations conducted within ESDP/CSDP have been primarily civilian²⁸. As noted, the denomination of “civilian” or “military” reflects the nature of participating forces (police officers, judges or civilian experts, as opposed to military troops) without necessarily implying that they are unarmed²⁹. Thus it can be inferred that there is no a direct link to be drawn between human rights promotion and the scope or nature of the operations.

As indicated previously, the June 2000 Feira European Council listed several priority areas in civilian missions, which usually merge within a

²⁶ Annex I: Presidency report on strengthening the common European security and defence policy.

²⁷ REHRL, J. R. and WEISSERTH, H.B., *op. cit.* p 15.

²⁸ BARRUECO, M., *op. cit.*, p. 166.

²⁹ *Ibid.*

mission's mandate in practice³⁰. Such tasks are mostly linked to post-conflict state-building, but not primarily directly aimed at fostering human rights. Considering these examples, human rights do not appear to be at the top of the priorities of CSDP operations, but they undoubtedly serve as a necessary/indispensable complement to security concerns. When police missions help improve local performance as regards security or conflict prevention, they apply EU human rights standards to a great extent. As a rule of law, missions resort to core international legal documents to give advice on local legislation reform on, e.g., criminal codes or procedural rules, thus increasing protection of individuals.

In recent years an increase in CSDP missions conducted by the EU abroad has been witnessed. There are currently eleven on-going civilian missions³¹ and five military operations³².

With the construction of the postmodern identity of the EU, it was conceived that it had to include a place and a role for armed forces, where the areas of human rights, peacekeeping and state-building become the obvious arenas for their actions, however limited. The Barcelona Report commissioned by Javier Solana and presented at the end of 2004, was a clear attempt to reconcile armed forces and Europe's ethical and humanitarian beliefs and values. The report made reference to seven principles of actions for the use of armed forces the primacy of human rights: clear political authority, multilateralism, a bottom-up approach, regional focus, the use of legal instruments and the appropriate use of force³³.

The concept of human security in the context of the ESS was developed with the Barcelona report and subsequent doctrinal theorising, which contributed to the adoption of the emergent human security discourse at the level of the EU. The human security doctrine was seen as summing up the above priorities and normatively marking out a zone of action for EU security and defence policy.

Nevertheless, in most cases, as evidenced by the important 10-year review of ESDP published by the Institute for Security Studies, human rights have remained under-conceptualised in the theorising of the emergent security culture, often relegated to merely being listed as constitutive elements

³⁰ *Ibid*, p.167.

³¹ EULEX Kosovo, EUBAM Libya, EUCAP SAHEL Mali, EUCAP SAHEL Niger, EUSEC RD Congo, EUCAP NESTOR, EUPOL Afghanistan, EUMM Georgia, EUAM Ukraine, EUPOL COPPS and EUBAM RAFAH in Palestian Territories.

³² EUFOR ALTHEA Bosnia Herzegovina, EUTM Mali, EUMAM RCA, EUTM Somalia, EUNAVFOR Atalanta.

³³ *Vid.* FRACZEK, S., HUSZKA, B., HÜTTNER, C., KÖRTVÉLYESI, Z., MAJTÉNYI, B., ROMSICS, G., *op. cit.* p. 134.

of what CSDP is³⁴. However, it is undeniable that furthering human rights lies at the very heart of conflict — prevention and— resolution. Therefore, the ability of CSDP operations to spread such principles in the field gives a good hint of their real performance and becomes key to lasting peace and security.

III. Applicability of human rights and humanitarian law instruments to CSDP missions and operations

One of the challenges that concern the protection of human rights in EU crisis management missions is that this subject is not governed by a single legal regime but “it rather involves action by a multitude of entities— including the EU, its Member States and any contributing third States and international organisations—subject to a diverse set of instruments and obligations (international, regional and domestic)”³⁵. The legal effect and applicability of the relevant human rights instruments is uncertain in important respects, which raises questions about the consistency of human rights protection in EU missions, and also about a clear determination of responsibility for violations of human rights in specific cases.

The specific tasks of CSDP operations vary depending on the specific situation, covering a wide range of missions: rule of law, police, security sector reform, border assistance or monitoring missions, peacekeeping and potentially even peace enforcement. The nature and scope of the operation has consequences in terms of the applicable law, as it will be seen below.

1. *Applicability of International Human Rights Law*

The applicability of international human rights law, which would also bind the EU vis-à-vis third countries and international organisations, is surrounded by uncertainties.

These difficulties stem from the fact that the EU as such is not a party to the most relevant human rights treaties. Therefore it is questionable whether certain international human rights instruments apply to EU missions abroad, although the EU has not signed them, and so what is their scope of application in this situation. An additional challenge comes from the fact that CSDP operations often involve a mix of EU institutions, Mem-

³⁴ Ibid, p. 140.

³⁵ SARI, A. and WESSEL, R. A., *op. cit.*, p. 8.

ber States forces and possibly also third countries and other international organisations.

The EU is, since the entry into force of the Lisbon Treaty, an international organisation with legal personality (Article 47 TEU) and is thus an international law subject with the capacity to bear rights and obligations under international law³⁶. In this capacity, the EU recently signed the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Moreover, as it has been earlier underlined, Title V TEU (provisions on the Common Foreign and Security Policy-CFSP) contains references to the principles of international law and in particular to the respect of human rights to guide the EU external action (Articles 21 and 22 TEU).

Along this line, the ECJ has ruled that the EU must respect international customary law³⁷, and some rules of international humanitarian law would appear to be covered by EU human rights provisions. Moreover, almost all the Member States are party to the most relevant human rights treaties, which might lead to the conclusion that these represent “regional customary international law”³⁸. This works not only for the EU, but with other international organisation such as the UN³⁹. Consequently, in addition to any obligations of its Member States, the EU becomes an addressee of the rights and obligations deriving from international human rights norms⁴⁰. This obligation on the EU to respect human rights as part of customary international law also applies abroad.

In this regard, there are a number of general principles of international human rights law which are applicable to EU peace missions. Some of them are codified in relevant treaties to which EU Member States are party, and others are a matter of being part of customary international law⁴¹.

³⁶ The EU has signed the UN Convention on the rights of persons with disabilities.

³⁷ See Cases C-286/90 *Anklagemyndigheden v Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp.*, 24 November 1992, § 9 and C-308/06, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others*, 3 June 2008, § 51.

³⁸ DE WET, E., “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the merging international constitutional order”, *Journal of International Law*, 2006, Vol. 19, pp. 631-632, at http://law.huji.ac.il/upload/de_wet_reading.pdf (accessed on 10 April 2015).

³⁹ See PAUST, J., “The UN is bound by human rights: understanding the full reach of human rights, remedies and non immunity”, *Harvard ILJ Online*, Vol. 51, April 12, 2010.

⁴⁰ See for instance, NAERT, F., *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy, with a Particular Focus on the Law of Armed Conflict and Human Rights*, Antwerp: Intersentia, 2010.

⁴¹ NAERT, F., ‘Binding International Organisations to Member State Treaties or Responsibility of Member States for Their Own Actions in the Framework of International Organisations’, in WOUTERS, J., ET AL. (eds.), *Accountability for Human Rights Violations by International Organizations*. Antwerp, Intersentia, 2010, p. 129-168.

The most important human rights principles applicable to EU crisis management operations are the principle of security and liberty of persons, including the principle of due process, holding that no one shall be subjected to unlimited arrest or detention and providing the accused the right to be heard before any condemnation⁴². But there are more important principles in the field of EU missions, such as the prohibition of torture and inhuman treatment; the prevention and repression of (sexual) violence, exploitation, and abuse in the context of peace operations and the principle of non-discrimination.

The applicability of some of these principles, especially those related to the administration of justice⁴³, is reflected in that part of the EU civilian missions' work in supporting and strengthening law enforcement structures in the host countries⁴⁴.

Notwithstanding, the applicability of human rights *as a matter of law* remains controversial in some respects, including the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights⁴⁵, the question of derogation in times of emergencies and its applicability to peace operations, the relationship between human rights and international humanitarian law and the impact of UN Security Council mandates on human Rights⁴⁶. However, at least as a matter of *policy and practice*, human rights law provides guidance in EU operations and in practice. It is indeed quite important for the success of those missions that human rights be used as a benchmark for EU missions, since violations or abuses inevitably have devastating effects on the victims of course, but also on perpetrators, such as the loss of credibility, trust, respect and confidence amongst the local population. Consequently, disregarding human rights would negatively affect the legitimacy of these missions and the credibility of the EU.

A recent expression of policy commitments in that respect are those formulated in the *Strategic Framework on Human Rights and Democracy*

⁴² These principles have been identified by HAZELET, H., "Common security and defence policy: What nexus between human rights and security?", in SARI, A. and WESSEL, R.A., *op. cit.*, p. 32.

⁴³ See JACQUÉ, J.-P., *Review of the EULEX Kosovo mission's implementation of the mandate with a particular focus on handling of the recent allegations*, 31 of March 2015, at http://eeas.europa.eu/statements-eeas/docs/150331_jacque-report_en.pdf (accessed on 1 May 2015).

⁴⁴ *Ibid.* p. 32.

⁴⁵ The extraterritorial application of human rights instruments and customary international law is largely uncontroversial in the case of international organisations as they by definition have no state territory as indicated by NAERT, F., *International law aspects of the EU's Security and Defence Policy with a particular focus on the law of armed conflicts*, 2010, pp. 564-566.

⁴⁶ NAERT, F., "The applicability..." *op. cit.* p. 13.

and the *Action Plan* for its Implementation, adopted on 25 June 2012. Additionally, the EU has adopted a number of human rights Guidelines which indicate human rights priorities for the Union. The most relevant guidelines related to CSDP missions are on Children and armed conflict (2008), Violence against women and girls and combating all forms of discrimination against them (2008) and International Humanitarian Law (2009).

2. *Applicability of International Humanitarian Law*

As noted elsewhere, the changing landscape of warfare and international relations explains that the EU is conducting its missions abroad in increasingly high-risk and violent conflict-settings⁴⁷. Since Operation Concordia, which was deployed in the former Yugoslav Republic of Macedonia in 2003, the EU has launched a number (albeit limited) of other military operations with a broad range of mandates: from small scale and limited mandate to include elements of peace enforcement.

Article 42(1) of the Treaty on European Union (TEU) sets out that the CSDP shall provide the Union with a military and civilian operational capacity for 'missions outside the Union for peace-keeping, conflict prevention and strengthening international security in accordance with the principles of the [UN] Charter'. These missions shall comprise, inter alia, "peace-keeping tasks [and] tasks of combat forces in crisis management, including peace-making and post-conflict stabilisation". This includes peace enforcement. In particular EU peace operations raise the question of the applicability and application of international humanitarian law to operations under EU command.⁴⁸ These are controversial matters, controversy which has already been present in discussions on the applicable law to multinational forces operations⁴⁹ such as the UN peace-keeping 14 and NATO operations.

⁴⁷ See MÁRQUEZ CARRASCO, C., (ed. and main autor), IÑIGO ALVAREZ, L., LOOZEN, N. and SALMÓN GÁRATE, E., *Report survey study on human rights violations in conflict-settings*, FRAME Project, at <http://www.fp7-frame.eu/wp-content/materiale/reports/08-Deliverable-10.1.pdf> (accessed 10 May 2015).

⁴⁸ ZWANENBURG, M., "The duty to respect International Humanitarian Law during European Union-led operations", *CLEER Working paper*, 2012/6. p. 63.

⁴⁹ Among the issues they raise are legal and humanitarian challenges related to multinational operations, including: the applicability of international humanitarian law and other legal regimes, the legal classification of situations involving multinational forces, the status of peacekeepers, interoperability difficulties, detention, attribution of responsibility, as well as humanitarian engagement with multinational forces. See *International Review of the Red Cross*, "Multinational Operations and the law" at <https://www.icrc.org/eng/resources/international-review/review-891-multinational-operations-and-the-law/review-891-892-all.pdf>

This sub-section will thus tackle the main issues relevant for the applicability and application of international humanitarian law (IHL) to EU military operations.

As regulated in the Geneva Conventions and Additional Protocol, international humanitarian law (IHL) is applicable in situations of armed conflict (and occupation). This legal framework is not directly applicable to a simple deployment of a military operation⁵⁰ because it requires the existence of an “armed conflict”, a term of art in IHL which is not conventionally defined. An additional difficulty lies in the characterisation of such an armed conflict and the concrete applicable rules since it is considered that multinational forces operations usually intervene in situations of non-international armed conflict⁵¹. Another important requirement concerning the applicability of IHL is that the organization’s troops must also be involved in the conflict as combatants or parties to the conflict⁵².

To date, the practice of military operations under EU command show that they have never been involved in an armed conflict as combatants⁵³, bar having a limited recourse to the use of force, although they have sometimes had robust Rules of Engagement⁵⁴. However, this does not mean that practice could not change or evolve.

In fact, the TEU explicitly envisages that in the context of CSDP, the tasks of EU missions could include “tasks of combat forces in crisis management, including peace-making and conflict-stabilization” (Article 43). As noted, the term peace-making would suggest a kind of operation that could well be engaged in an armed conflict as a party⁵⁵.

So far, some noteworthy examples taken from the five on-going military operations could be cited. Operations deployed in countries where there is no armed conflict; the operation EUTM Somalia⁵⁶, which could be considered as being deployed in a country in a situation of armed conflict, is actually deployed in Uganda, the host state⁵⁷; and the operation in Central African Republic⁵⁸ is deployed in an 18-month transition process set by the Libreville Agreements and the N’Djamena declaration of 18 April 2014.

⁵⁰ FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., *op. cit.*, p. 38.

⁵¹ PEJIC, J., “The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93 no. 881, 2011, pp. 5-7.

⁵² ZWANENBURG, M., *op. cit.* p. 64.

⁵³ For instance, ARTEMIS RD Congo and EUFOR TCHAD, are two examples of escalation of violence. See NAERT, F., “The applicability...” *op. cit.* p. 13.

⁵⁴ ZWANENBURG, M., *op. cit.* p. 65.

⁵⁵ *Ibid.* p. 65.

⁵⁶ Council Decision 2010/96/CFSP of 15 February 2010.

⁵⁷ FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., *op. cit.*, p. 20.

⁵⁸ Council Decision 2014/73/CFSP of 10 February 2014.

Regarding the condition that EU military operations must not take part in a situation of armed conflict, the participation of Switzerland in operation ALTHEA⁵⁹ is particularly enlightening, since its status as a neutral country determines the non-combatant nature of operation personnel.

It is usually not the EU but the UN which is at the forefront of military operations. To date, the EU has mainly intervened in post-crisis situations and always under a UN mandate⁶⁰. So far, the EU documents relating to EU missions have not referred to international humanitarian law, except in two cases where status agreements for non-EU mission were made applicable to an EU mission, namely for the AMIS Supporting Mission via the African Union SOMA and for EUFOR DR Congo⁶¹ via the MONUC SOFA⁶².

One of the relevant dimensions of the applicability of IHL during EU military operations concerns the identification of legal sources of obligations of the EU and Member States as well as the ascertainment of applicable general principles of international humanitarian law. In the constituent treaties there is no explicit mention of international humanitarian law, although it is generally understood that this branch of international law is covered by the reference to the more general term international law⁶³.

First, it is widely accepted that IHL instruments are binding to Member States and applicable during EU military operations. All EU Member States are party to the Geneva Conventions and their Additional Protocols and therefore they are under an obligation to abide by them. Regarding the EU, the Geneva Conventions do not apply directly to it, as international organisations are barred from becoming parties⁶⁴ but it has nonetheless been generally recognised that the rules of the Geneva Conventions are part of customary international law and, therefore, the EU must comply with them. This applicability is supported by the TEU and by EU case law. The ECJ has held that the European Communities “must respect international law in the exercise of its powers. It is therefore required to comply with the rules of customary international law...”. Recently, the Grand Chamber of the Court has reaffirmed this position by holding that the EU is bound to observe international law in its entirety, including customary international law⁶⁵.

⁵⁹ Council Joint Action 2004/570/CFSP of 12 July 2004.

⁶⁰ See for instance, EUFOR Althea or Operations deployed in Sudan.

⁶¹ Council Decision 2006/412/CFSP of 12 June 2006.

⁶² NAERT, F., “The applicability...”, *op. cit.* p 13.

⁶³ NAERT, F., “The Application of Human Rights and International Humanitarian Law in Drafting EU Missions’ Mandates and Rules of Engagement”, *Institute for International Law KUL*, Working paper 151, October 2011. p. 4.

⁶⁴ BARRUECO, M., *op. cit.*, p. 167.

⁶⁵ Case C-366/10, *Air Transport Association of America and others v. Secretary of State for Energy and Climate Change*.

The EU promotes compliance with international humanitarian law, as evidenced in the original and updated EU Guidelines on the matter⁶⁶, under which the EU as well as Member States commit to ensure compliance with IHL by third States or by non-state actors operating in third States. Nevertheless these Guidelines do not cover Member States own conduct or that of their forces.

One of the problems arising from the applicable humanitarian customary law is the question of which rules are applicable to a conflict in which the EU is involved. In terms of treaty law this question is governed by different legal regimes on international and non-international armed conflict, which would entail the applicability of different rules. In terms of customary international law, the preponderant view is that the whole customary body can be applicable to both internal and international armed conflict⁶⁷.

Yet, customary law is not the only legal source that could bind the EU in relation to international humanitarian law. The general principles of the EU have also been considered a source of obligation for the EU in humanitarian law. This assertion has been supported in the “widespread and largely convergent ratification of LOAC treaty obligations by the EU member states and the close link between a number of such obligations and human rights”.

Another source of obligation might include unilateral acts. Council decisions (formerly joint actions) might be considered sources of unilateral acts⁶⁸. In relation to EU military operations, in some of the Council joint actions pertaining to operation EUNAVFOR⁶⁹, the EU makes reference to different UN Security Council Resolutions as a basis for its operation. In these resolutions, the Security Council allows States to enter and use the territorial waters of Somalia to fight against piracy in a manner consistent with relevant international law, which in the case of an armed conflict would be international humanitarian law. This limitation has also been included in the ‘whereas’ sections of one of the Council joint actions⁷⁰.

⁶⁶ EU Guidelines on promoting compliance with international humanitarian law, OJ 2005 C 327/12, updated in 2009.

⁶⁷ See McCOUBREY, H, and WHITE, D, *The Blue Helmets. Legal regulation of United Nations military operations*, Dartmouth, Aldershot, 1996. pp. 158-160. The authors refer to those rules which may be accepted as customary law.

⁶⁸ WESSEL, A., *The European Union's Foreign and Security Policy. A Legal Institutional Perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 193-195.

⁶⁹ Council Joint Action 2008/749/CFSP of 19 September 2008.

⁷⁰ Council Joint Action 2008/749/CFSP of 19 September 2008 on the European Union military coordination action in support of UN Security Council resolution 1816 (2008) (EU NAVCO), OJ 2008 L 252/93; Council Joint Action 2008/851/CFSP of 10 November 2008 on a European Union military operation to contribute to the deterrence, prevention and repression of acts of piracy and armed robbery off the Somali coast, OJ 2008 L 301/33.

This indirect applicability of international humanitarian law is confirmed in a subsequent resolution of the UN Security Council, in which there are specific references to regional organizations to fight against piracy, which foresee that “any measures undertaken pursuant to the authority of this paragraph shall be undertaken consistent with applicable international humanitarian and human rights law”⁷¹.

Finally the EU, just like all other international subjects, is also bound by the norms of *jus cogens*.⁷² Article 53 of the 1986 Vienna Convention establishes the nullity of a treaty which conflicts with a peremptory norm of general international law; hence, it can be assumed that international organizations are bound by the norms of *jus cogens*.

In relation to EU military operations and humanitarian law, there is no consensus about which norms can be categorised as *jus cogens*. Zwanenburg makes reference to the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, where the CIJ “suggest that at least certain norms of international humanitarian law may have a peremptory character”, but it does not establish which of them should be classed as such. The norms that can be considered to be peremptory are the fundamental norms of humanitarian law, derived from the Geneva Conventions, and can be identified by taking into account the prohibition of derogatory agreements, the structure of denunciation clauses, the criminalization of breaches and the limits on reciprocity. Hence, norms such as the prohibition of war crimes, crimes against humanity and genocide can be considered peremptory norms⁷³.

In policy terms, EU member states accept that if EU-led forces become engaged in an armed conflict, IHL will fully apply to them. While IHL could have become applicable if the situation had escalated in some of these operations, especially Artemis (DRC)⁷⁴ and EUFOR Tchad/RCA⁷⁵, this did not happen. Nevertheless, the EU and its member states remain fully aware of the potential obligations of EU-led forces under IHL, in particular when the situation escalates.

Some of the relevant general principles of international humanitarian law that would be applicable during EU peace missions involving the use of military force, include the principle of distinction between civilian

⁷¹ SC Res. 1851 (2008) 16 December 2008.

⁷² International Law Association, ‘Berlin Conference (2004). Accountability of International Organizations’; ZWANENBURG, *op. cit.*, p.145; NAERT, F., *op. cit.*, p. 536.

⁷³ ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁷⁴ Council Joint Action 2003/423/CFSP of 5 June 2003.

⁷⁵ Council Decision 2008/101/CFSP of 28 January 2008.

and combatants, the principle of precautions in attack, the principle of proportionality and the overarching principle of humanity. These principles are generally translated into the rules of engagement, which are an important element of the legal framework, guiding the activity of the EU military forces on the ground. It is the duties of each EU Member State to train its armed forces so that they are able to comply with IHL and to respond to complex situations.

As Naert has indicated, when IHL does not apply, the EU primarily looks towards human rights law as the appropriate standard for the conduct of EU military operations⁷⁶. In addition, he considers that States' different treaty obligations in the field of IHL can create problems of 'legal interoperability' in multinational operations. However, the importance of such divergences is limited by the fact that a significant body of IHL rules have become part of customary international humanitarian law. In fact, all 28 EU member states are parties to the 1949 Geneva Conventions, the two 1977 Additional Protocols and the Statute of the International Criminal Court, as well as to the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons and the 1993 Chemical Weapons Convention. Even within the EU member States, if one looks at all IHL treaties, there are still differences because of differentiated ratifications, reservations or divergent interpretations of common obligations by States.

So far, IHL obligations in EU military operations seem to be primarily conceived as resting on the participating states. However, the EU may also have its own IHL obligations, especially under customary IHL.

The EU Guidelines on the promotion of IHL⁷⁷ has as its main objective to set out operational tools for the EU and its institutions to promote compliance with IHL. According to Council Document 13310/01, "humanitarian law, which could be classified as universal *sui generis* law, serves in association with "human rights" as an essential, efficient and effective legal instrument for managing the legal aspects of crisis situations"⁷⁸.

IV. The integration of human rights components in CSDP missions and operations

While deploying a CDSP mission or operations generally involves a hard and long process, this paper will address in this section how the EU integrates human rights instruments in each phase of the process.

⁷⁶ NAERT, F., "The applicability..." *op. cit.*, p. 13.

⁷⁷ Council of the EU, 15246/05, Guidelines on the Promotion of International Humanitarian Law (IHL). Brussels, 5 December 2005. (CEU 15246/05).

⁷⁸ See CEU 13310/01.

1. *Decision-making and planning documents*

Every single mission or operation in the field of CSDP has to be based on a Council Decision —formerly Council Joint Action— adopted on the basis of Article 43 of TEU. In military operations, the Council usually adopts a further separate decision launching the operation.

Aside from the Council, which plays a key role in the process, the Political and Security Committee is also authorised, under Article 38 TEU and under the responsibility of the Council and the High Representative, to take *political control and strategic direction* of EU operations. This can even include taking decision to amend the planning documents, including the Operation Plan, the Chain of Command and the Rules of Engagement⁷⁹.

This whole process is known as the *crisis management procedures*⁸⁰, and it will culminate with the Operation Plan (OPLAN), and where applicable, the Rules of Engagement (ROE)⁸¹.

At the point of development, the OPLAN should clarify the applicable law to the operation, specifying whether international humanitarian law or human rights law is suitable for each context, but this is not always the case. The absence of this kind of exact provision may be reflected in references to *applicable* rules of IHL or HRL, which does not clarify in which circumstances those rules actually are applicable. Consequently, the Operation Commander would have to determine this to some extent⁸².

Notwithstanding, the full range of planning documents should reflect the awareness to enhance human rights through the operation⁸³. In fact, the *Mainstreaming Human rights across CFSP and other EU policies*⁸⁴ adopted in 2006 is an adequate framework towards fostering the integration of human rights issues in CSDP missions, as well as the recent *Action Plan on Human Rights and Democracy*⁸⁵. Accordingly, the protection of human

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Crisis Management procedures, “Suggestions for procedures for coherent, comprehensive EU crisis management”, at http://www.ies.be/files/2012-04_AM_final.pdf<http://eiop.or.at/eiop/pdf/2010-009.pdf> (accessed on 1 May 2015).

⁸¹ ROE, requested by the Operation Commander and authorised by the Council, based on the EU's policy on the use of force. See NAERT, F., *Observance of International humanitarian law...*, *op. cit.*, p. 5.

⁸² NAERT, F., “The applicability...”, *op. cit.* p. 17.

⁸³ Council, ‘EU Annual Report on Human Rights 2008’, Brussels, p. 11, available at <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/st14146-re02.en08.pdf> (accessed on 1 May 2015).

⁸⁴ Doc. 10076/06, 7 June 2006.

⁸⁵ See sub-set of actions number 12, a), b) c) and d) and sub-set number 21. See at https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/foraff/131181.pdf, (accessed 1 november 2014), p. 12 and p. 17.

rights should be systematically addressed in all phases of CSDP operations, both during the planning and implementation phase, including by measures ensuring that the necessary human rights expertise is available to operations at headquarter level and in theatre; training of staff; and by including human rights reporting in the operational duties of CSDP missions.

However, only a few EU missions contain *explicit* references to human rights in its mandate, including the EUMM in Aceh, Indonesia (2005)⁸⁶, EUSEC-DR Congo (2005)⁸⁷, EULEX Kosovo (2006)⁸⁸, and EUPOL Afghanistan (2007)⁸⁹. If not directly in the mandate, CSDP planning documents for virtually all missions and operations refer to human rights and gender issues⁹⁰.

While the Council Decision setting up the EUTM Somalia, in order to contribute to the training of Somali security forces, does not explicitly mention human rights, they are included in the training, which refers to international humanitarian and human rights law⁹¹. Legal considerations may furthermore be reflected in implementing documents, once the operation is launched.

Considering the obligations of the EU and Member States in enhancing human rights issues in CSDP missions, the promotion and protection of human rights should be clearly reflected in the mandate before deploying the operation. The lack of accuracy defining the mandate may create serious difficulties when deciding the guiding strategy of the mission in the field and could give rise to different interpretations and coordination problems⁹².

⁸⁶ Council Joint Action 2005/643/CFSP of 9 September 2005.

⁸⁷ Council Joint Action 2005/355/CFSP of 2 May 2005.

⁸⁸ Council Joint Action 2008/124/CFSP of 4 February 2008.

⁸⁹ Council Joint Action 2007/369/CFSP of 30 May 2007.

⁹⁰ HAZELET, H., *op. cit.* p 12.

⁹¹ See the 6 December 2011 EUTM press release available at http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/missionPress/files/Somali%20Recruits%20Cultural%20Training%20%20%20Press%20Release.pdf, accessed on 20 April 2015.

(“The intensive military training includes ...classes i.e. about historical convergence between International Humanitarian Law and the laws of the war, the right to education, humanitarian aid and refugee law.... It promotes and encourages respect for human rights, for fundamental freedoms and for all without distinction as to race, sex, language, or religion. In relation to human rights education focus will promote and encourage respect for life especially for women and children, as well as teaching the principles of equality, self determination and how is assimilate these principles into their societal and cultural norms with compromising their religious beliefs.”).

⁹² Best practices Atlas, 2011.

2. Deploying Missions

The extent to which CSDP missions pursue the promotion of human rights will depend very much on their mandate and means⁹³. It is important to take into account that usually these missions are deployed in an operationally challenging environment. Nonetheless, it is unquestionable that the EU has to respect human rights in its missions, not only during the first decision-making stage, but also during its deployment in the field.

Accordingly, there are the legal obligations of the personnel participating in a CSDP operation. The Generic Standards of Behaviour (2005) establish that the staff must treat the local population *with dignity and respect, regardless of sex, age, ethnic origin, religion, sexual orientation, disability, social or economic status or political views*⁹⁴.

This concern was present in the Council Handbook on Mainstreaming Human Rights and Gender, adopted in 2008. The document was the compilation of previous ones, including the Guidelines on Children in Armed Conflicts and the Guidelines on the implementation of UN Security Council resolutions on Women, Peace and Security. Interpretation of the legal effect of these instruments is disputed. Some scholars consider these documents as leading to self-commitment of the EU in setting human rights standards, others point out that there is a lack of binding character⁹⁵.

On the other hand, fostering human rights effectively during CSDP missions requires that the personnel receive effective training in human rights. Similarly, the staff must be familiar with IHL and human rights law, the European external policy on human rights and the standards of behaviour for CSDP missions⁹⁶.

In this respect, human rights advisors have been assisting CSDP missions since 2005, providing expertise to them in this field. The European Parliament, in its resolution on the implementation of the CSDP of November 2013, called for the inclusion of human rights and gender advisors in all CSDP missions and for the exchange of best practices amongst CSDP missions⁹⁷.

It is also worth mentioning that, although it is clear that the CSDP missions should respect human rights in all the phases of its operations, and it

⁹³ NAERT, F., *op. cit.* p 47.

⁹⁴ Human Rights applied to CSDP Operations and Missions, EPRS Briefing 21/01/2014, p.4. at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130712/LDM_BRI\(2014\)130712_REV2_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130712/LDM_BRI(2014)130712_REV2_EN.pdf) (accessed on 20 April 2015).

⁹⁵ NAERT, F., *International law...op. cit.* pp 525-526.

⁹⁶ BARRUECO, M., *op. cit.* p. 164.

⁹⁷ Human Rights applied to CSDP Operations and Missions, EPRS Briefing 21/01/2014, *op. cit.*, p. 4.

effectively has tools to do this, it is relatively different from integrated them in the legal system of the country in which the mission is deployed.

While limited reflection is made regarding how military operations can contribute to promote human rights in the field, which chiefly refers to human rights respect amongst the military personnel themselves, civilian missions takes a deeper approach. Typically, EU civilian missions involve technical advice and substitution of local structures⁹⁸, with human rights *culture at the core*.

3. Accountability for human rights violations in CSDP missions

Apart from the challenge of determining which human rights instruments are applicable to CSDP missions, there is still another important difficulty: their application in practice. Human rights violations or abuses have devastating effects, such as the loss of credibility, trust, respect and confidence amongst the local population. Consequently, leaving them unpunished could negatively affect the legitimacy of these missions and the credibility of the EU.

Experts attribute cases of misconduct and abuse to the lack of adequate training, as well as the lack of specific accountability mechanisms, and the difficulty for individuals affected during EU missions to access justice⁹⁹.

Despite the fact that the TFUE states in its Article 340.2 that the *EU must compensate for any damage caused by its institutions or its servants in the performance of their duties*, there is no EU court dealing with reparation for damages incurred during EU missions and operations, since the CJEU has no jurisdiction over CSDP¹⁰⁰. Consequently, Naert argues that the responsibility to deal with claims against the EU for its CSDP operations, would be national courts¹⁰¹.

Another controversial challenging aspect concerns the regime-regulation of immunity. There has been criticism of the full immunity that personnel of EU-led operations sometimes enjoy, due to the establishment in agreements on status of forces for military operations (SOFAs) and status of missions (SOMAs) for civilian missions. These are bilateral or multilateral treaties that regulate the legal position of military forces and civilian

⁹⁸ BARRUECO, M., *op. cit.*, p 165.

⁹⁹ ZYBERI, G., "The applicability of general principles and instruments of international law to peace missions of the EU", CLEER Working paper 2012/6, p. 35.

¹⁰⁰ Articles 24(2) TEU, 275 TFEU.

¹⁰¹ NAERT, F., *op. cit.*, p. 331.

personnel deployed by one or more states or by an international organization in the territory of another state with the latter's consent¹⁰². They usually involve such issues as criminal jurisdiction, the entry and departure of foreign personnel, the carrying of arms, taxation, the settlement of claims, and the modalities for the exercise of civil and criminal jurisdiction over members of the visiting force or mission¹⁰³.

However, it should be noted that the exemption from local jurisdiction contained in SOFAs and SOMAs does not necessarily lead to impunity. Instead, they usually set up specific claim mechanisms. For instance, the EULEX-Kosovo civilian mission, deployed in 2010, introduced a *Human Rights Review Panel* which reviews alleged human rights violations by the staff of the mission. Although it is not exactly a judicial or disciplinary body, it is a really useful tool to examine victim's claims and to propose remedies to them¹⁰⁴.

It is also worth mentioning that the need to achieve operational capabilities, special expertise, and budgetary constraints, have led Member States to increasingly make use of private military and security services (PMS) during military and civilian operations¹⁰⁵. The EU has also been employing PMS, mainly as security guards or support services for transport and logistics¹⁰⁶. In this regard, the eventual responsibility of the EU will be determined, if the private contractors' conduct can be attributed to it. Article 340.2 TFEU stipulates the non-contractual liability for any damage caused by its institutions and servants, which include private contractors authorised by the Union to fulfil official duties¹⁰⁷. Hence, the EU cannot avoid its human rights obligations by contracting PMS for its CSDP missions.

¹⁰² See BOWETT, D., "Military Forces Abroad", 3 *Encyclopaedia of Public International Law* (1997) 388; ERICKSON, "Status of Forces Agreements: A Sharing of Sovereign Prerogative", 37 *Air Force L Rev* 1994, p. 137. For a comprehensive treatment of the subject see FLECK, D., (ed.), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, 2001.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Human Rights applied to CSDP Operations and Missions, EPRS Briefing 21/01/2014. *Op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰⁶ KRAHMANN, E., and FRIESENDORF, C., *The role of private security companies (PSCs) in CSDP missions and operation*, European Parliament Directorate-General for External Policies, Policy Department, 2011, pp. 6-7.

¹⁰⁷ Judgment of the CJEU in the case C-9/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*, p. 42-47; case C 33/82, *Murri Frères v Commission of the European Communities*, paras. 34 et seq.

V. Conclusions

The implementation of the obligation to ensure respect for and to promote respect for human rights and humanitarian law in the field of crisis management encounters a number of difficulties and challenges at the conceptual, legal and operational levels.

CSDP operations are not established for the mere purpose of promoting human rights. However, in view of the nature of their priority areas, human rights constitute an integral part thereof. Human rights must be respected and the EU is also committed to promote them. Despite all the references to human rights in the EU legal framework for CSDP Missions, in practice, human rights should be more than just an appropriate standard in line with the EU's own legal obligations and policy commitments. It is necessary to reinforce the applicability of international human rights law and IHL instruments to CSDP missions and operations through *explicit mention of legal sources in EU Missions' planning documents*. A general reference can lead to loose interpretations of the applicable framework, human rights violations in the implementation of the mandate and lack of commitment in promoting human rights within and out of the mission. A more detailed description bridges the gap between State's different treaty obligations and interpretations. In order to ensure that all the Mission's activities respect international standards concerning human rights, the applicability of international and domestic legal instruments should be present in all the documents regulating the mandate and its implementation. This approach should also be taken with regards to all internal instructions and regulations.

Secondly, all staff members should receive *appropriate and regular training* to ensure that human rights are consistently promoted and respected, regardless of national and professional background. Otherwise these differences among the Mission's personnel may lead to a different perception of human rights standards. It is more likely that personnel from participating member states share a similar understanding of human rights. However, some CSDP Missions involve active participation from third States and international organisations, which are not necessarily familiar with the 'European best practices and standards'.

All CSDP Missions should have *human rights experts* in situ to provide legal advice in the implementation of the mandate. Their recommendations may serve to prevent human rights violations if staff members make use of their expertise prior to taking decisions. These legal experts could play a key role in the human rights and gender mainstreaming within and out of the mission, as stipulated in the operational documents.

Regarding remedies to human rights violations, an extension of the CJEU jurisdiction to the CSDP area is unlikely. However the EU is bound

to make reparations for violations of international law under non-contractual responsibility. The establishment of non-judicial accountability mechanisms serves to preserve the credibility in the Mission. However the decisions issued by these bodies may result meaningless, since they are non-binding and the proposed remedial actions do not include financial compensation. Furthermore it is difficult to assess whether a violation of human rights law has taken place in the exercise of a non-executive mandate. There are also a few grey areas when the Mission assumes the role of 'second responder'. In this sense, the Mission will only exercise executive functions in case of failure by the local authorities. In such a case, acts of omission could amount to human rights breaches.

All the same, when violations occur, despite providing adequate human rights training and exercising supervision over the implementation of the mandate, the establishment of independent accountability mechanisms is a better option than its non-existence. In order to counter the lack of binding effect of their decisions, prior disciplinary action, and resort to immunity waiver if appropriate, could deter further cases of misconduct and abuse.

The EU has a vast and well-detailed number of policy documents which assert the applicability of human rights, however it is necessary to create more mechanisms and to provide remedies when human rights violations take place. All in all, these improvements will reinforce the applicability of international human rights and humanitarian instruments, providing further concreteness than the general legal and policy framework.

‘Essential Elements’ Clauses in EU Trade Agreements Making Trade Work in a Way that Helps Human Rights?*, **

*Las cláusulas de elementos esenciales
de los acuerdos comerciales de la UE:
¿Contribuye la política comercial de la UE
a la protección de los Derechos Humanos?*

Nicolas Hachez
Leuven Centre for Global Governance Studies

Sumario: I. Introduction: the trade-human rights nexus in the EU. 1. The EU bilateral trade policy. 2. The human rights component in EU trade agreements.—II. The ‘essential elements’ clause. 1. A journey into creative legal drafting. 2. Critical assessment of FTA conditionality. 2.1. Exceptions to generalised conditionality. 2.2. Criticism related to drafting and scope. 2.3. Criticism of the monitoring and application of human rights clauses.—III. Conclusion: are essential elements clauses so essential to achieving the EU’s trade-human rights nexus?

Abstract: This article critically examines the EU policy of including ‘essential elements’ clauses in trade agreements as the principal avenue for the realization of the trade-human rights nexus required by the EU’s treaty obligation to use its external relations for the promotion of its core values. After evaluating the anatomy of such clauses, the article sets out to analyze the criticism which they have generated regarding (i) the fact that such clauses are not contained in all EU trade agreements, (ii) their drafting and scope, and (iii) their monitoring and enforcement. The article then concludes with an assessment of the effectiveness and legitimacy of this policy, and of the way it impacts the credibility of the EU’s normative external relations agenda.

* Recibido el 17 de abril de 2015, aceptado el 11 de junio de 2015.

** The research leading to these results has received funding from the European Commission’s Seventh Framework Programme (FP7/2007-2013) under the Grant Agreement FRAME (project n.º 320000). This article draws from Laura Beke, Nicolas Hachez, David D’Hollander and Beatriz Pérez de la Heras, ‘Report on the integration of human rights in EU development and trade policies’, *FRAME Deliverable No. 9.1*, September 2014, available at <http://www.fp7-frame.eu/reports/>. I am grateful to the co-authors of the report for their very useful comments on earlier versions of this article.

Keywords: 'essential elements' clauses, trade-human rights nexus, Free Trade Agreements, conditionality.

Resumen: Este artículo examina de una manera crítica la política europea de incluir cláusulas de 'elementos esenciales' en acuerdos comerciales, como principal medio para la realización del nexo comercio-derechos humano exigido por la obligación de la UE de articular sus relaciones externas para la promoción de sus valores fundamentales. Después de estudiar la anatomía de dichas cláusulas, el artículo se propone analizar las críticas que estas cláusulas han generado en relación con (i) el hecho de que no todos los acuerdos comerciales de la UE contienen estas cláusulas, (ii) su redacción y alcance, y (iii) su evaluación e implementación. El artículo concluirá con una valoración de la efectividad y legitimidad de esta política y de la manera en la que influye sobre la credibilidad del programa normativo de las relaciones exteriores de UE.

Palabras clave: cláusula de elementos esenciales, nexo comercio-derechos humanos, Acuerdos de Libre Comercio, condicionalidad.

I. Introduction: the trade-human rights nexus in the EU

For a number of years, the European Union (EU) has anchored its external relations into a firm normative agenda, to the point of being dubbed 'Normative Power Europe'.¹ Namely, the EU conducts its external relations with the stated purpose of promoting its values. This evolution has been made official in the Treaty of Lisbon, notably its article 21 (1), which states

The Union's action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law.

In this context, economic foreign relations, and in particular trade can be a powerful lever for normative objectives and an avenue to foster

¹ See MANNERS, I., 'Normative Power Europe – A Contradiction in Terms?', *Journal of Common Market Studies*, n.º 40, 2002, p. 235.

societal change in partner countries². Therefore, Art. 21 (3) TEU explicitly encompasses trade as part of the action of the EU 'on the international scene', and trade policy must consequently 'be guided' by the range of EU values, in which human rights feature prominently. Therefore, EU bodies and institutions have designed strategies to ensure that EU trade relations and instruments could effectively realize the so-called 'trade-human rights nexus'.

In 2011, the European Commission and the High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy (HR/VP, who also serves as the vice-president of the European Commission and as the Chair of the Foreign Affairs Council) have jointly declared that human rights were the 'silver thread' in all EU external relations, and have clarified their strategy to achieve the nexus: "The EU approach to trade policy focuses on using positive incentives, making use of trade preferences to promote human rights, coupled with a process of dialogue about the conditions to maintain those preferences."³

Likewise, in 2012 the Council of the European Union established a 'Strategic Framework and Action Plan for Democracy and Human Rights', in which a number of actions are listed as a way to "make trade work in a way that helps human rights."⁴

In this article I will briefly survey and assess one aspect of the EU's strategy on trade and human rights: that of promoting human rights through bilateral trade relations by including dedicated clauses in the numerous trade agreements it signs with third countries.

1. *The EU bilateral trade policy*

The EU's Common Commercial Policy (CCP) is chiefly carried out by way of international agreements. Already in the 1957 Treaty of Rome, the then European Economic Community (EEC) had received the exclusive competence to conclude trade agreements. Since the entry into force of the Lisbon Treaty, this competence comprises virtually the full range of trade in

² HAFNER-BURTON, E., *Forced to be Good. Why Trade Agreements Boos Human Rights*, Ithaca, Cornell University Press, 2009, pp. 3-4.

³ European Commission and High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, 'Human Rights and Democracy at the Heart of EU External Action – Towards a More Effective Approach', Joint Communication to the European Parliament and the Council, 12 December 2011, COM(2011) 886 final, p. 11.

⁴ Council of the European Union, 'EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy', 25 June 2012, 11855/12, Action 11.

goods, services, trade-related intellectual property rights and foreign direct investment.⁵

EU international trade policy has been implemented through multilateral agreements, via accession to the GATT and membership in the WTO. However, partly as a result of the stalemate in which multilateral trade talks now find themselves, culminating with the 2003 Cancún debacle, and in spite of its Treaty-imposed preference for multilateralism⁶ the EU decided in the mid-2000s to reshuffle its cards and to abandon the 'multilateralism first' doctrine which it had followed to show its commitment to the Doha round.⁷ The EU thus placed again so-called 'free trade agreements' (FTAs, i.e. particular trade liberalisation regimes negotiated bilaterally with select partner countries) at the centre of the CCP,⁸ while continuing to officially declare completion of the Doha round a priority.

Prior to this sea change, the EU already had a policy of concluding FTAs, though in certain contexts only, that is, on a geographical/regional basis, as part of deep and broad partnerships with Neighbourhood or ACP countries. As a result of this new orientation, the EU is now concluding or negotiating FTAs with other strategic partners based on economic considerations alone, with Brazil, Russia, India, China and South Africa (the so-called 'BRICS' countries) as the main prospective candidates for further FTAs.⁹ For example, new FTAs have recently been concluded with South Korea (2011), Singapore (2013, yet to enter into force), while others are currently being negotiated with *e.g.* India, Canada, ASEAN Countries, Japan, Mercosur, and most importantly the US. A self-standing investment agreement is also being negotiated with China.

It is therefore not easy to make sense of the broad network of trade agreements concluded by the EU, as these potentially belong to very different contexts, from purely trade relationships to much broader partnerships of which trade is only one aspect. It must also be noted that not all agreements concluded by the EU concerning trade necessarily accord trade preferences in the sense of cheaper market access for a

⁵ WOOLCOCK, S., *European Union economic diplomacy: the role of the EU in external economic relations*, Farnham, Ashgate, 2012.

⁶ Art. 21 (1) para. 2 TEU.

⁷ SILES-BRÜGGE, G., *Constructing EU Trade Policy – A Global Idea of Europe*, Basingstoke, Palgrave-Macmillan, 2014, p. 1.

⁸ European Commission, 'Global Europe: Competing in the world', Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 4 November 2006, COM(2006) 567 final., pp. 8-10.

⁹ See WOUTERS, J., 'L'Union européenne et l'Organisation mondiale du Commerce: concurrents ou partenaires?', *Annuaire de droit européen*, 2011, published 2013, p. 121.

range of goods and services. Many of them simply provide for trade cooperation, typically an agreement between the parties to stimulate trade amongst themselves, to cooperate towards a reduction of (tariff or non-tariff) barriers to trade, etc. In this connection, moreover, one should emphasise that many instruments are called 'trade' agreements somewhat abusively, as they are, in fact, development agreements.¹⁰ A very large number of agreements were indeed concluded with developing or emerging countries, and in the total of agreements concluded by the EU, a comparatively low number was signed with developed countries. Remarkably, the EU still does not have a trade agreement in place with, e.g. the US, Canada, Japan or Australia, as it is only after the change of strategy regarding trade liberalisation outlined above that the EU started to seriously negotiate trade deals also with developed countries. Moreover, in the comprehensive agreements concluded with developing or emerging countries, trade, trade liberalisation and enhanced market access are frequently presented specifically as a way to ensure the economic (and, since more recently, sustainable) development of the partner country. For example, the recent Economic Partnership Agreement between the EU and the Forum of the Caribbean Group of African, Caribbean and Pacific States ('CARIFORUM'), of which the trade pillar is being applied provisionally pending full ratification (see below, section 2.1), includes as its very first objective to "contribut[e] to the reduction and eventual eradication of poverty through the establishment of a trade partnership consistent with the objective of sustainable development, the Millennium Development Goals and the Cotonou Agreement"¹¹ and defines itself as a 'Trade Partnership for Sustainable Development.'¹² To that end it then sets out to establish generous trade preferences on a wide range of products.¹³ The 2010 EU-Vietnam Framework Agreement on Comprehensive Partnership and Cooperation (yet to enter into force) states even more clearly "that trade plays a significant role in development and that trade preferential programmes help to promote the development of developing countries, including Vietnam."¹⁴

¹⁰ See European Commission, 'Trade, growth and development. Tailoring trade and investment policy for those countries most in need', Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, 27 January 2012, COM(2012) 22 final.

¹¹ Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, signed 15 October 2008, Art. 1(a).

¹² *Ibid.*, Title I.

¹³ *Ibid.*, Arts. 15 ff.

¹⁴ *Ibid.*, Art. 1 (5).

However, for the sake of simplicity, in this article I will refer to all agreements which have a trade dimension (whether or not alongside other dimensions) as 'trade agreements'.

2. *The human rights component in EU trade agreements*

Human rights have however been part and parcel of the negotiation of international agreements well before Lisbon, including agreements having a trade dimension. As early as the 1970s, the EU found itself in the situation of having close relationships and legally binding treaty obligations, notably of a financial nature, towards governments which were violating human rights.¹⁵ As a matter of fact, before linking trade and human rights as a matter of principle and in pursuance of its 'normative power', the EU first sought to establish this link as a way to suspend its relations with rogue governments and thereby avoid contributing —possibly through direct financing— to human rights violations.

The solution found was to abandon the politically neutral stance so far adopted in relation to trade agreements,¹⁶ and to include clauses specifically referring to human rights in these instruments. The wording, scope and effectiveness of these treaty provisions has evolved significantly over time, and below I briefly outline this evolution before moving to a comparative assessment of the human rights provisions which can be found in the EU trade agreements currently in force.

II. The 'essential elements' clause

1. *A journey into creative legal drafting*

The first mention of human rights in an EU trade agreement can be found in Art. 5 of the 1989 Lomé IV Convention with ACP Countries.¹⁷ This clause, already quite detailed, is however not meant to be an operative provision giving the EU a way out in cases of human rights violations by one of its ACP partners. It rather emphasises the fact that development —the main aim of the Convention, though it includes trade provisions— 'entails respect of and promotion of all human rights.'

¹⁵ HAFNER-BURTON *op. cit.* (note 2), p. 51.

¹⁶ *Ibid.*, 72.

¹⁷ See Fourth ACP-EEC Convention, signed in Lomé on 15 December 1989.

As indicated, this type of clause does not provide any kind of 'stick' to the EU in case one of the other parties violated human rights, which is what the EU was trying to achieve.¹⁸ All it did was more precisely define one of the 'objectives and principles of cooperation'. Therefore, the EU adapted its reference to human rights in further agreements to move towards a formulation which, in full compliance with international treaty law, would progressively give it the possibility to suspend its obligations under international agreements (for instance the granting of trade preferences) and take other 'appropriate measures', thereby flanking these agreements with hard 'human rights conditionality,' as the terminology goes.¹⁹

In short, the legal reasoning was to include in the treaties explicit language making respect for human rights (and other values such as democracy) an 'essential element' on which the reciprocal obligations of the parties were premised, so that human rights violations of a certain scale by one of them could amount to a material breach of the treaty and justify suspension or other counter-measures.²⁰ The typical 'essential element'

¹⁸ FIERRO, E., *European Union's Approach to Human Rights Conditionality in Practice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2003, p. 211.

¹⁹ However, the objective of such clauses as stated was broader than simply providing a shield to the EU. Namely, according to the Commission, such clauses would present several advantages:

- it makes human rights the subject of common interest, part of the dialogue between the parties and an instrument for the implementation of positive measures, on a par with the other key provisions;
- it enables the parties, where necessary, to take restrictive measures in proportion to the gravity of the offence [...]. In the spirit of a positive approach, it is important that such measures should not only be based on objective and fair criteria, but they should also be adapted to the variety of situations that can arise, the aim being to keep a dialogue going; In the selection and implementation of these measures it is crucial that the population should not be penalized for the behaviour of its government;
- it allows the parties to regard serious and persistent human rights violations and serious interruptions of democratic process as a "material breach" of the agreement in line with the Vienna Convention; constituting grounds for suspending the application of the agreement in whole or in part in line with the procedural conditions laid down in Article 65. The main condition involves allowing a period of three months between notification and suspension proper, except in "cases of special urgency", plus an additional period of grace if an amicable solution is being sought.

See European Commission, 'Communication on the inclusion of respect for democratic principles and human rights in agreements between the community and third countries', Brussels 23 May 1995, COM(95)216 final, 7-8.

²⁰ See in this regard CJEU, 3 December 1996, *Portugal v. Council*, C-268/94 and Vienna Convention on the Law of Treaties, signed in Vienna on 23 May 1969, Art. 60. This article reads: '1. A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part. [...] 3. A material breach of a treaty, for the purposes of this article, consists in: [...] (b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.'

clause was given quite a number of different formulations since it was first attempted in the 1990 EU-Argentina Cooperation Agreement, in which it read “[c]ooperation ties between the Community and Argentina and this Agreement in its entirety are based on respect for the democratic principles and human rights which inspire the domestic and external policies of the Community and Argentina.”²¹ The actual words ‘essential elements’ were only added to the clause a few years later, in the 1992 Framework Agreement for Cooperation with Brazil.²²

By way of comparison, Art. 1 (1) of the new 2010 EU-Korea Framework Agreement (yet to enter into force) now complements several mentions of human rights in the preamble and reads as follows:

[t]he Parties confirm their attachment to democratic principles, human rights and fundamental freedoms, and the rule of law. Respect for democratic principles and human rights and fundamental freedoms as laid down in the Universal Declaration of Human Rights and other relevant international human rights instruments, which reflect the principle of the rule of law, underpins the internal and international policies of both Parties and constitutes an essential element of this Agreement.²³

Whereas Art. 1 (1) of the 2013 EU-Colombia/Peru Free Trade Agreement adopts a more direct and less detailed formulation: “[r]espect for democratic principles and fundamental human rights, as laid down in the Universal Declaration of Human Rights, and for the principle of the rule of law, underpins the internal and international policies of the Parties. Respect for these principles constitutes an essential element of this Agreement.”²⁴

An overview of all essential elements clauses present in the EU trade agreements currently in force²⁵ evidences clear patterns in the drafting of the essential elements clause, along two kinds of factors. First, as indicated above, the typical drafting of the clause has evolved over time, which

²¹ See Framework Agreement for trade and economic cooperation between the European Economic Community and the Argentine Republic, Signed 2 April 1990, Art. 1 (1)

²² See Framework Agreement between the European Economic Community and the Federative Republic of Brazil.

²³ See Framework Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part, signed 10 May 2010.

²⁴ See Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Colombia and Peru, of the other part, signed 26 June 2012.

²⁵ See BEKE, L., HACHEZ, N., D’HOLLANDER, D. AND PÉREZ DE LA HERAS, B., *Report on the integration of human rights in EU development and trade policies*, FRAME Deliverable No. 9.1, 2014: <http://www.fp7-frame.eu/reports/>, Annex II (last visited 27 February 2015).

makes sense from the perspective of constantly trying to improve the language of agreements, notably in regard of past practice linked to similar clauses. Second, one can also clearly group these clauses on a geographical or regional basis, evidencing the fact that the EU, in its international relations and treaty negotiation practices, works very much on the basis of regional policies addressing blocs of countries. The temporal and geographical patterns have in many cases actually developed in parallel, as many agreements with countries of the same regional bloc were negotiated and concluded around the same time. For example, most of the agreements concluded with members of the former USSR were concluded in the second half of the 1990s and many of them look very much alike (see below, section 2.1). However, it may happen that certain countries belonging to a bloc negotiate a new agreement whereas other countries of the bloc do not wish so, or are slower in the negotiations, creating parallel treaty regimes in respect of the same issue and in the same region. For example, the Andean Community is currently split between Colombia and Peru which are under a brand new 2012 FTA, and Ecuador and Bolivia, whose trade relations with the EU are still only governed by the 'old' 1993 Cooperation Agreement which applied to all members of the Cartagena Agreement and does not grant trade preferences.

As Lorand Bartels notes, though a number of standard formulations now seem to have emerged in regard of the various phrases of the essential elements clauses,²⁶ proper drafting ensuring the legal options described above was probably never achieved. The intention of the parties is however well known at this stage, and the end result is therefore undeniable, even if we have seldom seen these clauses in action (see below, section 2.3).²⁷ The aim of securing a way out for the EU is all the more attained as, alongside the essential elements clause, the EU has also progressively adopted the practice of including 'non-execution' clauses expressly delineating the consequences to be attached to a violation of the 'essential elements' of the treaties.

Non-execution clauses have historically taken two forms: the 'Baltic' clause, which was notably included in agreements with Baltic states prior to their accession, and which authorised a party to suspend the application of the agreement with immediate effect in case of a serious breach of essential provisions. Given the lack of flexibility afforded by

²⁶ BARTELS, L., *A Model Human Rights Clause for the EU's International Trade Agreements*, German Institute for Human Rights and Misereor, 2012: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Studie_A_Model_Human_Rights_Clause.pdf, p. 10 (last visited 27 February 2015).

²⁷ *Ibid.*, p. 13.

this formulation, the Baltic clause was progressively abandoned, and its concurrent, the 'Bulgarian' clause, became the standard, allowing either party to 'take appropriate measures' in case of breach by the other party, after proper consultation of that party and/or referral to a committee established by the treaty. Most non-execution clauses now dispense with this last condition 'in cases of special urgency,'²⁸ which are said to correspond (either in the clause itself, or in an interpretative declaration of the parties) to correspond to grave violations of the essential elements or the agreements. This means that, in cases of grave human rights violations by one party, the other is allowed to immediately take measures in response. In this regard, it is almost always specified that the measures chosen must be those which 'least disturb' the normal operation of the agreement, and sometimes as well that those measures must be 'proportional', making suspension of the whole agreement an unlikely outcome.²⁹

So far, the so-called Cotonou Agreement between the EU and the ACP countries³⁰ can be said to have the most complex set of clauses ensuring human rights conditionality. Not only does it have the longest ever 'essential element' clause,³¹ it also sets up a detailed process of political dialogue around the essential elements,³² explicitly in order to pre-empt situations in which a party might deem it justified to activate the non-execution clause.³³ As discussed in more detail below, in this case, the essential elements clause and the overall conditionality mechanism goes well beyond the reactive purpose of ensuring a way out for the EU in case of human rights violations. It is a genuine tool for proactively promoting human rights and other values in partner countries, meant to be applied on an ongoing basis, outside of and before any situation of human rights violations, combining 'strong elements of both coercion and persuasion'.³⁴ In the same vein, a number of Association Agreements (notably adopted in the framework of the Eastern Neighbourhood Policy

²⁸ European Commission (note 19), p. 8.

²⁹ See in respect of Euro-Mediterranean Countries: BARTELS, L., 'A Legal Analysis of The Human Rights dimension of the Euro-Mediterranean Agreements', *GREAT Insights*, n.º 1, 2012, p. 7.

³⁰ Partnership Agreement between the Members of the African, Caribbean and Pacific Group Of States of the one part, and the European Community and its Member States of the other part, signed in Cotonou, 22 June 2000.

³¹ *Ibid.*, Art 9 (2).

³² *Ibid.*, Annex VII.

³³ *Ibid.*, Art 96.

³⁴ HAFNER-BURTON, E., 'Trading Human Rights: How Preferential Trade Agreements Influence Government Repression', *International Organization*, n.º 59, 2005, p. 607.

and with Southern Asia countries) also take this more proactive stance towards linking trade agreements with human rights issues by having a chapter on 'Cooperation on matters relating to democracy and human rights.'

Since 1995, it is the official policy of the EU to include respect for democratic principles and human rights in agreements between the Union and third countries, and the EU has generally been true to this policy (see below, section 2.1).³⁵ In this regard, an increasingly followed method to place respect for human rights at the centre of all treaty relations between the EU and particular partners is to conclude 'Framework Agreements' which contain a comprehensive essential elements clause, a non-execution clause, and possibly a dispute settlement mechanism.³⁶ Thematic agreements are then subsequently concluded and 'hooked' onto the framework agreement, making the human rights apparatus included therein also applicable to treaty relations in the thematic fields. A recent example includes the 2010 EU-Korea Framework Agreement.³⁷ However, the most early and prominent example of this practice is the Cotonou Agreement. As a response to the planned expiry of the trade preferences granted directly to ACP countries by the Cotonou Agreement in December 2007,³⁸ Art. 35 thereof mandates the parties to conclude 'Economic Partnership Agreements' on a regional basis to regulate their trade relations. The (interim) EPAs in force so far, namely with CARIFORUM States,³⁹ with Central African countries (to date only applicable to Cameroon),⁴⁰ with

³⁵ In the early nineties, a number of agreements were concluded which contained an essential elements clause, but no non-execution clause: see Argentina, Brazil, Andean Community Framework Agreement, Vietnam.

³⁶ The Council would have made this a policy preference. See BARTELS, L., *The European Parliament's Role in relation to Human Rights in Trade and Investment Agreements*, European Parliament Directorate-General for External Policies of the Union, EXPO/B/DROI/2012-09, 2014: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/433751/EXPO-JOIN_ET\(2014\)433751_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/433751/EXPO-JOIN_ET(2014)433751_EN.pdf), pp. 6-7 (last visited 27 February 2015).

³⁷ See above (note 23).

³⁸ See World Trade Organization, Ministerial Conference, 'European Communities – The ACP-EC Partnership Agreement', Doha, 14 November 2001, WT/MIN(01)/15, 2, by which Art. I (1) of the GATT 1947 (MFN) clause, is waived until 31 December 2007. See also ONGUGLO, B. and ITO, T., *How to make EPAs WTO compatible? Reforming the rules on regional trade agreements*, ECDPM Discussion Paper No. 40, 2003: <http://ecdpm.org/wp-content/uploads/2013/11/DP-40-Make-EPAs-WTO-Compatible-Reforming-Rules-Regional-Trade-Agreements1.pdf> (last visited 27 February 2015).

³⁹ EU-Cariforum EPA (note 11).

⁴⁰ Interim Agreement with a view to an Economic Partnership Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Central Africa Party, of the other part, signed 15/01/2009.

Eastern and Southern African countries,⁴¹ and with Pacific States (to date only applicable to Papua New Guinea and Fiji)⁴² all specify that nothing in the Agreement shall be construed so as to prevent the adoption by the EU of any measure under, notably, Art. 96 of the Cotonou Agreement (the non-execution clause).⁴³ One (the CARIFORUM agreement) even specifies expressly that this includes trade sanctions, and two (the CARIFORUM and the Pacific States Agreement) additionally restate that the EPA is based on the same essential elements as the Cotonou Agreement by referencing its Art. 9. Outside of the Cotonou ambit, the 2001 EU-Korea Framework Agreement' essential elements and non-execution clauses are made expressly applicable to the subsequent EU-Korea Free Trade Agreement.⁴⁴ The new 2010 EU-Korea Framework Agreement, yet to enter into force, further reinforces that link.⁴⁵

2. Critical assessment of FTA conditionality

This might all seem like a well-oiled and steady policy, but significant exceptions and ambiguities in respect of certain types of agreements and practices threaten the effectiveness and coherence of EU conditionality altogether. Criticism of human rights clauses has to do with their inclusion (or not) in an agreement, their drafting and scope, and their effective implementation. We address these three lines of criticism in that order below.

2.1. Exceptions to generalised conditionality

The most notable and far-reaching exception to the inclusion of essential elements clauses in all agreements concerns sectoral trade

⁴¹ Interim Agreement establishing a framework for an Economic Partnership Agreement between the Eastern and Southern Africa States, on the one part, and the European Community and its Member States, on the other part, signed 29/08/2009.

⁴² Interim Partnership Agreement between the European Community, of the one part, and the Pacific States, of the other part, signed 30/07/2009.

⁴³ It would have been even clearer to include again in each EPA a clear reference to the essential elements and to the consequences of their breach, but apparently this was a contentious point, and whereas the EU was in favor of inclusion the clause was dropped in some cases. Whether or not this allows or evacuates the possibility of trade sanctions is debatable. See, in the case of the EPA with West Africa, X, *West Africa, EU Reach Trade Deal*, Bridges, Volume 18, Number 5, 13 February 2014: <http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/west-africa-eu-reach-trade-deal> (last visited 27 February 2015)

⁴⁴ See Free trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, on the other part, signed 06/10/2010, Art. 15.14.

⁴⁵ Above (note 23), Art. 43 (3).

agreements, which provide for trade liberalisation or cooperation only in respect of certain products or services. Hundreds of such agreements have been concluded over the years by the EU with many countries, some of which have problematic human rights records, and some of which concern sectors which are prone to human rights violations. We have identified such agreements notably in respect of the following sectors: wood, timber and forestry products; fish and fisheries products; agricultural products; industrial products; wine and spirits; steel and iron; textiles; oil seeds; and aviation. The concern is alleviated by the fact that many sectoral agreements are in the form of protocols to broader agreements which are conditional on respect for human rights. However, many others are self-standing and do not have any conditionality component. For example, the recent and innovative agreements introducing a Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT) scheme with a number of developing countries, the so-called 'Voluntary Partnership Agreements' (VPAs), though they address sustainable development and a number of human rights (rights of indigenous peoples, right to information), do not include an 'essential elements clause'.⁴⁶ Likewise, fisheries Partnership Agreements, for example, have traditionally not contained an essential elements clause, though some have in their preamble a non-operational reference to an agreement in which essential elements are spelled out, such as the Cotonou Agreement.⁴⁷ However, in 2013 protocols to such agreements with Morocco and Côte d'Ivoire may indicate a changing course as they include a reference to the relevant clauses of, respectively, the EU-Morocco Association Agreement and the Cotonou Agreement.⁴⁸

A second potentially far-reaching *caveat* to the generalised conditionality policy of the EU concerns the provisional application of the trade provisions of broader agreements. Many agreements containing 'beyond trade' issues are mixed agreements and therefore require the ratification of all Member States before entering into force, which can take time. On the contrary, trade being an exclusive competence of the EU, this allows for creating legal obligations in that field without the intervention of the Member States. Therefore, many comprehensive agreements foresee that, pending complete entry into force following

⁴⁶ See for instance Voluntary Partnership Agreement between the European Union and the Republic of Liberia on forest law enforcement, governance and trade in timber products to the European Union (FLEGT), signed 27/07/2011.

⁴⁷ See for example, Fisheries Partnership Agreement between the European Community and the Republic of Côte d'Ivoire, signed 18/04/2008.

⁴⁸ BARTELS, L., *op. cit.* (note 36), p. 7.

ratification by EU Member States, the provisions pertaining to trade will be applied provisionally. This is sometimes done by way of an 'interim agreement' between the EU and the partner at hand, in which the trade provisions of the broader agreement are repeated, and in which essential elements clauses are included as well. However, sometimes the provisional application takes place without having recourse to an interim agreement and may derive from a provision of the broader agreement itself, or from a decision of the parties to that effect. The 2012 EU-Iraq Partnership and Cooperation Agreement, for example, provides that as soon as Iraq and the EU have ratified it, certain trade provisions, but also the essential elements and the non-application clause, will enter into force and be applied.⁴⁹ It is thus very clear that the provisional application of the agreement encompasses human rights conditionality, but this is not so in all cases of provisional application.

For example, the 2012 EU-Central America Association Agreement provides that 'Part IV of this Agreement may be applied by the European Union and each of the Republics of the CA Party from the first day of the month following the date on which they have notified each other of the completion of the internal legal procedures necessary for this purpose. [...]'⁵⁰ Here, the provisional application clause only refers to 'Part IV', that is, the trade pillar of the agreement, whereas the essential elements clause is contained in Part I on General and Institutional Provisions and the non-execution clause is contained in Part V on General and Final Provisions. This creates significant uncertainty as to the applicability of human rights conditionality during the provisional application phase. One might argue that the general provisions inform operational chapters of the agreement and that therefore 'Part IV' cannot be read in isolation of Parts I and V. This interpretation might be consistent with Art. 31 (1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties which states that treaty provisions ought to be interpreted in light of their context, meaning the preamble, the annex, but also 'other agreements relating to the treaty', which might encompass the other essential elements clause. Yet, one might argue just as validly that the text of the agreement does not require any interpretation as the meaning is clear and strictly restricts the provisions amenable to provisional application to the trade chapter.

⁴⁹ Partnership and Cooperation Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Iraq, of the other part, signed 11/05/2012, Art. 117.

⁵⁰ Agreement establishing an Association between Central America, on the one hand, and the European Union and its Member States, on the other, signed 29/06/2012, Art. 353 (4).

In any event, this ambiguity risks creating significant confusion and to severely water down the dissuasive or promotional effect that the essential elements clause might have, if any.

Even despite these potentially enormous gaps, the quasi-unflinching resolve of the EU to include essential elements and non-execution clauses in almost all its international agreements must be saluted, as it has seriously complicated a number of trade negotiations with developing and developed countries alike,⁵¹ notably because some of them did not see under what pretext trade issues absolutely had to be conditioned on human rights, the two issues belonging, according to them, to clearly distinct fields.⁵² Australia, for example, declined in 1997 to sign an agreement containing the standard EU essential elements clause.⁵³ In the developing world, the negotiations between the EU and India are also clung to the issue of the inclusion of a human rights clause,⁵⁴ amongst other stumbling blocks.⁵⁵

2.2. Criticism related to drafting and scope

Another line of criticism concerns the fact that there exist slight variations in the drafting of the clauses, which may alter their scope and create uncertainty and inconsistencies as to the (largely hypothetical) situations which might trigger them.

First of all, the list of what constitutes 'essential elements' varies from one agreement to the next. Whereas 'democratic principles' and (fundamental) 'human rights' are always included, in other instances (the

⁵¹ TAKÁCS, T., 'Human rights in trade: the EU's experience with labour standards conditionality and its role in promoting labour standards in the WTO', in WETZEL, J. (ed.), *The EU as a 'Global Player' in the Field of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2012, p. 99.

⁵² ZWAGEMAKERS, F., *The EU's Conditionality Policy: A New Strategy to Achieve Compliance*, IAI Working Paper 12/03, 2012: <http://www10.iadb.org/intal/intalcedi/PE/2012/09808.pdf>, p. 14 (last visited 27 February 2015); CHAUFFOUR, J.-P. and MAUR, J.-C., 'Landscape', in CHAUFFOUR, J.-P. and MAUR, J.-C., (eds) *Preferential Trade Agreement Policies for Development: A Handbook*, Washington D.C., The World Bank, 2011, p. 15.

⁵³ HAFNER-BURTON, E., 'The Power Politics of Regime Complexity: Human Rights Trade Conditionality in Europe', *Perspectives on Politics*, n.º 7, 2009, p. 33.

⁵⁴ KHANDEKAR, G., *The EU and India: A Loveless Arranged Marriage*, FRIDE Policy Brief No. 90, 2, 2011: http://www.fride.org/download/pb_90_eu_and_india.pdf (last visited 27 February 2015).

⁵⁵ WOUTERS, J., GODDEERIS, I., NATENS, B., and CIORTUZ, F., *Some Critical Issues in EU-India Free Trade Agreement Negotiation*, GGS Working Paper No. 102, 2013: http://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/new_series/wp101-110/wp102-wouters-goddeeris-natens.pdf/ (last visited 27 February 2015).

principles of) 'the rule of law', 'respect for the principles of international law' or even (the principles of) 'market economy' find their way onto the list. An analysis of these additional mentions clearly evidences that such additional mentions were included in consideration of events, situations or developments which have affected the partner country (though not necessarily always).⁵⁶ Principles of market economy are indeed invariably essential elements of agreements concluded with former Soviet countries. Inclusion of the rule of law is a bit more widespread, but is especially present in agreements with countries where organised crime is reportedly more prevalent, such as the Balkans or Colombia. Finally, respect for the principles of international law are associated with 'full cooperation with the ICTY' and is included in agreements with former Yugoslav States. Whereas it is certainly true that the principles of the rule of law and respect for international law may require additional efforts in certain regions, there is no reason why these principles would not be essential to the relations of the EU with *all* its partners. The inclusion of the principles of market economy as essential elements is also rather dubious as it is clearly of another nature than the other principles. The plausible argument that market economy is somehow conducive to the realisation of human rights, notably the right to property or the right to set up a business, does not evacuate the question whether this limitation of the economic orientation of a partner country does not conflict with, e.g., the principle of self-determination.⁵⁷ But beyond the questions surrounding the substantive merits of this reference, it must be noted that this essential element is not consistently applied across countries which have a history of planned economy. Neither the 1995 nor the 2012 cooperation agreements with Vietnam, for example, include such reference. How can it be justified that the EU would not mind entering agreements with planned economy countries (including China, with which the EU is currently negotiating an investment agreement), whereas for others it makes it a point of principle that they would uphold the principles of market economy?

⁵⁶ FIERRO, E., *op. cit.* (note 18), pp. 218 ff.

⁵⁷ See Art. 1 (1) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which provides: 'All peoples have the rights of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.' Admittedly, this reference to market economy also includes a mention of the documents of the 1990 CSCE Bonn Conference, in which the relevant countries took part (through the participation of the former USSR or Yugoslavia). However, adding to the ambiguity, this reference to CSCE documents also includes the 1975 Helsinki final act, which restates the provision of the ICESCR quoted above.

Moreover, the notion of human rights itself can be subject to variable interpretations and its plasticity can play out in various ways.⁵⁸ The long-lasting debate regarding the different 'generations' of rights and notably the extent to which labour rights are human rights seemed settled (at least for what concerns 'core' labour standards). The EU's consecration of a notion of 'universal, indivisible and interdependent' human rights should also leave little doubt in this respect, but the recent 'sustainable development chapters'⁵⁹ containing provisions on labour rights inclusion in EU trade agreements has puzzled many observers of EU practice.⁶⁰ Uncertainty of this sort about the exact scope of the essential elements clause is perhaps the reason why it is often proposed to expand the areas it is meant to cover. Very recently, for instance, the Commission proposed to make 'Inclusion of human trafficking in the Human Rights Clauses' a priority of the EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012-2016, even though in its own assessment essential elements clauses encompass human trafficking.⁶¹

Hesitations regarding the exact scope of the essential elements clauses also stem from the considerable variation in the references to international instruments that are used to substantiate the notion of 'human rights'. Whereas some agreements do not refer to any specific instrument, most do refer to 'human rights as laid down in/proclaimed by/set out in/established by/defined in the Universal Declaration of Human Rights'. Others use geographically relevant regional instruments such as, for members of the OSCE, the Helsinki Final Act, and the Charter of Paris for a New Europe, or for members of the Council of Europe, the European Convention of Human Rights, which broadens the scope of the clause to certain rights that are not addressed in the Universal Declaration but well are in these regional instruments. Agreements outside of the ambit of the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) or the Council of Europe do not include references to specific instruments next to the UDHR, but an innovation was introduced in the 2010 EU-Korea Framework Agreement which lists as essential elements human rights 'as laid down in

⁵⁸ See generally WILLIAMS, A., *EU Human Rights Policies – A Study in Irony*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁵⁹ For a detailed analysis of 'sustainable development chapters' in EU FTA and their relationship with essential elements clauses, see BEKE, L., D'HOLLANDER, D., HACHEZ, N. and PÉREZ DE LAS HERAS, B., *op. cit.* (note 25), pp. 72-77.

⁶⁰ BARTELS, L., *op. cit.* (note 26), p. 33.

⁶¹ European Commission, 'The EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012-2016', Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 19 June 2012, COM(2012) 286 final, 12.

the Universal Declaration of Human Rights and *other relevant international human rights instruments*'.⁶² This formulation may be interpreted as the admission that, in other agreements, the reference to human rights is strictly limited to those enumerated in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and other specifically mentioned agreements, whereas for South Korea, the list could be expanded to include any human right potentially 'relevant' to a situation covered by the agreement. An author argues that a plausible reading however is to link the clause to the instruments binding on the parties,⁶³ though technically 'relevant' is a broader term than, for example, 'binding' or even 'applicable'. The same author also argues that a reference to relevant instruments makes the agreement 'future proof', as it also potentially includes any relevant instrument to be adopted in the future.⁶⁴

The more or less erratic substantiation of standards of conditionality may additionally, as can be expected, affect the legitimacy of the Union's efforts to link human rights and trade and other issues in international agreements, as different parties may be subject to limited or expansive conditionality according to the wording of the clause.⁶⁵ Several arguments can however put forward to explain variations. First of all, agreements are negotiated and it is natural that depending on the negotiation dynamics and other interests of the parties, the scope of the essential elements would be an element of the negotiation. An author argues that South Korea felt (rightly or wrongly) that it did not have a particularly problematic human rights record, and therefore had no reason to take issue with the clause as currently drafted.⁶⁶ A second explanation could be related to the scope and ambitions of the various agreements, ranging from strictly trade issues to sweeping political and economic cooperation. It might be argued that the wider the scope of the mutual obligations, the stricter and more expansive the wording of the conditionality. However, an analysis of the different clauses present in the EU's international agreements cannot confirm this hypothesis and rather evidence similarities based on temporal or regional patterns, and not based on the agreements' material scopes.

⁶² Above (n 23), Art. 1 (1) (emphasis added).

⁶³ KO, Y. L., 'A Common Institutional Framework for EU-Korea Relations', in HARRISON, J. (ed.), *The European Union and South Korea: The Legal Framework for Strengthening Trade, Economic and Political Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁶⁴ BARTELS, L., *op. cit.* (note 36), p. 9.

⁶⁵ Already in 1995, the development of Guidelines on human rights clauses was meant to counter the fact that the use of different clauses and mechanisms can appear as discriminatory practice. See European Commission (note 19), 11.

⁶⁶ KO, *op. cit.* (note 63).

2.3. Criticism of the monitoring and application of human rights clauses

Another popular line of criticism of these clauses has to do with their implementation: the EU went through great lengths to insert a conditionality tool in all its agreements, but does it actually use it? The first critique is that the EU does not activate conditionality often enough, and regularly leaves human rights violations by partner countries unpunished. The European Parliament has made an issue of this, insisting that if 'negative' conditionality mechanisms were put in place, they would only be credible if activated.⁶⁷ Indeed, progress in human rights has been noted to take place when, after a suspension of benefits, the partner country saw again the prospect of regaining them under certain conditions linked to human rights.⁶⁸

A second critique is that the EU would be triggering the clause selectively, and therefore unfairly.⁶⁹ Voices have raised to denounce double standards in this regard: the EU would be quick to activate conditionality against harmless partners, whereas it would be much more reluctant to do so in regards to more powerful countries.⁷⁰ And indeed, the essential elements clause has so far only been activated against ACP countries, as the table below shows.⁷¹

⁶⁷ See European Parliament resolution of 4 September 2008 on the evaluation of EU sanctions as part of the EU's actions and policies in the area of human rights (2008/2031(INI)), in which it '[c]onsiders that failure to take appropriate or restrictive measures in the event of a situation marked by persistent human rights violations seriously undermines the Union's human rights strategy, sanctions policy and credibility', para. 21.

⁶⁸ BARTELS, L., *The Application of Human Rights Conditionality in the EU's Trade Agreements and Other Trade Arrangements with Third Countries* European Parliament Directorate for External Relations, 2008; http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/406991/EXPO-INTA_ET%282008%29406991_EN.pdf, p. 18 (last visited 27 February 2015).

⁶⁹ FIERRO, E., *op. cit.* (note 18), p. 309.

⁷⁰ ZWAGEMAKERS, F., *op. cit.* (note 52), 5.

⁷¹ KEUKELEIRE, S. and DELREUX, T., *The Foreign Policy of the European Union* (2nd ed.), Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014, p. 207; DØHLIE SALTNES, J., *The EU's Human Rights Policy – Unpacking the literature on the EU's implementation of aid conditionality*, Arena Working Paper 2/2013, 2013; <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/working-papers2013/wp2-13.pdf> (last visited 27 February 2015). Sanctions in the form of a suspension of technical meetings foreseen under the EU-Uzbekistan Cooperation Agreement were taken against Uzbekistan in 2005, though the Common Position does not explicitly trigger the non-execution clause under that agreement. See Council Common Position 2005/792/CFSP of 14 November 2005 concerning restrictive measures against Uzbekistan.

Year, Country	Coup d'état	Flawed Elections	Human Rights	Rule of Law
2011 Guinea-Bissau			X	X
2010 Niger	X			
2009 Niger		X		
2009 Madagascar	X			
2009 Guinea	X			
2008 Mauritania	X			
2007 Fiji	X			
2005 Mauritania	X			
2004 Guinea		X		
2004 Togo		X	X	
2003 Guinea-Bissau	X			
2003 Central African Republic	X			
2001 Zimbabwe		X	X	X
2001 Liberia		X	X	X
2001 Côte d'Ivoire		X		
2000 Fiji	X			
2000 Haïti		X		
2000 Côte d'Ivoire	X			
1999 Guinea-Bissau	X			
1999 Comoros	X			
1999 Niger	X			
1998 Togo		X		
1996 Niger	X			

Source: Consultations under the 'essential elements' clause, by country and reason for triggering, 1996-2012⁷²

Essential elements have thus sparsely been invoked, they have not always led to sanctions proper but rather to consultations, and the sanctions when applied did not involve the lifting of trade preferences but rather 'suspension of meetings and technical co-operation programmes'.⁷³ Moreover, essential elements clauses were only triggered in situations where drastic changes had taken place in the country in question, such as a coup, flawed elections, or

⁷² Reproduced from DØHLIE SALTNES, J., *op. cit.* (note 71), p. 7.

⁷³ European Commission and Special Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy (note 3), which contains in its Annex II a 'summary of the measures that may be taken in response to serious human rights violations or serious interruptions of democratic process', and which, surprisingly, does not list the lifting of trade preferences, but mentions 'trade embargoes'.

brutal occurrences of grave human rights violations.⁷⁴ Therefore, conditionality is normally not activated when human rights violations routinely take place in a country, unless the situation gravely and suddenly deteriorates.⁷⁵ This is difficult to reconcile with the Strategic Framework and Action's plan statement that 'when faced with violations of human rights, the EU will make use of the full range of instruments at its disposal, including sanctions or condemnation. The EU will step up its effort to make best use of the human rights clause in political framework agreements with third countries'.⁷⁶

This raises the question of the monitoring of the human rights situation in countries with which the EU has an agreement containing an essential elements clause. No agreement has so far established an organ specifically dedicated to the monitoring of the human rights situation of the parties, though this has sometimes been done subsequently after the entry into force of the agreement. For the rest, human rights issues can of course be addressed as part of the political dialogue foreseen by the agreement, if any, by the general committee in charge of overseeing and managing the agreement, or by parliamentary committees which are established by a number of agreements.⁷⁷ Actually, when a party considers taking appropriate measures, the general committee must under the non-execution clause in most cases receive information and mediate between the parties. However, an exception to such role is normally foreseen for cases of 'special urgency', which are generally understood as including grave violations of essential elements. Civil society has traditionally had a role in monitoring human rights in all countries of the world, and in some EU agreements, it is given a formal or informal role with regard, notably, to human or labour rights. General standing organs involving civil society have also been set up by a number of Agreements.⁷⁸ There are finally no standard procedures to investigate alleged human rights violations in a partner country, contrary to FTAs concluded by other nations, under which a right of individual petitions may be recognised to the effect of inviting the relevant authority to investigate certain violations of human rights or other standards specified in the agreement.⁷⁹ The lack of a similar mechanism has been lamented by one author stating

⁷⁴ European Commission, 'Using EU Trade Policy to promote fundamental human rights – Current policies and practices', Non-Paper, 2012: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/february/tradoc_149064.pdf, fn. 7-8-9 (last visited 27 February 2015).

⁷⁵ BARTELS, L., *op. cit.* (note 68), p. 11.

⁷⁶ Above (n 4), p. 3.

⁷⁷ BARTELS, L., 'Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements', *Legal Issues of Economic Integration*, n.º 40, 2013, p. 301.

⁷⁸ BARTELS, L., *op. cit.* (note 36), pp. 10-11.

⁷⁹ See e.g. North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC), signed 14 September 1993, Art. 16 (3).

[t]here is no reason why the EU, with its commitment to promoting human rights in the world, should not follow best practice, and introduce into its trade agreements a mechanism whereby individuals, civil society and the other EU institutions are able to require the Commission (or the EEAS) to investigate whether third countries are complying with human rights conditions to which they have committed in the context of a free trade agreement or unilateral trade preferences. Of course, this does not mean that these actors would have any role in the formal decision to suspend the agreement.⁸⁰

It must be concluded that, in general the conditionality policy lacks any proper 'operational mechanism' for implementation, monitoring of human rights situations and evaluation of the effectiveness of sanctions. All this is supposed to take place through local diplomatic missions which lack time and resources to conduct such ground work.⁸¹ Action 11 (a) of the 2012 Strategic Framework for Human Rights, which promises to 'Develop [a] methodology to aid consideration of the human rights situation in third countries in connection with the launch or conclusion of trade and/or investment agreements' might in this regard provide a welcome basis for regularly assessing the human rights situation of partner countries and evaluating the course that it is taking as well as the necessity or not of sanctions. Other authors are more critical and note that the overly integrative ambitions of EU FTAs, coupled with the sheer volume of the issues they address dilutes their operational nature, making their enforcement nearly impossible:

European PTAs are marred by considerable legal inflation. They ambitiously cover a wide range of topics, going much beyond the multilateral commitments entered into by the partners within the framework of the World Trade Organisation, but they are mostly unenforceable – if not entirely devoid of substance. The Union, in other words, seems to be using trade agreements to promote its views on how countries of the world should be run, and it is able to enlist its trade partners to do this, albeit in a noncommittal or semi-committal way. Trade policy therefore provides a vehicle for declaratory diplomacy.⁸²

⁸⁰ BARTELS, L., *op. cit.* (note 36), p. 19.

⁸¹ ZWAGEMAKERS, F., *op. cit.* (note 52), p. 5.

⁸² HORN, H., MAVROIDIS, P. and SAPIR, A., *Beyond the WTO – An anatomy of EU and US preferential trade agreements*, Bruegel Blueprint n.º 7, 2009: <http://www.bruegel.org/download/parent/238-beyond-the-wto-an-anatomy-of-eu-and-us-preferential-trade-agreements/file/663-beyond-the-wto-an-anatomy-of-eu-and-us-preferential-trade-agreements-english/>, p. vi (last visited 27 February 2015).

Indeed, essential elements clauses seem to be considered chiefly as 'political' clauses by the Council,⁸³ and many observers have pointed out that, in comparison with the US approach, which takes a binding approach towards a small and clearly defined number of standards, the EU's essential policies clauses are 'aspirational' and aimed at fostering dialogue.⁸⁴ In any event, another author has warned against the temptation to activate essential elements clauses for the sole purpose of showing some muscle and/or avoiding the accusation of double standards. Indeed, apparently trade and other sanctions are only effective in certain contexts, and are completely useless in others. Therefore, risking to apply sanctions just to see them fail would harm rather than bolster the credibility of the Union's conditionality policy.⁸⁵ In this regard, one must be prepared to accept that the removal of trade benefits is perhaps not an argument that is convincing enough to induce change on its own. The example of the little effective GSP+ sanctions taken, for example, against Belarus or Myanmar may corroborate this hypothesis,⁸⁶ and may explain why a violation of essential elements have never given rise to sanctions of that sort. Moreover, as conditionality is becoming an ever more contentious issue, all the more on the part of a post-colonial power,⁸⁷ and as at least some partner countries are resisting it very assertively,⁸⁸ the EU should probably tread quite lightly at the time

⁸³ See Council of the European Union, 'Common approaches on the use of political clauses', 2 June 2009, 10491/1/09.

⁸⁴ See CHAUFFOUR, J.-P. and MAUR, J.-C., *op. cit.* (note 52), p. 15.

⁸⁵ BARTELS, L., *op. cit.* (note 68), p. 18. The ECJ (*Mugraby*, 6 September 2011, T-292/09) has indeed explicitly confirmed that they EU retained discretion in applying sanctions for human rights violations and was in no way obliged to invoke the essential elements clause. See para. 40: 'as regards the alleged failure by the Commission to act with respect to the suspension of the various Community assistance programmes in Lebanon, it must be held that, contrary to the applicant's assertions, Article 2 of the Association Agreement is not intended to permit or indeed to impose the recourse to and adoption of measures if the parties to that agreement fail to comply with the clause relating to fundamental rights contained in that article. Article 2 of the Association Agreement contains a provision on human rights, which provides that the relations between the parties and all the provisions of the agreement itself are to be based on respect of democratic principles and fundamental human rights.'

⁸⁶ See BEKE, L. and HACHEZ, N., 'The EU GSP: A Preference of Human Rights and Good Governance? The Case of Myanmar', forthcoming in WOUTERS, J., MARX, A., GERAETS, D., and NATENS, B. (eds.), *Global Governance though Trade*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015.

⁸⁷ WETZEL, J., 'Introduction', in WETZEL, J., (ed.), *The EU as a 'Global Player' in the Field of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2012, p. 12.

⁸⁸ See for example the assertion that the relationship of the EU with ACP countries has evolved from one of cooperation to one of coercion: HURT, S., 'Co-operation and coercion? The Cotonou Agreement between the European Union and ACP states and the end of the Lomé Convention', *Third World Quarterly*, n.º 24, 2003, p. 161.

of contemplating sanctions for fear of fuelling conflict rather than fostering social change.⁸⁹ The EU must finally be mindful of not doing more harm than good by activating sanctions as these could hit the local population more painfully than the government. And indeed, the EU has made it a rule that its sanctions and restrictive measures must comply with international law and fundamental rights, and must not entail an undue economic or humanitarian cost.⁹⁰ This is why the conduct of human rights impact assessments has been rightly suggested before deciding on sanctions.⁹¹

III. Conclusion: are essential elements clauses so essential to achieving the EU's trade-human rights nexus?

Trade relations have been noted to be natural avenues for achieving normative objectives such as human rights. Legal instruments governing those relations are a powerful lever to achieve those aims, notably through conditionality policies.⁹² This has clearly been the philosophy of the EU since 1995, which it reaffirmed in its Strategic Framework for Human Rights, in which the Council lays down specific actions in respect of bilateral instruments to 'make trade work in a way that helps human rights.'⁹³ In this article I have provided an overview of the principal way in which EU bilateral trade and investment agreements has included 'beyond trade' concerns in a way that leverages human rights, namely the essential elements clauses.⁹⁴ In this conclusion, I would like to outline a brief evaluation of whether and to what extent the EU's ambitions in this regard have succeeded. The picture is quite mixed.

From the point of view of effectiveness, the EU has not deviated from its policy to systematically link trade and human rights by including 'essential elements' clauses in all its general trade agreements since 1995.

⁸⁹ MEUNIER, S. and NICOLAIDIS, K., 'The European Union as a conflicted trade power', *Journal of European Public Policy*, n.º 13, 2006, p. 921.

⁹⁰ See Council of the European Union, 'Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy', 15 June 2012, 11205/12 2012, 5.

⁹¹ BARTELS, L., *op. cit.* (note 26), p. 31.

⁹² See generally HAFNER-BURTON, E., *op. cit.* (note 2).

⁹³ Council of the European Union (note 4) Action 11.

⁹⁴ As mentioned above, the more recent EU trade agreements now include 'sustainable development chapters' which seek to incept an ongoing dialogue with the partner country on sustainable development issues, including labour rights. The approach taken by those chapters is fundamentally different from that of the essential elements clause, and it has been argued elsewhere that such approach might not be less effective. See BEKE, L., D'HOLLANDER, D., HACHEZ, N., and PÉREZ DE LAS HERAS, B., *op. cit.* (note 25), p. 77.

The EU should be credited for this, as this single point has delayed and stiffened a number of negotiation processes. The essential elements clause potentially provides a hard mechanism through which the EU can sanction the many human rights violating countries with which it has an agreement in place. Yet, the EU very seldom activates conditionality in this way, and when it does, trade mechanisms are not at the heart of sanctions. This attitude has been analysed as a sign of weakness or pusillanimity from the EU, who would be talking the talk but would not dare walking the walk. Others have emphasised that sanctioning was not necessarily the point of conditionality: what is important would be to put human rights commitments on record, and thereby provide a basis for ongoing dialogue and progressive improvement. Partial evidence seems to show that, in terms of the correlation between trade instruments and human rights improvement over the long run, the dialogue-based approach is not necessarily negative.⁹⁵

In terms of the legitimacy, the picture is also rather conflicted. Human rights conditionality is an established line of policy and has been practiced outside of Europe. Yet it is still being questioned by a number of —developed and developing— EU partners who do not favour linking human rights and trade in conditionality terms. Arguments are that insistence on improving human rights standards should not become disguised protectionism, and should not be used to put into question the comparative advantage of developing countries. Many EU Member States being former colonial powers, the imperialistic aftertaste of this normative agenda is also increasingly resented. However warranted these objections on principles might be, the way the EU has been concretely applying conditionality based on trade agreements somehow reinforces their import. The most important challenge in this regard has to do with perceived double standards. We have put in evidence the fact that deviations in the drafting of human rights clauses —however justified by historical or geographical criteria— potentially create obligations of a different scope and intensity across the group of EU trade partners. With regard to sanctions, the only times the EU ever acted on the basis of the human rights clauses were to target ACP countries – the former group of EU colonies, whereas certain events left ignored would also have warranted some reaction by the EU.

In terms of credibility, the EU has set the bar quite high for itself, by casting into constitutional stone its commitment to linking external (trade) relations and human rights, and by identifying concrete and ambitious

⁹⁵ See MARX, A., SOARES, J., and VAN ACKER, W., 'The protection of the rights of freedom of association and collective bargaining. A longitudinal analysis over 30 years in 73 countries', forthcoming in MARX, A., WOUTERS, J., BEKE, L and RAYP, G. (eds.), *Global Governance and Labour Rights*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015.

objectives, notably in the Strategic Framework for Human Rights. The effectiveness and legitimacy flaws identified above already largely affect the credibility of the EU's stance as a global normative power, and have reportedly stood in the way of many EU foreign policy objectives. All in all, it is quite difficult to evaluate whether the EU conditionality policy as implemented through bilateral trade relations is successful. The EU has clearly chosen a progressive and non-adversarial approach, and therefore changes, if any, will take place incrementally and over the long run. However, the effectiveness, legitimacy and credibility issues we have outlined above confirm that the EU is fundamentally, in the words of Meunier and Nicolaidis, a 'conflicted trade power'.⁹⁶ It wants to do the right thing and robustly link trade and human rights, but other considerations stand in the way. This is of course normal as policy-making by definition entails compromise. However, given the ways in which the 'essential elements' strategy falls short, the outside observer is left wondering whether, in its position and with the tools at its disposal, the EU *could* and *should* not achieve more.

⁹⁶ MEUNIER, S. and NICOLAIDIS, K., *op. cit.* (note 89).

Challenges and complexities in the protection of fundamental rights in the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, **

Retos y complejidades en la protección de los Derechos Humanos en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia

Viljam Engström

Phd Public International Law, Åbo Akademi University
University Teacher in Public International Law

Mikaela Heikkilä

Phd Public International Law, Åbo Akademi University
Post-doctoral researcher

Sumario: I. Situating fundamental and human rights within the AFSJ.—II. The dual image of progress in fundamental rights protection after the Lisbonization of the AFSJ.—III. Different types of fundamental rights concerns. 1. Introduction. 2. Ideological challenges. 3. Institutional challenges. 4. Political challenges.—IV. Recent developments. 1. The end of the transitional period for EU criminal and policing matters. 2. The adoption of the 2014 Strategic Guidelines, 3. EU Accession to the ECHR.—V. Conclusions.

Abstract: It is well known by now that the uneasy coupling of freedom, security and justice in the former third pillar of the European Union often has turned out detrimental to the protection of fundamental rights. In the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ), being one of the most rapidly developing areas of European integration, security matters seem almost by definition to be prioritized over fundamental rights concerns. While the ‘Lisbonization’ of the AFSJ brought with it both institutional and substantive improvements, several fundamental rights challenges still remain. The Treaty of Lisbon can therefore be said to have resulted in something of a dual image in respect of fundamental rights protection. The article aims at

* Recibido el 17 de abril de 2015, aceptado el 17 de junio de 2015.

** The research leading to this article has received funding from the European Commission's Seventh Framework Programme (FP7/2007-2013) under the grant agreement FRAME (project n.º 320000). This article builds upon the discussions of the research report ENGSTRÖM, V. and HEIKKILÄ, M., “Fundamental Rights in the Institutions and Instruments of the Area of Freedom, Security and Justice”, 2014. The report is available on-line at <http://www.fp7-frame.eu/> (last retrieval 24/02/2015).

identifying the most important current challenges. These challenges range from systemic concerns (such as the coherence of EU action or inadequate mainstreaming of fundamental rights) to more concrete issues (for example, concerning the responsibilities of individual agencies). The article seeks to demonstrate that fundamental rights concerns are present at multiple levels. In addition, the article will consider the impact of certain recent developments in the AFSJ on the protection of rights.

Keywords: EU, fundamental rights, area of freedom, security and justice, coherence.

Resumen: *Está ampliamente reconocido que el difícil encaje entre los conceptos de libertad, seguridad y justicia del antiguo tercer pilar de la Unión Europea a menudo ha resultado perjudicial para la protección de los derechos fundamentales. En lo que se refiere al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), que es una de las áreas en las que se ha producido más rápidamente la integración europea, parece que los asuntos de seguridad se priorizan sobre los problemas de derechos fundamentales casi por definición. Mientras que la ‘Lisbonización’ del ELSJ trajo consigo mejoras tanto institucionales como sustantivas, aún quedan pendientes varios retos de derechos fundamentales. Por ello, se puede decir que el Tratado de Lisboa ha originado una especie de imagen dual en materia de protección de los derechos fundamentales. Este artículo tiene como objetivo identificar cuáles son los retos actuales más importantes. Estos retos van desde preocupaciones sistémicas (como la coherencia de la acción de la UE o la insuficiente integración de los derechos fundamentales) a cuestiones más concretas (por ejemplo, con relación a las responsabilidades de las distintas agencias). El artículo, por tanto, pretende demostrar que los problemas de derechos fundamentales están presentes en múltiples niveles. Asimismo, el artículo analizará el impacto que ciertos desarrollos recientes del ELSJ han tenido sobre la protección de los derechos.*

Palabras clave: *derechos fundamentales, Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, coherencia.*

I. Situating fundamental and human rights within the AFSJ

Ever since the entry into force of the 1997 Treaty of Amsterdam, the European integration process has included an Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ). Today, AFSJ cooperation is part of the core of European integration as defined in Article 3(2) of the Treaty on European Union (TEU). The more detailed treaty provisions regarding the area can be found in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which in Title V addresses the various justice and home affair (JHA) policies: Border checks, asylum and immigration (Chapter 2), judicial cooperation in civil matters (Chapter 3), judicial cooperation in criminal matters (Chapter 4), and police cooperation (Chapter 5).

The AFSJ consists of several diverse policy fields. What the JHA policies have in common is that they often touch upon matters that lie at the very heart of member state sovereignty and for this reason are highly politicised.¹ The AFSJ also essentially concerns matters that affect the rights and obligations of individuals. These two dimensions of the AFSJ cooperation reflect the tension between collective security and individual rights (justice) inherent in many JHA policies.² As noted by Monar, the “rather technically sounding term ‘justice and home affairs’ should not make one forget that the EU is dealing here with issues relating to the most invasive forms of state action, such as deprivation of liberty, refusal of entry at borders, expulsion and uncovering of personal data”.³ It is no coincidence therefore that both the protection of fundamental rights and the JHA policies have developed hand-in-hand within the Union.⁴

Today, the obligation to respect fundamental rights within the EU’s AFSJ primarily stems from Article 6 TEU, which is the general fundamental rights provision in EU law, and Article 67 TFEU, which establishes that the Union shall constitute an AFSJ with respect for fundamental rights and the different legal systems and traditions of the member states. Furthermore, as regards external action, Article 21(1) TEU stipulates that the Union’s action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, including the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms. This is significant as many JHA policies have a pronounced external dimension.⁵ From a coherence perspective, it is important to note that there is an inbuilt distinction in the institutional structure of EU governance between *external* human rights and *internal* fundamental rights. In the Council there are, for example, two different preparatory bodies depending on whether the issue is connected

¹ E.g., MONAR, J., “The Institutional Framework of the AFSJ: Specific Challenges and Dynamics of Change” in MONAR, J. (ed.), *The Institutional Dimension of the European Union’s Area of Freedom, Security and Justice*, Peter Lang, Brussels, 2010, p. 23.

² E.g. PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, third edition, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 1.

³ MONAR, J., “The Area of Freedom, Security and Justice”, in VON BOGDAND Y, A. and BAST, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, second edition, Hart Publishing/Verlag CH Beck, Oxford/München, 2010, p. 553.

⁴ RAULUS, H., “Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice”, in WOLFF, S., GOUDAPPEL, F. and DE ZWAAN, J. (eds.), *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2011, p. 213.

⁵ Furthermore, many AFSJ measures affect third country nationals within the Union. Cf. GUILD, E., CARRERA, S., DEN HERTOOG, L. and PARKIN, J., “Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies: Frontex, Europol and the European Asylum Support Office”, report to the European Parliament’s Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE), 2011, p. 7.

to external human rights (the Working Group on Human Rights, COHOM) or internal fundamental rights (the Working Party on Fundamental Rights, Citizens' Rights and Free Movement of Persons, FREMP).⁶ This division has been identified as one reason behind the fact that there today are JHA fields where the Union has a clear external human rights policy but a corresponding developed internal fundamental policy is lacking (for example, violence against women) and vice versa (for example, migration).⁷

II. The dual image of progress in fundamental rights protection after the Lisbonization of the AFSJ

The 1992 Treaty of Maastricht created the three-pillar EU structure. Initially, all JHA cooperation took place in the intergovernmental third pillar. Early JHA cooperation was criticized for secrecy (justified with the sensitive nature of the JHA cooperation) and accountability deficits (lacking parliamentary scrutiny and judicial control).⁸ The 1997 Treaty of Amsterdam transferred certain JHA matters to the supranational first pillar (immigration, asylum and civil law issues), but left others behind in a reformed third pillar. A central goal in the 2007 treaty reforms was to address the critique raised against the JHA decision-making and thereby to improve the Union's JHA infrastructure. Eventually, the Treaty of Lisbon abolished the pillar structure and brought JHA law-making within the so-called ordinary legislative procedure.⁹ This significantly enhanced the role of the European Parliament in the decision-making. The Treaty of Lisbon

⁶ See e.g., FRA, *Council of the EU Discusses Coherence of Internal-External Fundamental Rights' Policies*, press release of 7 October 2014: <http://fra.europa.eu/en/event/2014/council-eu-discusses-coherence-internal-external-fundamental-rights-policies> (last retrieval 03/02/2015).

⁷ See further, e.g., KJAERUM, M., *Speech by FRA Director Morten Kjaerum to the Council of the EU Working Group on Human Rights (COHOM), Brussels, 7 October 2014*: <http://fra.europa.eu/en/speech/2014/internal-external-coherence> (last retrieval 03/02/2015). In relation to children's rights, Cullen has noted that in certain questions (e.g., the right to education) the Union has external action, even though a corresponding internal policy is lacking. According to her, this may entail legitimacy problems. CULLEN, H., "Children's Rights", in PEERS, S. and WARD, A., *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 338-339.

⁸ E.g., DOUGLAS-SCOTT, S., "The EU's Area of Freedom, Security and Justice: A Lack of Fundamental Rights, Mutual Trust and Democracy?" in BARNARD C. and ODUDU O. (eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 11, 2009, pp. 57-58.

⁹ Articles 289 and 294 TFEU.

did also, among other things, extend the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in JHA matters.¹⁰

Murphy and Acosta Arcarazo have pointed out that there is a “tendency in EU law scholarship to over-emphasize novelty and to pronounce a new dawn with each new treaty”,¹¹ and the Treaty of Lisbon is no exception in this respect. Numerous scholars have considered the “Lisbonization” of the AFSJ, and commonly arrive at rather positive assessments of the reform.¹² Yet, as every treaty is a political compromise, even after the Treaty of Lisbon the AFSJ continues to be a highly complex and politically contentious policy-area. There are also elements of the former pillar divide that have survived such as special decision-making procedures.¹³ Unanimity is, for instance, required when the Council votes on issues relating to passports and certain family matters.¹⁴ The treaty also allows for opt-outs for some countries.¹⁵ This, in combination with so-called brake and accelerator clauses,¹⁶ entail that the applicable JHA rules are not necessarily the same for all member states. The Treaty of Lisbon has also fortified the problems of supranational EU decision-making in the AFSJ, and especially problems stemming from regulatory competition and unclear inter- and intra-institutional division of competencies.¹⁷ In the institutional landscape of the AFSJ also the prominent role of the European Council as

¹⁰ Part Six, Title I, Chapter 1, Section 5 TFEU. See further e.g., CARRERA, S., DE SOMER, M. and PETKOVA, B., “The Court of Justice of the European Union as a Fundamental Rights Tribunal – Challenges for the Effective Delivery of Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, No. 49, 2012, p. 6.

¹¹ MURPHY, C. C., and ARCARAZO, D. A., “Rethinking Europe’s Freedom, Security and Justice” in ARCARAZO, D. A., and MURPHY, C. C. (eds.), *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 1.

¹² Guild and Carrera e.g., talk about changes that “will revolutionise the way in which the AFSJ works” and that the treaty marked a “‘before and after’ point in the making of the EU’s AFSJ”. GUILD, E. and CARRERA, S., “The European Union’s Area of Freedom, Security and Justice Ten Years On” in GUILD E., CARRERA, S. and EGGENSCHWILER, A. (eds.), *The Area of Freedom, Security and Justice Ten Years On – Successes and Future Challenges under the Stockholm Programme*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2010, pp. 2-3.

¹³ MONAR, J., *op.cit.*, note 3, p. 568.

¹⁴ Articles 77(3) and 81(3) TFEU.

¹⁵ On the special position of Denmark, Ireland and United Kingdom, see Protocol (No 21) on the Position of the United Kingdom and Ireland in Respect of the Area of Freedom, Security and Justice, OJ C 326/295 of 26 October 2012, and Protocol (No 22) on the Position of Denmark, OJ C 326/299 of 26 October 2012. Also see e.g., PEERS, S., *op. cit.*, note 2, pp. 73-88.

¹⁶ See further articles 82, 83, 86 and 87 TFEU.

¹⁷ See further ENGSTRÖM, V. and HEIKKILÄ, M., *op. cit.*, note **, Ch. II.

the prime strategist raises its own set of uncertainties.¹⁸ Finally, it should be noted that much AFSJ action is not legislative, but executive or operational. Such action is often managed by domestic authorities or EU executive agencies, such as Europol (the European Police Office) and Frontex (the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union).¹⁹ As will be considered further below, the emphasized role of agencies raises its own set of concerns.

The fundamental rights infrastructure of the Union is another area where the Treaty of Lisbon entailed a more far-reaching overhaul.²⁰ The amended Article 6 TEU transformed the Charter of Fundamental Rights of the EU (Fundamental Rights Charter) into a legally binding document by proclaiming that the Charter “shall have the same legal value as the Treaties”.²¹ Furthermore, Article 6(2) states that the “Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms” (ECHR). This has been found to be highly significant in order to ensure coherence and consistency in the application of human rights in Europe.²² Article 6 TEU also provides that fundamental rights as guaranteed by the ECHR and as they result from the constitutional traditions common to the member states shall continue to constitute general principles EU law. In all, this infrastructure has been characterized as a complex “tripartite interwoven system for the protection of fundamental rights”.²³ The Union’s Fundamental Rights Agency (FRA) has emphasized the need to continue to develop the Union’s fundamental

¹⁸ These will be considered further below in section IV.2.

¹⁹ See further e.g., DOUGLAS-SCOTT, S., *op.cit.*, note 8, pp. 59-60, and MONAR, J., “Experimentalist Governance in Justice and Home Affairs” in SABEL, C. F., and ZEITLIN, J. (eds.), *Experimentalist Governance in the European Union: Towards a New Architecture*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 239-240.

²⁰ See further e.g., DOUGLAS-SCOTT, S., “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, No. 4, 2011, p. 645 ff.

²¹ Article 6(1) TEU. Also see Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 83/389 of 30 March 2010.

²² POLAKIEWICZ, J., “EU Law and the ECHR: Will the European Union’s Accession Square the Circle?”, *European Human Rights Law Review*, Issue 6, 2013, p. 593.

²³ BLANKE, H.-J., “The Protection of Fundamental Rights in Europe”, in BLANKE, H.-J. and MANGIAMELI, S. (eds.), *The European Union after Lisbon: Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2012, p. 163. Also see e.g., BAZZOCCHI, V., “The European Charter of Fundamental Rights and the Area of Freedom, Security and Justice” in DI FEDERICO, G. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights – From Declaration to Binding Instrument*, Springer, Dordrecht, 2011, pp. 183-184, and DOUGLAS-SCOTT, S., *op. cit.*, note 20, p. 645 ff.

rights infrastructure, and has, *inter alia*, suggested the creation of an EU fundamental rights policy cycle.²⁴

The Lisbonization of the AFSJ therefore reveals a two-fold image: On the one hand, the AFSJ has become part of the general constitutional scheme of EU decision-making and as such, the AFSJ is subject to constitutional checks (including fundamental rights compliance). On the other hand, the AFSJ continues to be a policy area that displays many institutional peculiarities. The highly contentious nature of many AFSJ policies is the explanation for many of these AFSJ features which in turn give rise to fundamental rights challenges.

III. Different types of fundamental rights concerns

1. Introduction

There are many different types of challenges to the realization of fundamental rights within the AFSJ. To begin with, it should be noted that each and every AFSJ policy raises its own set of fundamental rights concerns. Likewise, the activities of practically all AFSJ actors can be approached as a question of impact upon and/or contribution to the protection of rights. Challenges that arise from the activities of single actors, or that are the result of legislative action (or inaction) in a particular policy area, are also the ones that are more easily addressed. By way of an example, the fundamental rights concerns that the activities of Frontex have given rise to have been met, for example, through closer cooperation with the UNHCR, the adoption and monitoring of a fundamental rights strategy, the establishment of a fundamental rights officer, and the adoption of a code of conduct.²⁵ Yet, while these steps all serve to increase the likelihood that Frontex better respects fundamental rights in performing its tasks, they do not address problematic dimensions of the agencification phenomenon. The account below will take hold of systemic challenges that have been identified by both scholars and EU institutions. These challenges can be thought of as more enduring and therefore more difficult to overcome, and relate to the ideological perception of AFSJ cooperation, institutional structures, and the level of political (dis)agreement.

²⁴ FRA, *An EU Internal Strategic Framework for Fundamental Rights: Joining Forces to Achieve Better Results*, 2015.

²⁵ ENGSTRÖM, V. and HEIKKILÄ, M., *op. cit.*, note **, pp. 45-46.

2. Ideological challenges

If there is one distinctive feature of AFSJ governance that should be singled out as the most prominent feature, many would probably choose the use of institutional governance structures outside the main EU bodies.²⁶ In the AFSJ, agencies play a central role and perform tasks of a technical, scientific, operational and/or regulatory nature. Although agencies in the AFSJ often lack formally binding powers, their impact can be tangible.²⁷ Agencies are major producers of EU soft law, which has a clear policy-making significance and therefore also fundamental rights relevance.²⁸ Agencies have due to these reasons been found to be new sources of authority at the EU level, which, being an additional governance layer in between the member state and Union, transform the classical understanding of the boundaries of executive and administrative power.²⁹

The various AFSJ agencies perform different types of tasks and consequently give rise to different types of fundamental rights concerns, which have been well documented in AFSJ literature.³⁰ However, the more interesting point from an ideological perspective is the agencification phenomenon as such. Extensive reliance on agencies can in itself be regarded as a conscious choice (and not an inevitability following from the particularities of AFSJ cooperation), in that agencies represent a very distinct form of governance. The merits and demerits of agencies should therefore be assessed in comparison with other ways to govern.³¹ One of the consequences of extensive use of agencies is the framing of AFSJ

²⁶ On the constitutional framework for the creation of agencies and delegation of powers to them, see e.g., HOFMANN, H. C. H., and MORINI, A., “Constitutional Aspects of the Pluralisation of the EU Executive through “Agencification””, *European Law Review*, Vol. 37, No. 4, 2012, p. 419 ff.

²⁷ See further e.g., EKELUND, H., “Making Sense of the ‘Agency Programme’ in Post-Lisbon Europe: Mapping European Agencies”, *Central European Journal of Public Policy*, Vol. 6, No. 1, 2012, p. 26, and CURTIN, D., *Executive Power of the European Union: Law Practices, and the Living Constitution*, Oxford University Press, Oxford 2009.

²⁸ E.g., SHAPIRO, M., “Independent Agencies” in CRAIG, P. and DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 115, and GUILD, E., *et al.*, *op. cit.*, note 5, p. 101.

²⁹ GUILD, E., *et al.*, *op. cit.*, note 5, pp. 89-91.

³⁰ For an overview and classification of EU agencies, see e.g., EKELUND, H., *op. cit.*, note 26, p. 26 ff.

³¹ This opens up the question as to whether the improvements made are enough to counterweight the governance problems that still remain. Some authors actually contend that the added value of agencies still remains to be demonstrated. See WOLFF, S. and SCHOUT, A., “Frontex as Agency: More of the Same?”, *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 14, Issue 3, 2013, p. 305.

policy-making and implementation as “technical issues”. According to the Commission, the technical and scientific assessments made by the agencies is their real *raison d’être*, and further, that: “The main advantage of using the agencies is that their decisions are based on purely technical evaluations of very high quality and are not influenced by political or contingent considerations”.³² The production of technical expert knowledge is therefore a feature that provides legitimacy and epistemic authority to agencies. By way of an example, the JHA agencies produce threat assessments and identify priorities for implementing the Internal Security Strategy (ISS) through the so-called policy cycle. These threat assessments, through the involvement of COSI (Standing Committee on Internal Security), become background information for the political decision-making of the JHA Council.³³

Yet, relying on knowledge produced by agencies in the political decision-making process is not problem-free. Firstly, there is no conceptual clarity on what knowledge stands for. This can affect the reliability of the knowledge produced.³⁴ Terrorism, for example, is an area where there is a lack of scientific and political consensus on appropriate policy priorities, which makes the production of “good knowledge” utmost challenging.³⁵ Secondly, the agencies’ participation in the knowledge-production makes the question of participation in and inclusiveness of the work of agencies central. In this respect, overly strong representation of stakeholders such as law enforcement bodies and security industries, in comparison to academics and especially social science and humanities, has raised concern. Such an imbalance in the knowledge production may result in a prioritizing of security issues to the detriment of fundamental rights.³⁶ Furthermore, the use of seemingly

³² European Commission, Commission Communication: The Operating Framework for the European Regulatory Agencies, COM(2002) 718 final, p. 5. See also HOFMANN, H. C. H., and MORINI, A., *op. cit.*, note 26, p. 421.

³³ See further e.g., European Commission, The EU Internal Security Strategy in Action: Five Steps towards a More Secure Europe, COM(2010) 673 final, CARRAPIÇO, H., and TRAUNER, F., “Europol and Its Influence on EU Policy-Making on Organized Crime: Analyzing Governance Dynamics and Opportunities”, *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 14, No. 3, p. 357 ff., and PARKIN, J. “EU Home Affairs Agencies and the Construction of EU Internal Security”, *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, No. 53, 2012, pp. 4-5.

³⁴ PARKIN, J., *op. cit.*, note 33, pp. 31-32, and 38.

³⁵ Cf. BOSSONG, R., “EU Cooperation on Terrorism Prevention and Violent Radicalization: Frustrated Ambitions or New Forms of EU Security Governance?”, *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 27, Issue 1, 2014, p. 66 ff.

³⁶ PARKIN, J., *op. cit.*, note 33, pp. 33 and 40.

technocratic knowledge as a basis for policy making can, in fact, disguise political disagreement.³⁷

A phenomenon that is closely connected to this technocratisation of AFSJ matters is the securitization of policy-making. In the balancing between the values (and policies) of freedom, security and justice, security often permeate the other two. A security-emphasis has been identified by Labayle and De Bruycker, for example, in the fight against terrorism, in the proliferation of automatic data transfer mechanisms, as well as in the treatment of asylum seekers.³⁸ Also the UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants has observed an imbalance in favour of security concerns in respect of irregular migration.³⁹ The link to technocratisation derives from the fact that a labelling of an issue as a security-matter seemingly moves that particular issue beyond political debate. A securitisation of policies also means emphasising prevention, which in turn requires risk-assessments and information flows about risks, data processing, exchange of information, and the enactment of networks of security experts.⁴⁰ Framing JHA issues as security/intelligence matters calls for secrecy and confidentiality in working methods when gathering, processing and disseminating information.⁴¹

³⁷ HOFMANN, H. C. H., and MORINI, A., *op. cit.*, note 26, p. 422. The adoption of the ISS and its management within the COSI has also been seen to stand in contrast with previous approaches (which placed great emphasis on public debate at parliamentary level), essentially turning the clock back to a more technocratic approach. LABAYLE, H., and DE BRUYCKER, P., “Towards the Negotiation and Adoption of the Stockholm Programme’s Successor for the Period 2015-2019”, report to the European Parliament’s Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE), 2013, p. 14. Also see RIJPM, J. J., “Institutions and Agencies: Government and Governance after Lisbon” in ARCARAZO, D. A. and MURPHY, C. C. (eds.), *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 72.

³⁸ LABAYLE, H., and DE BRUYCKER, P., *op. cit.*, note 37, pp. 12-14.

³⁹ Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, UN Doc. A/HRC/23/46, 24 April 2013, para. 31. Perhaps some encouraging signs, at least in respect of data protection standards, can be found in CJEU case law. In the Joined Cases *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* from April 2014, the CJEU took a firm stance on the balancing between security and fundamental rights concerns in respect of the protection of personal data. Judgment of 8 April 2014 in *Digital Rights Ireland* respectively *Seitlinger and Others*, C-293/12 and C-594/12.

⁴⁰ TUORI, K., “A European Security Constitution?” in FICHERA, M. and KREMER, J. (eds.), *Law and Security in Europe: Reconsidering the Security Constitution*, Intersentia, Cambridge 2013, pp. 62-66.

⁴¹ PARKIN, J., *op. cit.*, note 33, pp. 35-38 with more detailed examples, and GUILD, E., *et al.*, *op. cit.*, note 5, pp. 99-100.

Eventually, the framing of agencies as mere depoliticised ‘coordinators’ or ‘facilitators’ also has implications on their autonomy.⁴² Democratic accountability has not been found as necessary in relation to agencies as in connection to many other bodies and institutions, and legal accountability has not always been given proper attention. In cases of alleged unlawful actions, including fundamental rights breaches, the scope of agency responsibility has, in fact, often been mundane.⁴³

3. Institutional challenges

As already touched upon above, the Treaty of Lisbon addressed many institutional problems connected to the AFSJ decision-making. Yet, the institutional framework still raises concerns relating, among other things, to the competence of AFSJ actors, the possibility of individuals to enforce their rights, and the fundamental rights framework itself. As to the first of these, it should be noted that the TFEU does leave room for interpreting the scope of AFSJ action. For example, Article 77(3) TFEU introduces an element of ambiguity to the definition of EU competence in respect of border checks, asylum and immigration policies.⁴⁴ While such ambiguity in itself does not constitute a fundamental rights issue, it can bring with it problems of allocating responsibility.

More typically, however, the difficulties of allocating responsibility arise in connection to agencies. The functions and tasks of agencies are usually settled in secondary legislation.⁴⁵ However, agencies have also

⁴² It should, however, be noted that it is not only agencies that have been “technocratized.” Also, for example, the European Parliament has been accused of having become subject to depoliticisation to the detriment of scrutiny and democratic accountability. CARRERA, S., HERNANZ, N., and PARKIN, J., “The ‘Lisbonisation’ of the European Parliament – Assessing Progress, Shortcomings and Challenges for Democratic Accountability in the Area of Freedom, Security and Justice”, *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, No. 58, 2013, p. 36.

⁴³ These observations have been made in respect of Frontex and Europol. GUILD, E., *et al.*, *op. cit.*, note 5, p. 8

⁴⁴ Article 77(3) TFEU reads: “If action by the Union should prove necessary to facilitate the exercise of the right referred to in Article 20(2)(a), and if the Treaties have not provided the necessary powers, the Council, acting in accordance with a special legislative procedure, may adopt provisions concerning passports, identity cards, residence permits or any other such document. The Council shall act unanimously after consulting the European Parliament”. Also see CRAIG, P., *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 351. Also see HOFMANN, H. C. H., and MORINI, A., *op. cit.*, note 26, p. 426.

⁴⁵ E.g., Regulation (EU) No 1168/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 amending Council Regulation (EC) No 2007/2004 establishing a European

implicitly expanded their tasks (at different levels of legal formality).⁴⁶ As some agencies have few formal powers, they have been driven to expand their powers and activities through soft law and policy actions, such as funding research, gathering data and analysing information, developing training and exchanging and pooling best practices.⁴⁷ Fundamental rights protection mechanisms often have difficulties in dealing with such tools.⁴⁸ An uncertainty surrounding the exact extent of competence of agencies also follows from a lack of detailed definition of tasks in the legislation.⁴⁹ Yet another source of uncertainty is the delegation of powers to agencies as it is not always clear whether it is an EU institution or member states that is the source of the delegation. The source of the delegated authority is important to assert in order to be able to pinpoint who is the ultimate bearer of responsibility for fundamental rights violations. A blurring of responsibilities also affects the possibilities of individuals to obtain access to justice in cases of alleged breaches of rights. The situation is especially troublesome for third-country nationals (for example, in the area of immigration and border control), who due to lack of information and extraterritorial mechanisms often have difficulties to get redress.⁵⁰ A practice of delegating acts has also been criticised for escaping democratic oversight by the European Parliament.⁵¹

Another set of institutional questions that can be raised concern matters of supervision and accountability. First of all, despite the institutionalisation of the role of national parliaments for the good functioning of the Union in Article 12 TEU, national parliaments are not involved at early stages

Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, OJ L 304/1 of 20 November 2011, and Regulation (EU) No 439/2010 of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 establishing a European Asylum Support Office, OJ L 132/11 of 29 May 2010.

⁴⁶ See e.g., MARIN, L., “Policing the EU’s External Borders: A Challenge for the Rule of Law and Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice? An Analysis of Frontex Joint Operations at the Southern Maritime Border”, *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 7, No. 4, 2011, p. 468, POLLAK, J. and SLOMINSKI, P., “Experimentalist but Not Accountable Governance? The Role of Frontex in Managing the EU’s External Borders”, *West European Politics*, Vol. 32, No. 5, 2009, p. 904, BUSUIOC, M., and GROENLEER, M., “Beyond Design: The Evolution of Europol and Eurojust”, *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 14, No. 3, 2013, p. 285.

⁴⁷ PARKIN, J., *op. cit.*, note 33, p. 39 (Parkin especially mentions Eurojust as an agency that has a more limited mandate and that due to this has relied on informal powers).

⁴⁸ See e.g., CARRERA, S., DEN HERTOOG, L. and PARKIN, J., “The Peculiar Nature of EU Home Affairs Agencies in Migration Control: Beyond Accountability *versus* Autonomy?”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 15, 2013, pp. 351-355.

⁴⁹ GUILD, E., *et al.*, *op. cit.*, note 5, pp. 19, 26, and 95.

⁵⁰ GUILD, E., *et al.*, *op. cit.*, note 5, pp. 92, 103-104, and 110.

⁵¹ CARRERA, S., HERNANZ, N., and PARKIN, J., *op. cit.*, note 42, p. 15.

of policy shaping and once they are engaged, national parliaments have been noted to focus more on national matters than on scrutiny of AFSJ policies or agencies as such. National parliaments can also lack of access to information, as well as resource problems in coping with the volume of JHA legislation.⁵² The European Parliament has also come to face a dilemma concerning its identity both as co-legislator and watchdog of fundamental rights and democratic scrutiny.⁵³ In addition, the fundamental rights monitoring of the European Parliament (and more specifically that of the LIBE Committee) suffers from under-developed and fragmented tools.⁵⁴ In respect of agencies, the oversight by the European Parliament has been accused of being incident-driven,⁵⁵ suffering from a lack of information,⁵⁶ being weak as far as scrutiny is based on receiving annual reports and work programmes, and insufficient as far as the summoning of executive directors is concerned.⁵⁷

Secondly, in respect of judicial accountability, the main concern relates to the position of individuals before the CJEU. As a point of departure Article 263 TFEU grants the CJEU jurisdiction over all AFSJ measures.⁵⁸ As Article 6 TEU asserts fundamental rights protection as a general principle of EU law this means that fundamental rights considerations apply when assessing the interpretation and validity of AFSJ measures as well as member states implementation of those measures.⁵⁹ The CJEU's possibility to consider fundamental rights violations is limited to situations where

⁵² See e.g., HILLEBRAND, C., "Guarding EU-Wide Counter-terrorism Policing: The Struggle for Sound Parliamentary Scrutiny of Europol" in KAUNERT, C. and LEONARD, S. (eds.), *European Security, Terrorism and Intelligence: Tackling New Security Challenges in Europe*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2013, p. 112. and TRAUNER, F., "The European Parliament and Agency Control in the Area of Freedom, Security and Justice", *West European Politics*, Vol. 35, No. 4, 2012, p. 784.

⁵³ CARRERA, S., HERNANZ, N., and PARKIN, J., *op. cit.*, note 42, pp. 1-2.

⁵⁴ CARRERA, S., HERNANZ, N., and PARKIN, J., *op. cit.*, note 42, p. 2.

⁵⁵ BUSUIOC, M., *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 154.

⁵⁶ WILLS, A., *et al.*, "Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in the European Union", report to the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE), 2011, p. 81.

⁵⁷ E.g., GUILD, E., *et al.*, *op. cit.*, note 5, pp. 25 and 29-30. Also see European Commission, Commission Communication: On the Procedures for the Scrutiny of Europol's Activities by the European Parliament, Together with National Parliaments, COM(2010) 776 final.

⁵⁸ In relation to the substantive jurisdiction, Article 276 TFEU, however, excludes from the Court's mandate the "jurisdiction to review the validity or proportionality of operations carried out by the police or other law-enforcement services of a Member State or the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security."

⁵⁹ See e.g., PEERS, S., *op. cit.*, note 2, p. 103.

institutions, bodies, offices and agencies of the Union and of the member states *are implementing Union law*.⁶⁰ The CJEU is hence not a general fundamental rights court, even though its case law in such matters already is substantial.⁶¹

In principle, an individual can file a complaint with the CJEU for failure to comply with the Fundamental Rights Charter. The central procedure is action for annulment.⁶² However, such a complaint can only be filed against an EU act directed at him/her and which is of direct or individual concern. One drawback with the procedure is that it might be difficult for a person to show that he/she is directly affected by the act, especially since legislation by its nature establishes general rules, and when it comes to agencies, they mainly seem to coordinate or assist member states.⁶³ As regards requests for preliminary rulings, it is up to national courts (and not individuals) to decide whether to bring such requests to the CJEU.⁶⁴ The same limitation applies to requesting the Commission to bring proceedings against member states.⁶⁵ As to quasi-judicial mechanisms, the Ombudsman's lack of power to award legally binding remedies has been singled out as a potential (although somewhat controversial) possibility of enhancing the avenues of individuals.⁶⁶ Another envisaged way of ensuring that individuals can file complaints on

⁶⁰ Article 51(1) of the Fundamental Rights Charter. In the *Åkerberg Fransson* judgment, the CJEU held that that: "Since the fundamental rights guaranteed by the Charter must therefore be complied with where national legislation falls within the scope of European Union law, situations cannot exist which are covered in that way by European Union law without those fundamental rights being applicable. The applicability of European Union law entails applicability of the fundamental rights guaranteed by the Charter." Judgment of 26 February 2013 in *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, para. 21.

⁶¹ On the CJEU and AFSJ, see further e.g., RAULUS, H., *op. cit.*, note 4, pp. 234-237, and DOUGLAS-SCOTT, S., "Freedom, Security, and Justice in the European Court of Justice: The Ambiguous Nature of Judicial Review" in CABELL, T., EWING, K. D., and TOMKINS, A. (eds.), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 276-293.

⁶² Article 263 TFEU.

⁶³ For this reason, Guild *et al.* conclude that compensation for damages (340 TFEU) may actually offer the individual greater opportunities, even if the same complications apply in this case. GUILD, E., *et al.*, *op. cit.*, note 5, pp. 83-86.

⁶⁴ Article 267 TFEU.

⁶⁵ Article 258 TFEU (also see Article 259). Also see FRA, [Annual Report] *Fundamental Rights: Challenges and Achievements in 2011*, 2012, pp. 20-21.

⁶⁶ On the European Ombudsman, see e.g., TSADIRAS, A., "The European Ombudsman's Remedial Powers: An Empirical Analysis in Context", *European Law Review*, Vol. 38, 2013, p. 52, and VOGIATZIS, N., "Exploring the European Council's Legal Accountability: Court of Justice and European Ombudsman", *German Law Journal*, Vol. 14, No. 9, 2013, p. 1661.

alleged violations of their rights by EU institutions has been the accession of the EU to the ECHR – a step that yet remains to be taken.⁶⁷

A further institutional challenge in the AFSJ relates to transitional provisions. Such provisions can, most notably, be found in Protocol 36 to the TFEU, which limited some of the most far-reaching AFSJ treaty innovations for a period of five years (1 December 2009 to 1 December 2014).⁶⁸ Article 10 of Protocol 36 specifies that the powers of the CJEU and of the European Commission in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters were to be restricted in relation to matters which had been adopted before the entry into force of the Treaty of Lisbon. This meant that the Commission could not start infringement proceedings against member states and that the CJEU did not have jurisdiction to review and answer questions from the member states' national courts on the interpretation of these subject matters during the transitional period (except if the member states have accepted such jurisdiction optionally).⁶⁹ As will be considered further below, Protocol 36 has not completely lost its significance, despite the end of the transitional period.

Finally, it should be observed that much of the AFSJ governance, both at the highest programming level and the agency implementing level, is best characterized as soft law governance. The fact that agencies do not issue binding acts, but merely remain limited to coordinating tasks, makes agency action escape review before the CJEU, unless the acts of EU agencies produce legal effects towards third parties.⁷⁰ In addition, as soft law governance circumvents the formal law-making process, the one obvious loser out is the European Parliament.⁷¹

⁶⁷ FRA, *op. cit.*, note 65, pp. 23-24 and 33.

⁶⁸ Protocol (No 36) on transitional provisions, OJ C 326/322 of 26 October 2012. Also see e.g., DE CAPITANI, E., "Metamorphosis of the Third Pillar: The End of the Transitional Period for EU Criminal and Policing Law", *EU Law Analysis* [blog], 10 July 2014, and PEERS, S., "Childhood's End: EU Criminal Law in 2014", *EU Law Analysis* [blog], 29 December 2014.

⁶⁹ Protocol (No 36), *op. cit.*, note 68, Article 10. Also see MITSILEGAS, V., CARRERA, S., and EISELE, K., *The End of the Transitional Period for Police and Criminal Justice Measures Adopted before the Lisbon Treaty. Who Monitors Trust in the European Justice Area?*, report to the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE), 2014, pp. 12-13.

⁷⁰ Article 263 TFEU. See further e.g., HATZOPOULOS, V., "Casual but Smart: The Court's New Clothes in the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) after the Lisbon Treaty" in MONAR, J. (ed.), *The Institutional Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, Peter Lang, Brussels, 2010, pp. 149-150.

⁷¹ STEFAN, O., "Helping Loose Ends Meet? The Judicial Acknowledgement of Soft Law as a Tool of Multi-Level Governance", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 21, No. 2, 2014.

As to the fundamental rights framework itself, one core actor in political monitoring of fundamental rights issues is the Union's FRA. While largely appreciative of its achievements, the external evaluation of FRA's first five years notes several areas of concern. Among the issues identified are, for example, the limits that the mandate and the Multi Annual Framework set to what the FRA can undertake (excluding judicial and police cooperation in criminal matters),⁷² and what advice it can bring forward (for example, FRA could have a stronger position in the legislative process by not being dependent on requests from the main EU bodies for having an input), a clarification and prioritisation of the role in respect of different stakeholders, and an improvement of its usefulness for member states.⁷³ Also the Strategic Guidelines for Legislative and Operational Planning for the coming years within the AFSJ, adopted by the European Council in June 2014, underline the importance of mobilising the expertise of FRA.⁷⁴ This emphasis ties neatly to a call for stronger engagement of independent external experts and civil society organisations in legislative processes for conducting fundamental rights evaluations.⁷⁵ It has also been argued that the EU should conduct more general human rights compatibility checks, that is, not only focus on adherence to the Fundamental Rights Charter.⁷⁶

⁷² The Commission proposed that the agency could work in the areas of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters. The Council did not endorse this approach and decided to exclude these two major fields of competence of the Union from the agency's multiannual framework, which determines the thematic areas on which it can work during the period 2013-2017. Council Decision 252/2013/EU of 11 March 2013 establishing a Multiannual Framework for 2013-2017 for the European Union Agency for Fundamental Rights, OJ L 79/1, 21 March 2013, Article 3. See also European Commission, Report: 2012 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights, COM(2013) 271 final, 8-9.

⁷³ RAMBOLL, *Evaluation of the European Union Agency for Fundamental Rights: Final Report*, 2012, pp. 95-98. See also TOGGENBURG, G. N., "Fundamental Rights and the European Union: How Does and How Should the EU Agency for Fundamental Rights Relate to the EU Charter of Fundamental Rights?", *EUI Working Paper*, No. 13, 2013.

⁷⁴ OJ C 240/13 of 24 July 2014, para. 11.

⁷⁵ FRA, [*Annual Report*] *Fundamental Rights: Challenges and Achievements in 2013*, 2014, p. 11. Even a "shift in attitude surrounding consultation" has been called for. See e.g. BUTLER, I. D. J., "Ensuring Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Legislative Drafting: The Practice of the European Commission", *European Law Review*, Vol. 37, No. 4, p. 403.

⁷⁶ See further REGIONAL OFFICE FOR EUROPE OF THE UN HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *The European Union and International Human Rights Law*, 2011, pp. 17-18.

4. Political challenges

Challenges connected to the processes through which EU law and policies are adopted and implemented are, for example, the uneven and incoherent implementation of EU law and problems connected to the mainstreaming of fundamental rights into EU policies. As to the latter, FRA has recently called for a more comprehensive mainstreaming of fundamental rights, and argued for elevating fundamental rights to a permanent policy consideration rather than an *ad hoc* and crisis-driven concern.⁷⁷ There are, however, political realities that have hampered such mainstreaming. One of these is the strong security-orientation of JHA cooperation. It is also possible to identify a struggle of ownership over AFSJ policy-making both as regards different EU institutions, but also in relation to member states. In this struggle the actors involved appear to place different emphasis on fundamental rights issues.

In many AFSJ policy fields, EU integration has proceeded through directives or framework decisions which demand domestic implementing legislation and which grant member states a certain freedom in the implementation. This leeway is typically provided for through vague formulations and clauses safeguarding the compatibility of domestic law.⁷⁸ In relation to migration law instruments, Wiesbrock has, for example, argued that what characterises them is the “significant discretion” they grant member states.⁷⁹ Integration in the JHA field is furthermore often based on mechanisms such as mutual recognition and minimum rules, both of which underline the independent position of member states. In relation to, for example, EU criminal law, where a common European criminal justice area has not yet materialized, member states are the ones who adopt the criminal law based on which individuals are prosecuted.⁸⁰ For this reason, a key challenge for European integration in the AFSJ is how to make *national* legal systems interact well.⁸¹ For example in respect of mutual recognition

⁷⁷ An obligation to mainstream fundamental rights can in certain respects even be traced to the TFEU. See e.g., Articles 8, 9, and 10 TFEU. FRA, *op. cit.*, note 75, pp. 12-13 with more detailed suggestions on elements to be included in this framework.

⁷⁸ WIESBROCK, A., “Sources of Law, Regulatory Processes and Enforcement Mechanisms in EU Migration Policy: The Slow Decline of National Sovereignty”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, Vol. 20, No. 3, pp. 425.

⁷⁹ WIESBROCK, A., *op. cit.*, note 78, p. 424.

⁸⁰ KLIP, A., *European Criminal Law – An Integrative Approach*, second edition, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 470.

⁸¹ MITSILEGAS, V., “The Limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual”, *Yearbook of European Law*, 2012, p. 320.

and mutual trust, the most critical question from the fundamental rights perspective becomes to what extent member states must trust each other when it comes to ensuring fundamental/human rights.⁸² While there is “no longer a blind insistence of mutual trust”⁸³, it is, however, noteworthy that the “CJEU [has] placed the threshold for rebutting the presumption of compliance with fundamental rights very high”⁸⁴

As regards the relationship between institutional actors in AFSJ policy-making, it is worth noting that a key issue in many AFSJ policy instruments (for example, the multiannual Stockholm Programme on the development AFSJ cooperation) is the need for more coherence and cooperation between AFSJ actors.⁸⁵ In this respect a differentiation can be made between intra-institutional incoherence (within individual EU institutions such as different Council formations and preparatory bodies) and inter-institutional incoherence (between different EU institutions).⁸⁶ Coherence issues may also arise from lack of coordination with external actors. The external dimension of AFSJ activities will meet with concurrent activities of other organisations, such as the United Nations and the Council of Europe. The possibility of conflict, for example, with the Council of Europe has been noted to have grown significantly as the EU has begun legislating in areas that are also the subject of Council of Europe conventions. This may create situations of overlap and even double standards. The area of judicial cooperation in criminal matters has been singled out as an area where clashes are especially likely (both organisations are e.g., engaged in combating human trafficking and terrorism).⁸⁷

⁸² PEERS, S., *op. cit.*, note 2, p. 686. As to Greece, see e.g., *Case of M.S.S. v. Belgium and Greece*, Judgment, Application No. 30696/09, European Court of Human Rights, 21 January 2011.

⁸³ HERLIN-KARNELL, E., “European Criminal Law as an Exercise in EU ‘Experimental’ Constitutional Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, No. 3, 2013, p. 459.

⁸⁴ NANOPOULOS, E., “Trust Issues and the European Common Asylum System: Finding the Right Balance” *Cambridge Law Journal*, Vol. 72, Issue 2, 2013, p. 279 (there must be indications of “systemic deficiencies”).

⁸⁵ The Stockholm Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens, OJ C 115/8 of 4 May 2010.

⁸⁶ TRAUNER, F., “The Internal-External Security Nexus: More Coherence under Lisbon?”, *European Union Institute for Security Studies Occasional Paper*, No. 89, 2011, pp. 5-6, and 22.

⁸⁷ See CORNU, E., “The Impact of Council of Europe Standards on the European Union” in WESSEL, R. A., and BLOCKMANS, S. (eds.), *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations*, Asser Press/Springer, The Hague, 2013, p. 128, and MATERA, C., “The Influence of International Organisations on the EU’s Area of Freedom, Security and Justice: A First Inquiry” in WESSEL, R. A., and BLOCKMANS, S. (eds.), *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Or-*

Another expression of the institutional competition in the AFSJ is the occasional reluctance of the Commission to act upon the resolutions and initiatives of the European Parliament (despite an explicit obligation in Article 225 TFEU).⁸⁸ The Commission has also refused to follow Council strategies in all respects.⁸⁹ As all main EU bodies have also launched documents defining their own political priorities, already the setting of the priorities for the AFSJ has been characterized by institutional struggles. Some authors have, in fact, claimed that there has not been one EU AFSJ policy, but a plurality of AFSJ policy agendas.⁹⁰ In this plurality of initiatives, the European Parliament in particular has become seen as the EU's human rights watchdog.

IV. Recent developments

1. *The end of the transitional period for EU criminal and policing matters*

As mentioned above, the transitional provisions envisaged in Article 10 of Protocol 36 to the Treaty of Lisbon limited the Lisbonization of the AFSJ up to the 1 December 2014 in respect of police and judicial cooperation in criminal matters. These limits mainly concerned the enforcement powers of the European Commission and judicial scrutiny by the CJEU. As the transitional period has now ended, the jurisdiction of the CJEU has been extended and the European Commission will be entitled to bring proceedings to the court. This can be characterized as a move from 'intergovernmentalism' to 'supranationalism' in respect of police and criminal justice cooperation. As the European Commission will be able to scrutinise the implementation by member state authorities of EU police and criminal justice law and to launch infringement proceedings before the

der Under the Influence of International Organisations, Asser Press/Springer, The Hague, 2013, p. 269. For a more detailed account of the relationship, see e.g., KOLB, M., *The European Union and the Council of Europe*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2013. An interesting special feature of the relationship between the EU and the Council of Europe is the insertion of so-called disconnection clauses in Council of Europe agreements, which guarantee the prevalence of EU law. DE WITTE, B., "EU Law: Is It International Law?" in BARNARD, C., and PEERS, S. (eds.), *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 192.

⁸⁸ CARRERA, S., HERNANZ, N., and PARKIN, J., *op. cit.*, note 42, pp. 27-28.

⁸⁹ CARRERA, S., and GUILD, E., "The European Council's Guidelines for the Area of Freedom, Security and Justice 2020 Subverting the 'Lisbonisation' of Justice and Home Affairs?" *CEPS Essay*, No. 13/14, 2014, p. 4.

⁹⁰ CARRERA, S., and GUILD, E., *op. cit.*, note 89, p. 5.

CJEU, and as the preliminary ruling procedure of the CJEU is extended to this policy area as well, these changes have been seen to bring about greater legal certainty in the AFSJ and a closer focus on the correct and timely implementation of AFSJ measures.⁹¹

The 1 December 2014 did, however, not bring all special arrangements to an end. The UK will retain its privileged position as Protocol 36 provides for special ‘opt-out/opt-in’ possibility for the UK and the possibility to escape the exercise of the broadened powers of the Commission and the CJEU.⁹² In this sense, the legal uncertainty concerning the UK’s participation in criminal justice matters continues, with a fragmenting effect on the policy area. This lack of coherence can also have negative implications on the protection of fundamental rights and the operation of the EU system of mutual recognition in criminal matters.⁹³ It should be added that specific rules also continue to apply to Ireland and Denmark in the AFSJ through Protocols 21 and 22.⁹⁴

2. *The Adoption of the Strategic Guidelines*

The framework for cooperation in the AFSJ is set through five-year political programmes adopted by the European Council. Out of previous programmes, the Tampere and Hague programmes have been characterized as strongly security-oriented, whereas the Stockholm Programme was more geared towards fundamental rights.⁹⁵ The Stockholm Programme was recently replaced by new Strategic Guidelines for Legislative and

⁹¹ MITSILEGAS, V., CARRERA, S. and EISELE, K., *op. cit.*, note 69, pp. 21-22.

⁹² Protocol (No 36), *op. cit.*, note 68, Article 10(4) states that “the United Kingdom may notify to the Council that it does not accept, with respect to the acts referred to in paragraph 1, the powers of the institutions...”. On the 24 July 2013 the UK notified the Council that it wishes to opt out of all Union acts in the field of police and judicial cooperation in criminal matters. Council of the European Union, “UK notification according to article 10(4) of Protocol No 36 to the TEU and TFEU”, 12750/12, 26 July 2013. In November 2014 the UK notified the Council of the acts to which it opts-in. Council of the European Union, “Notification of the United Kingdom under Article 10(5) of Protocol 36 to the EU Treaties”, 15398/14, 27 November 2014.

⁹³ MITSILEGAS, V., CARRERA, S. and EISELE, K., *op. cit.*, note 69, pp. 38-39.

⁹⁴ Protocol (No 21) on the Position of the United Kingdom and Ireland in Respect of the Area of Freedom, Security and Justice, OJ C 326/295 of 26 October 2012, and Protocol (No 22) on the Position of Denmark, OJ C 326/299 of 26 October 2012.

⁹⁵ See European Council, Presidency Conclusions, Tampere, 15-16 October 1999, the Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, OJ C 53/1 of 3 March 2005, and The Stockholm Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens, OJ C 115/8 of 4 May 2010. Also see e.g., MURPHY, C. and ACOSTA ARCARAZO, D., *op. cit.*, note 11, pp. 5-6.

Operational Planning in the AFSJ (2015-20) adopted by the European Council in June 2014.⁹⁶ These strategic guidelines “build [...] on the past programmes” and note that “the overall priority now is to consistently transpose, effectively implement and consolidate the legal instruments and policy measures in place”.⁹⁷

Input into the drafting process of the 2014 Strategic Guidelines was provided by, amongst others, the Commission⁹⁸ and the European Parliament.⁹⁹ While expectations towards the new multiannual programme were high, initial reactions express disappointment. The guidelines have been characterized as a “missed opportunity” with a limited added value.¹⁰⁰ The guidelines have also been seen to reflect a “pre-Lisbon Treaty mindset among the EU member states and the Justice and Home Affairs Council” due to the undemocratic and non-transparent way in which they were adopted.¹⁰¹ It has also been feared that they might constitute an obstacle for further development of the AFSJ. The guidelines do emphasize that it is “crucial to ensure the protection and promotion of fundamental rights” and that it is “essential to guarantee a genuine area of security for European citizens”.¹⁰² Yet, despite this, the guidelines have been accused of failing to acknowledge the relevance of the legally binding Fundamental Rights Charter and more generally the role and impact of fundamental rights in AFSJ cooperation, including the EU’s future accession to the ECHR.¹⁰³ The critique raises fears of re-introducing a stronger security mindset, but also of reversing the achievements of the ‘Lisbonization’ of the AFSJ.

The discussion surrounding the 2014 Strategic Guidelines exemplify some of the general institutional challenges with AFSJ law- and policy-making. Above all, the adoption of the guidelines gives rise to the question of ownership over AFSJ policy-making. Disagreement between the European Council/Council, the Commission and the European Parliament

⁹⁶ OJ C 240/13 of 24 July 2014 (‘2014 STRATEGIC GUIDELINES’).

⁹⁷ 2014 STRATEGIC GUIDELINES, *op. cit.*, note 96, para. 3.

⁹⁸ European Commission, Commission Communication: “An Open and Secure Europe: Making It Happen”, COM(2014) 154 final, and European Commission, Commission Communication: “The EU Justice Agenda for 2020 – Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union”, COM(2014) 144 final.

⁹⁹ European Parliament resolution of 2 April 2014 on the mid-term review of the Stockholm Programme. Also see e.g., FRA, *Fundamental Rights in the Future of the European Union’s Justice and Home Affairs*, 31 December 2013.

¹⁰⁰ DE BRUYCKER, P., “The Missed Opportunity of the “Ypres Guidelines” of the European Council Regarding Immigration and Asylum”, *MPC Blog* [blog], 29 July 2014.

¹⁰¹ CARRERA, S., and GUILD, E., *op. cit.*, note 89, pp. 1 ff, and 6.

¹⁰² 2014 STRATEGIC GUIDELINES, *op. cit.*, note 96, para. 4 and 10.

¹⁰³ CARRERA, S., and GUILD, E., *op. cit.*, note 89, p. 7.

over ownership of AFSJ planning has become something of a characteristic feature of the policy area, and raises question-marks concerning the role of the European Council in the AFSJ.

One of the most significant institutional changes brought about by the Treaty of Lisbon was the elevation of the European Council into an official EU institution, and with that, the confirmation of the European Council's role as the supreme AFSJ strategist.¹⁰⁴ Article 68 TFEU hereby states that: "The European Council shall define the strategic guidelines for legislative and operational planning within the area of freedom, security and justice". At the same time, Article 15(1) TEU is clear on denying the European Council a legislative role. This opens up the question of the relationship between the European Council's policy planning and the Commission's right to initiate secondary EU legislation and to adopt action plans.¹⁰⁵ The current discussion on the merits and demerits of the 2014 Strategic Guidelines seems to be yet another expression of an ever ongoing search for proper balance between main EU bodies in AFSJ law- and policy making. The marked brevity and vagueness of the 2014 Strategic Guidelines (in particular in comparison with the Stockholm Programme), means that the guidelines fail to expressly address many fundamental rights concerns in the AFSJ. On the other hand, the brevity and openness of the guidelines leaves the door open for later specification. As many actors will be active in that specification, the future path of the Union's AFSJ is therefore difficult to foresee based on the guidelines alone.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Also see e.g. RITTELMAYER, Y-S., "The Institutional Consecration of the European Council: Symbolism beyond Formal Texts", in FORET, F. and RITTELMAYER, Y-S. (eds.), *The European Council and European Governance: The Commanding Heights of the EU*, Routledge, London and New York, 2014, p. 34.

¹⁰⁵ PONZANO, P., HERMANIN, C. and CORONA, D., "The Power of Initiative of the European Commission: A Progressive Erosion?", *Notre Europe*, No. 89, 2012, pp. 42-43. CARRERA, S., "The Impact of the Treaty of Lisbon over EU Policies on Migration, Asylum and Borders: The Struggles over the Ownership of the Stockholm Programme" in GUILD, E. and MINDERHOUD, P. (eds), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2012, p. 249. The European Parliament has on its part held that it has "the right to come back with specific proposals when it is consulted on the legislative action programme". European Parliament resolution of 25 November 2009 on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council — An area of freedom, security and justice serving the citizen — Stockholm programme, para. 153.

¹⁰⁶ See further ENGSTRÖM, V., and HEIKKILÄ, M., "Lisbonizing Back and Forth? Strategic Planning and Fundamental Rights in the AFSJ", in *European Yearbook on Human Rights*, 2015 (forthcoming).

3. *EU Accession to the ECHR*

As noted above, the accession of the EU to the ECHR has been perceived as particularly important, given the obstacles that individuals face in bringing a case to the CJEU, and the absence of other proper mechanisms of ensuring respect of individual rights.¹⁰⁷ The accession has been regarded as especially significant for the AFSJ, as the European Court of Human Rights (ECtHR) has by far a more well-established case law in many AFSJ areas than the CJEU. The jurisdiction of the ECtHR also allows the court to focus in a direct and general fashion on the infringement of the rights of the individual. Through accession to the ECHR, the EU will be bound by the ECHR and individuals will be entitled to file applications for infringements against the EU and its institutions instead of filing applications solely against member states for the implementation of EU law.¹⁰⁸

The TEU establishes an obligation for the Union to accede to the ECHR, and a draft Agreement on the Accession of the EU to the ECHR was accepted on 5 April 2013.¹⁰⁹ The hopes of accession did however suffer a serious set-back in December 2014, when the CJEU delivered its Opinion 2/13. In this opinion, the CJEU ruled (for the second time) that the EU could not accede to the ECHR on the basis of the current accession agreement.¹¹⁰ As a result of the Opinion, the accession process is now halted. The judgment has been called “an unmitigated disaster” from the point of view of human rights protection, not only because of the rejection, but above all considering the conditions that the CJEU sets for the renegotiation of the accession.¹¹¹ Accession in compliance with the CJEU’s judgement is seen to make it impossible to provide effective

¹⁰⁷ See e.g., POLAKIEWICZ, J., *op. cit.*, note 22, p. 605 and in respect of agencies, e.g. DE MOOR, A. and VERMEULEN, G., “Europol and Eurojust” in WILLS, A. *et al.*, *Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in the European Union*, report to the European Parliament’s Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE), 2011, 374-395, p. 384. See also GRAGL, P., *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

¹⁰⁸ In general, see GRAGL, P., *op. cit.*, note 107, and PIRIS, J.-C., *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 163-166.

¹⁰⁹ Article 6(2) TEU. Fifth Negotiation Meeting between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final report to the CDDH, 2013.

¹¹⁰ The first being Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 28 March 1996, European Court Reports 1996, p. I-1759

¹¹¹ PEERS, S., “The CJEU and the EU’s Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection”, *EU Law Analysis* [blog], 18 December 2014.

external control of EU actions.¹¹² From the point of view of the individual whose rights are violated, this means that their position continues to be unsatisfactory, and the fulfilment of Article 6(2) of the TEU that “The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom” remains a distant promise.¹¹³

V. Conclusions

The institutional structure of JHA cooperation has been reformed numerous times over the years. The AFSJ is today part of the general constitutional system of EU law- and policy-making, and the Fundamental Rights Charter which is now part of EU law, has elevated protection of human rights within the Union significantly. It may even be argued that there is today a rather widespread fundamental/human rights awareness within the Union; a development that can be noticed also in the AFSJ. On the other hand, the AFSJ continues to be a policy area that is characterised by institutional peculiarities and novel forms of governance. Further, a ‘Lisbonization’ of the AFSJ has not only introduced the rule of law (and with it, an emphasis on the protection of fundamental rights), but has also exported the flaws of EU governance into this former third pillar. These flaws become particularly pronounced in the AFSJ, due to the sensitivity of the policies from a national sovereignty perspective, while at the same time of direct concern for the rights of individuals. The end of transitional periods, the planned EU accession to the ECHR, and the adoption of a new multiannual programme to guide AFSJ law- and policy-making raised high hopes for the development of a more solid and coherent fundamental rights framework within the AFSJ. While the disappointing outcome by no means renders the idea of a human rights-friendly AFSJ a lost cause, it does confirm the AFSJ as an area still very much in development. An improvement of the protection of fundamental rights will therefore continue to require efforts on multiple levels.

¹¹² PEERS, S., *op. cit.*, note 111, and DOUGLAS-SCOTT, S., “Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: A Christmas Bombshell from the European Court of Justice”, *Verfassungsblog* [blog], 24 December 2014.

¹¹³ It is, however, noteworthy that 37 Council of Europe conventions and protocols are open for EU participation (out of which the EU is a party to 11). On the EU-Council of Europe relationship, see CORNU, E., *op. cit.*, note 87, p. 113. The EU should also “strive to transpose those aspects of Council of Europe Conventions within its competence into European Union Law”, Council of Europe, Committee of Ministers, Action Plan, CM(2005) 80 final, 17 May 2005, Guideline No. 5.

Otros estudios

Constitución Económica Europea y modelo social: límites e ineficiencias de la integración negativa mejorada en la lucha contra la exclusión social*

*European Economic Constitution and Social Model:
Limits and Inefficiencies of the Improved Negative Integration
in the Fight Against Social Exclusion*

Ainhoa Lasa López

Investigadora asociada del Equipo Integración Europea,
Universidad de Deusto.

Sumario: I. Exclusión, inclusión, pobreza y vínculo económico en la crisis del paradigma globalizador.—II. El modelo social del constitucionalismo de mercado europeo: presupuestos teórico-metodológicos. 2.1. La oposición entre las constituciones económicas del Estado social y de la Unión Europea. 2.1.1. La consolidación del primado del mercado. 2.1.2. Nueva gobernanza económica europea: de la crisis a la rehabilitación del vínculo económico. 2.1.3. Funcionalidad de la integración positiva y solidaridad competitiva.—III. Traducción político-normativa de la lucha contra la pobreza. 3.1. La exclusión en el marco de la política social en el Tratado de Lisboa. 3.2. Carta Social Europea, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: alcance y garantías del derecho a la protección contra la pobreza. 3.3. La Estrategia Europa 2020.—IV. Conclusiones finales. 4.1. La vacuidad de las aportaciones basadas en la regeneración social del Derecho de la Unión. 4.2. La organización del modelo social supranacional desde los parámetros del gobierno europeo de la economía como única vía para superar el déficit de la integración positiva.

Resumen: La gestión de la crisis en la Unión Europea desde la perspectiva de la racionalidad del cálculo económico se ha materializado en una serie de mecanismos que buscan consolidar la centralidad del vínculo económico, corrigiendo las deficiencias del diseño institucional de la eurozona. Por lo tanto, lejos de tratarse de una transformación que reformula la integración negativa en términos de equilibrio con la dimensión social, ahonda en el estatus de subalterinidad de la integración positiva. Desde estos parámetros, el objetivo de combatir la exclusión social a escala europea deviene una quimera. La escasa virtualidad práctica de los documentos so-

* Recibido el 8 de mayo de 2015, aceptado el 8 de junio de 2015.

ciales, la utilización de técnicas de soft law, y la devaluación del derecho a la protección contra la pobreza al limbo de la programaticidad, acentúa el carácter marginal de la respuesta social europea a la crisis.

Palabras clave: pobreza, vínculo social, gobierno de la economía, constitucionalismo de mercado europeo.

***Abstract:** The management of the crisis in the European Union from the perspective of rationality of economic calculation has resulted in the adoption of a series of mechanisms that seek to rehabilitate the centrality of the economic bond, correcting institutional deficiencies of the eurozone. Therefore, far from being a transformation that redefines negative integration in terms of balance with social dimension, it delves into the status of subordination of positive integration. From these parameters, the fight against exclusion at the European level becomes a chimera. The limited practical effort of the social documents, the use of soft law techniques, and the devaluation of the right to protection against poverty to the limbo of programmaticity, accentuates the marginalization of the European social answer to the crisis.*

Keywords: poverty, social bond, economic government, European market constitutionalism.

“La exclusión social, y por lo tanto, la pobreza, constituye una violación de los derechos fundamentales de la persona y de la familia como núcleo central de la sociedad que puede minar el futuro de nuestras democracias”.

Parlamento Europeo

I. Exclusión, inclusión, pobreza y vínculo económico en la crisis del paradigma globalizador

El 5 de marzo de 2015, la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo (PE) en su Informe sobre el Semestre Europeo para la coordinación de las políticas económicas: aspectos sociales y relativos al empleo del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2015¹, recordaba “que más de 122 millones de ciudadanos de la UE se encuentran en riesgo de pobreza o exclusión social, incluida la pobreza de los ocupados y la pobreza infantil”, para terminar advirtiendo que “estos niveles son inaceptables y deben reducirse inmediatamente” (Considerando 67 del Informe, página 19).

¹ (2014/2222(INI).

De los datos del informe se desprende que la crisis del modelo jurídico político de la globalización se ha traducido en un incremento exponencial de la pobreza en la Unión. Sobre todo, si tenemos en cuenta que a mediados de los ochenta del siglo pasado el número de pobres en la entonces Comunidad Europea era de 44 millones. Estos datos implican que en treinta años Europa ha registrado un aumento de 78 millones de ciudadanos pobres, lo que refleja la gravedad de la cuestión y, al mismo tiempo, que lejos de tratarse una situación coyuntural fruto de la actual crisis, la exclusión social es un problema endémico y de naturaleza estructural.

Sin embargo, la solución empleada entonces y ahora por los Estados Miembros (EEMM) y las instituciones de la Unión ha sido la misma: la empleabilidad en clave de políticas activas propias del *workfare state* basadas en una infraestructura de la responsabilidad que traslada al individuo el objetivo de su propia integración social amparándose en la virtud igualadora de oportunidades de la economía social de mercado². Desde esta óptica, no es de extrañar que los programas comunitarios que en la década de los setenta iniciaron la lucha contra la pobreza y la exclusión social, y el enfoque actual marcado por la Estrategia Europa 2020³ y la Plataforma contra la Pobreza y la Exclusión Social⁴, sean ineficaces en la consecución de su principal objetivo, la erradicación, o cuanto menos, la aminoración progresiva de la exclusión social.

Ahora bien, pretender localizar las causas de este fracaso en la ambigüedad de contenidos, la indefinición política, la ausencia de un dispositivo jurídico vinculante o la falta de presupuesto para conseguir su efectividad, es una lectura sesgada que olvida que el principal factor que impide abordar la pobreza en toda su complejidad es, precisamente, el propio modelo jurídico-político de la Unión. La centralidad incondicionada del mercado y sus coordenadas, maximización de la competencia y libertades económicas, piedras angulares del constitucionalismo de mercado europeo consagrado por el Tratado de Maastricht, han sido y son los principales obstáculos para revertir la imparable tasa de pobreza. Fundamentalmente, porque abordar la cuestión de la exclusión social desde los mismos parámetros que la agravan, y tratar de corregirla empleando mecanismos que generan nuevas dimensio-

² LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, ed. Comares, Granada, 2011, pp. 32-34.

³ Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010. “Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador: Europa 2020” [COM (2010) 2020 final].

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 16 de diciembre de 2010. “La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial” [Bruselas COM(2010) 758 final].

nes de exclusión social, trabajadores pobres, pobreza en la tercera edad o pobreza energética, entre otras, resulta, cuanto menos, contradictorio.

Tampoco parece una solución plausible trasladar, sin más, al espacio supranacional las prerrogativas nacionales en materia social. De hecho, aunque la Unión dispusiera de competencia exclusiva en materia de política social, ésta seguiría ocupando una posición secundaria o residual en el ordenamiento jurídico europeo. La condición hiperjerárquica que detentan los valores del constitucionalismo de mercado, impiden articular una dimensión social sólida que contrarreste dicha supremacía y corrija, por ende, la asimetría relacional.

Con todo, el debate sobre la integración positiva y su necesaria tutela por el ordenamiento jurídico europeo, no es nuevo. Prueba de ello es el abundante material dedicado al estudio de esta cuestión ya desde la década de los ochenta⁵. La formulación de un corpus jurídico de naturaleza social al cual se le reconozca una fuerza constitucional equivalente a la decisión de sistema de una economía social de mercado, era y es una prioridad absoluta para la UE. Esta necesidad de situar la tutela de la dimensión social en el espacio legal europeo tiene su principal causa en el problema de la desconexión existente entre la integración económica y la integración social. Una disociación que se ha agravado con la afectación a las políticas de bienestar estatales de los imperativos de la integración económica⁶.

El punto de inflexión viene determinado por la imposición de un nuevo paradigma fruto de las transformaciones simultáneas producidas por los fenómenos de la crisis del Estado social, la globalización y la integración europea. Caracterizado por la centralidad del mercado, tiene como directa

⁵ DÄUBLER, W., “Market and Social Justice in the EC. The rationale and substance of a European fundamental rights Act”, en DÄUBLER, W., *Market and Social Justice in the EC. The other side of the internal market*. 1991,ed., Güterlosh, Renania del Norte-Westfalia, 1991, pp. 177-191. LYON-CAEN, A, Y SIMITIS, S., “L’Europe sociale á la recherche de ses références”, en *Revue du Marché Unique Européen*, n.º4, 1993, pp. 109 y ss. RODRIGUEZ-PIÑERO, M., BRAVO-FERRER, M, y CASAS BAAMONDE, M.E., “In Support of a European Social Constitution”, en DAVIS. P., (coord), *European Community Labour Law: Principles and perspectives*. Liber amicorum Lord Wedderburn, ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 23 y ss. WEISS, M., “Il Trattato di Ámsterdam e la politica sociale”, en *Diritto delle relazioni industriali*, n.º 1, 1998, pp. 3-9. BUNTENBACH, A., “Un cambio de rumbo para una Europa más social”, en *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, n.º 18, 2012, pp. 315-320. SCHIEK, D., “The EU constitutional of social governance in an economic crisis in defence of a transnational dimension to social Europe”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 2, 2013, pp. 185-208.

⁶ SCHARPF, F.W., “Integrazione negative e integrazione positive: i dilemmi della costruzione europea” en *Stato e Mercato*, n.º 1. 1998, pp. 21 y ss. FERRERA, M., “Integrazione europea e sovranità sociale dello Stato-Nazione”, en *Rivista Italiana di Scienza Politica*, n.º 3, 2000, pp. 393-403.

consecuencia la disolución de los contenidos propios del constitucionalismo social. Los nuevos principios organizativos se sitúan en la lógica de la desvinculación de los mecanismos de sujeción política del Estado social, de ruptura del paradigma de la racionalización social del mercado.

Desde esta perspectiva, nuestra aproximación a la cuestión de la exclusión social se sitúa en un contexto más amplio como es el del modelo constitucional europeo que hemos definido en términos de constitucionalismo de mercado, y su actual crisis. Sin minimizar por ello el alcance de la normativa que aborda de manera más directa esta temática y que será analizada con posterioridad. El objetivo es evitar una reflexión parcial circunscrita a las carencias del articulado y demás panoplia instrumental para, de manera preferente, contextualizar la exclusión social en el marco del modelo social del constitucionalismo de mercado como su principal ámbito de materialización. Principalmente, porque situar el estado de la cuestión en un enfoque meramente descriptivo basado en el estudio aislado del dispositivo social europeo desvinculado de su condicionamiento por la constitución material europea, nos conduciría a una reflexión que no iría más allá de la introducción de mecanismos correctores del déficit social europeo de dudosa eficacia para corregir la imparable tendencia de mercantilización de la integración positiva.

Por lo tanto, el objetivo es analizar las transformaciones, en términos de ruptura con el modelo social del primado de la política, incorporadas por el primado de la economía, así como la crisis por la que atraviesa este último modelo y las medidas adoptadas para su corrección. Para ello, nuestra premisa principal es que el modelo social europeo se construye desde la ruptura del vínculo social, como elemento configurador de la constitución económica del Estado social, y su sustitución por el vínculo económico del constitucionalismo de mercado que se diferencia del primero tanto desde el punto de vista de su dimensión normativa, como del significado que otorga a la integración positiva en el espacio económico europeo.

II. El modelo social del constitucionalismo de mercado europeo: presupuestos teórico-metodológicos

Al hilo de lo señalado hasta el momento, consideramos que el problema no es aquel de trasladar al ámbito supranacional europeo el espacio de protección de la integración positiva, como una consecuencia inevitable del propio proceso de integración económica. Puesto que se trata de un planteamiento que minimiza las implicaciones de la constitución económica europea, reforzada en los últimos años con el engranaje normativo de la nueva Gobernanza Económica Europea (GEE), y que por lo tanto, se sitúa ajeno a

los contenidos que definen el marco de la explicación del surgimiento del proceso de integración.

De acuerdo con una línea de discurso mayoritaria, la práctica ausencia de disposiciones sociales en los Tratados Constitutivos obedecería a un descuido intencionado por parte de los padres fundadores. Mayores divergencias plantean sus causas. Para unos, se trataba de un difícil equilibrio constitucional entre dos necesidades insoslayables: por un lado, el establecimiento de un mercado común en régimen de competencia guiado por los principios de la competencia y las libertades económicas de los factores de producción. Por otro lado, la preservación en el ámbito nacional de aquellos institutos vitales para la relegitimación democrática de los Estados tras el fin de la segunda guerra mundial. Una distribución de competencias entre los Estados y la Comunidad en la que los primeros tenían reservado como espacio de intervención el de la protección social, mientras que las instituciones comunitarias tenían como finalidad exclusiva la construcción de un mercado común. Un compromiso que, al mismo tiempo, funcionaba como sistema de garantías de los sistemas de bienestar nacionales. Además, la construcción de un espacio económico integrado actuaría como un estímulo para el crecimiento y la expansión de la capacidad de intervención socioeconómica de los EEMM, asegurando la apertura gradual y controlada de las respectivas economías al propio mercado común. Un mecanismo de ajuste estructural frente a la posible erosión de los sistemas de protección social por la integración económica⁷.

Para otros, la ausencia de una intervención normativa comunitaria en el ámbito social en los primeros estadios de la integración tuvo su origen en una decisión consciente, que buscaría la consolidación de las bases económicas del proyecto comunitario como condición necesaria para, posteriormente, poder llevar a cabo una intervención de este tipo. Ambos objetivos, la creación de un mercado común y el bienestar social, estarían presentes desde un primer momento en las intenciones de los redactores de los Tratados. Sin embargo, era necesario construir previamente la infraestructura económica para poder edificar sucesivamente las superestructuras sociales y políticas adecuadas. Ilustrativo de este “marxismo preterintencional de los padres fundadores” sería el artículo 2 del Tratado de Roma, donde los objetivos del “desarrollo armonioso de las actividades económicas”, “el crecimiento continuo y equilibrado” y el “incremento del nivel de vida”, son

⁷ GIUBBONI, S., “Da Roma a Nizza. Libertá economiche e diritti sociali fondamentali nell’Unione Europea”, en *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n.º 27, 2004, pp. 10-12. Del mismo autor, “Verso la Costituzione Europea: la traistoria dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario”, en *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n.º 2, 2004, p. 491.

confiados tanto al libre funcionamiento del mercado común, como a la progresiva aproximación de las actividades económicas.⁸

Lo que realmente nos interesa poner de relieve de ambas reflexiones no es tanto las diferencias que pudieran existir entre una y otra, sino que ambas reproducen los términos del debate de una manera equívoca. Al minimizar la tensión ya existente en la primera fase de la integración entre el modelo de bienestar social, propio del constitucionalismo social, con el nuevo paradigma, se menoscaban las repercusiones jurídicas que este último introduce. Esta minusvaloración se contagia también a los sistemas de protección social, en la medida en que su continuidad operativa en el ordenamiento europeo parecería no estar condicionada por las decisiones fundamentales que la constitución económica europea incorpora. La independencia de los EEMM en el ámbito económico, junto con la falta de un sistema europeo de protección social por las razones apuntadas, implicaría de acuerdo con la primera de las tesis, la preservación del sistema de bienestar en el ámbito interno a salvo de los efectos desplegados por la integración económica comunitaria en la forma preeminente de la integración negativa.

La ruptura del compromiso de los orígenes, con la consiguiente pérdida de autonomía de los países miembros en el ámbito económico y social, sitúa ahora a la UE como espacio de protección preferente de los sistemas de bienestar. No obstante, el problema de trasladar al nivel europeo la construcción de un sistema de protección social desplaza la cuestión al reparto de competencias y a los niveles de acción. Mientras la integración económica actúa redefiniendo los sistemas de bienestar nacionales, en la instancia europea se mantienen las estructuras e institutos jurídicos propios de la garantía de la libertad del mercado. La introducción en los sucesivos Tratados de fórmulas de *soft law*, como la coordinación de las políticas sociales o el método abierto de coordinación (MAC) en la lucha contra la pobreza y la exclusión social, son insuficientes para equilibrar los márgenes de actuación en el ámbito social entre las instancias estatal y europea, obstaculizando la construcción de un sistema de bienestar a nivel supranacional⁹.

En la segunda de las tesis expuestas, el programa de intervención normativa europea en el ámbito social habría sido lento y fragmentario, en consonancia con las dificultades que habría atravesado la integración económica

⁸ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La necessità di un capitolo sociale nella futura Costituzione Europea” en *Lavoro e Diritto*, Vol 4. 2000, pp. 608-609.

⁹ La división de competencias como origen del grave retraso que precede a la dimensión social respecto a la integración de los mercados ha sido puesta de relieve por AMATO, F., “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione e il lavoro flessibile: il valore della regola e l’interpretazione della giurisprudenza”, en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza*, n.º 4, 2002 pp. 613-617.

como estadio previo para la realización de la dimensión social. El instrumental promulgado durante los años sesenta y ochenta expresan este pausado avance social en la lucha contra la pobreza y la exclusión social. En concreto, los proyectos y programas comunitarios llevados a cabo por la Comunidad Europea entre 1975 y 1994, demostraron su inadecuación para convencer a los EEMM de la necesidad de aplicar a escala europea las medidas contenidas en los mismos. Las autoridades nacionales de entonces estaban más preocupadas por hacer frente a la nueva coyuntura económica internacional que exigía dejar a un lado la oleada de proteccionismo en el comercio europeo con el recurso a las ayudas estatales y las barreras técnicas al comercio. El tránsito de la construcción a la gestión del mercado comunitario marcaba la agenda política de la época, estando confinada la dimensión social al limbo de las resoluciones, recomendaciones y demás actos carentes de vinculación jurídica alguna. La tibieza normativa del Tratado de Ámsterdam que reconocía en su artículo 136 como objetivo de la Comunidad y los EEMM la lucha contra las exclusiones, evidenciaba la redundante subordinación de los objetivos sociales, y entre estos combatir la pobreza, a las exigencias del vínculo económico. De ahí que desde esta segunda propuesta se insistiera, al igual que en la anterior, en que las formulaciones empleadas para la dimensión social en los Tratados eran insuficientes. La apuesta por una redefinición de la integración positiva diferente a la contemplada por el Derecho originario, otorgaba de nuevo al espacio europeo un papel central en la formulación completa y sistemática de un dispositivo social supranacional¹⁰.

Desde estas bases, en nuestra opinión, resulta difícil abordar la temática dimensión social-Unión Europea. Su esterilidad radica en que la pérdida de la soberanía social nacional y la necesidad de sustituirla por otra, la soberanía social europea, que resuelva sus insuficiencias y contradicciones, deriva de una interpretación que neutraliza las transformaciones incorporadas por la nueva estructura constitucional europea. Ciertamente, estas reflexiones tenían cierta virtualidad en un contexto económico en el que la autonomía estatal para intervenir en el ámbito socio-económico era todavía factible, lo que atenuaba el impacto de la construcción del mercado único sobre los institutos estatales de redistribución. Aunque conviene recordar la importancia del elemento nuclear que define a la constitución económica comunitaria desde los Tratados fundacionales, el mercado como valor central y la subordinación de la dimensión social.

Pero, una vez infiltrados los postulados del constitucionalismo de mercado europeo en los derechos nacionales, en un principio y de manera pre-

¹⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La necessità di un capitolo sociale nella futura Costituzione europea”, op.cit., pp. 612-613.

ferente en el ámbito infraconstitucional y, posteriormente, con la conquista del mercado del tenor literal de los textos fundamentales a través de reformas que diluyen la dimensión garantista del Estado social, los sistemas constitucionales nacionales y europeo dejan de configurarse como dos realidades opuestas y autárquicas, en cuanto al tratamiento de sus respectivas dimensiones sociales, para fundirse en una misma realidad constitucional pergeñada en función del vínculo económico. De ahí que las demandas de construcción de un espacio social desde la instancia europea no puedan desvincularse de la naturaleza inherente al orden europeo. La introducción de medidas positivas concebidas como mecanismos correctores del déficit social supondría una intervención correctora en la esfera económica, un condicionamiento del mercado. Esta lógica vinculada al Estado social es ajena al ordenamiento europeo como proceso de afirmación de la centralidad y garantía del mercado¹¹.

Por eso nuestra base de partida es distinta. Cuando decimos que la constitución económica europea introduce modificaciones sustanciales en relación con la constitución económica del Estado social, de tal forma que ambas resultan divergentes entre sí, ello nos obliga a analizar esencialmente tres aspectos. En primer lugar, identificar cuales son los contenidos que definen uno y otro tipo de constitución, en un intento de elaboración global en referencia a ambos tipos de formulaciones. En segundo lugar, observar cómo se ha gestionado la crisis de la constitución económica europea para examinar si ésta ha supuesto una mutación del diseño normativo que la acompaña como sucedió con la crisis del constitucionalismo social, o bien ha significado una regeneración de contenidos sin alterar sus presupuestos más prístinos. En tercer lugar, determinar las implicaciones que conllevan estas cuestiones sobre la dimensión social europea en general, y la lucha contra la exclusión social en particular.

2.1. *La oposición entre las constituciones económicas del Estado social y de la Unión Europea*

2.1.1. La consolidación del primado del mercado

La identificación de la constitución económica europea con la preeminencia del mercado y los valores de los que es portador redefine el significado, el sentido, la estructura y morfología de los conceptos jurídicos del constitucionalismo social y, en especial, de su constitución económica. La

¹¹ HATJE, A., “Wirtschaftsverfassung”, en VON BOGDANDY, A. (coord.), *Europäisches Verfassungsrecht*, ed. Springer, Berlin-Heidelberg. 2003, p. 744.

constitución económica del Estado social tiene su fundamento legitimador en la preeminencia normativa de las disposiciones referidas a la forma de Estado. Estas se traducen en la configuración del Estado social como la decisión constitucional fundamental que implica por una parte, una relación de funcionalidad a las disposiciones que articulan la constitución económica; y por otra parte, un vínculo social como fuente de definición y límite al mercado. El carácter prescriptivo de la constitución económica del Estado social deduce del complejo de principios constitucionales directamente vinculados a esta forma de Estado, un sistema de relaciones económicas caracterizadas por el primado de la política que se manifiesta en una serie de límites respecto a las libertades económicas privadas constitucionalmente reconocidas¹².

Un dispositivo que habilita la intervención e introducción en el ámbito privado de una lógica distinta a la del capital y, supone la preeminencia de la política derivada del Estado social. Se trata de garantizar funcionalmente la conexión Estado-organización económica, instrumentada de manera que asegura la preeminencia del Estado para dirigir y modificar la organización económica. Por lo tanto, el modelo económico característico de la constitución económica del Estado social no se manifiesta en la convivencia de espacios público y privado vinculados al mercado, sino en el reconocimiento de la iniciativa privada en régimen de sustancial restricción o de subordinación a la dirección política del propio proceso económico. Con relación al segundo de los elementos de la constitución económica del Estado social, el vínculo social, se manifiesta en la definición normativa de los objetivos y límites de las actividades económicas. La funcionalidad de las libertades económicas está determinada por la utilidad social que se identifica con la tutela de las clases trabajadoras¹³.

La sustitución de estos presupuestos por otros, que son la traducción del proceso de integración económica europea y que se manifiestan como relevantes para su actuación, conforman a la constitución económica europea. Mecanismos como las libertades económicas, la GEE, instituciones como el Banco Central Europeo (BCE), e incluso el propio diseño del reparto competencial, se encuadran en un complejo normativo cuyo significado es tendente a consagrar al mercado como referente exclusivo y excluyente entre los socios europeos. De hecho, los redactores de los Tratados no formalizaron los contenidos del Estado social. Si en las constituciones de la segunda posguerra mundial se impusieron los contenidos

¹² MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y integración europea”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 54, 2002, pp. 33-112.

¹³ BAYLOS GRAU, A., “La contracción del Estado social”, en *Revista de Derecho Social*, n.º 63, 2013, pp. 20-22, y 25.

calificativos del Estado pluriclase, en el ordenamiento jurídico comunitario fueron las propuestas ordoliberales las que encontraron recepción normativa¹⁴. En éstas, las relaciones entre la política y la economía cambian. El Estado interviene, pero no en función del imperativo constitucional de la tutela social, sino del mercado y sus garantías. La intervención estatal sólo se produce cuando las condiciones del mercado ponen en peligro la competencia, que es la que define el espacio de poder político y su ámbito de realización. Desde esta perspectiva, se produce una funcionalidad de la política que invierte la relación entre economía y política propia del Estado social.

Cuestión distinta es la convivencia de dos constituciones económicas divergentes: la transnacional (inspirada en la economía social de mercado) y las constituciones económicas de los EEMM (vinculadas al constitucionalismo social), al menos hasta finales de la década de los ochenta cuando el proyecto político globalizador evidenció la necesidad de romper con el vínculo social del Estado social. La persistencia e incluso la expansión en algunos de los países miembros de sistemas caracterizados por penetrantes poderes de intervención en la economía, evidenciaron la necesidad de llevar a cabo la completa realización del mercado común y el progresivo acercamiento de las políticas económicas. El objetivo no podía ser simplemente dotar al ordenamiento comunitario de una legislación que eliminase los obstáculos al comercio intracomunitario, sino también realizar el mercado común en el verdadero sentido del término.

La experiencia de la integración inacabada había enseñado la indisolubilidad de ambos objetivos, mercado común e integración económica. La libre circulación de personas, servicios, capitales y mercancías se produce en virtud del principio de distribución óptima de los recursos, de los desplazamientos de la actividad económica bajo formas de nuevas localizaciones que, sin embargo, comportan por ellas mismas problemas económicos y sociales. La falta de una suficiente coordinación de las políticas económicas hacía que estos desplazamientos suscitaran tensiones y rupturas socio-económicas de tal magnitud, que las reacciones que pudieran conllevar en cada uno de los Estados amenazados ponía en peligro las libertades de circulación adquiridas.

La transición de la construcción a la gestión del mercado común europeo supone el fin de la constitución económica del Estado social y la puesta en escena de dos fundamentos inderogables. En primer lugar, la convicción de que una mayor coordinación de las políticas económicas no se podía ha-

¹⁴ JOERGES, C.H., “¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución Económica Europea?”, en *Revista española de derecho constitucional*, n.º 73, 2005, pp. 9-53.

cer depender de la buena voluntad de los países miembros cuyos gobiernos estaban sujetos a presiones internas y encontraban vínculos en las estructuras internas. En segundo lugar, la idea de que la convergencia horizontal de los sistemas nacionales no sucedería automáticamente como consecuencia de la integración de los mercados nacionales en el mercado común¹⁵. En el primero de los supuestos era necesario trasladar definitivamente los parámetros de la constitución económica comunitaria a las constituciones económicas de los EEMM o, lo que es lo mismo, privar a los gobiernos nacionales de todos aquellos poderes con los que pudieran modificar el curso natural del mercado. Por el contrario, en el segundo supuesto sería necesaria la introducción de vínculos jurídicos o instrumentos de control en el espacio comunitario¹⁶. Estas líneas sintetizan y convergen en el máximo propósito del proyecto comunitario de finales de los ochenta: la Unión Económica y Monetaria (UEM).

Con Maastricht la disciplina macroeconómica entra en el constitucionalismo económico europeo desvinculando las políticas monetarias del cumplimiento de objetivos que expresen la intervención en la cohesión social. La prioridad de la estabilidad macroeconómica como mecanismo de tutela del sistema económico supone una fuerte restricción al espacio reservado a los EEMM en el ámbito económico y social. Con todo, la combinación de intergubernamentalismo y supranacionalismo de la eurozona consistente en la adopción de una política económica que refleja la tendencia intergubernamental, y la aplicación de una política monetaria vinculada al ámbito supranacional, se ha revelado como ineficaz para la contención de los desequilibrios macroeconómicos.

2.1.2. Nueva gobernanza económica europea: de la crisis a la rehabilitación del vínculo económico

La aceleración de los efectos de la crisis financiera mundial en la eurozona condujo a un activismo de las instituciones europeas sin precedentes que se completó con la adopción de un conjunto de medidas destinadas a reforzar la arquitectura estructural de la GEE. Al respecto se ha señalado que las novedades registradas han comportado una importante dosis de intervención de las autoridades nacionales e instituciones europeas con la introducción de formas de gestión neokeynesianas, frente a las tradicionales respuestas

¹⁵ GUARINO, G., *Eurosistema: analisi e prospettive*, ed. Giuffrè, Milán, 2006, pp. 8 y 35.

¹⁶ Se trataría de vínculos jurídicos que tienen como objeto la estabilidad y la disciplina del balance, que se definen como los principios constituyentes de la economía social de mercado del Tratado de Maastricht.

de gestión del vínculo económico¹⁷. Si bien, esta pretendida recuperación de un cierto dirigismo económico propio del Estado social queda en entredicho a tenor del objetivo marcado por el Consejo Europeo (CE) de marzo de 2010. Reforzar el marco jurídico de la GEE a través de un marco mejorado de resolución de la crisis y una mejor disciplina presupuestaria, se aleja claramente de la herencia del primado de la política del constitucionalismo social¹⁸. La preocupación por las distorsiones de la eurozona lejos de experimentar un cambio de objetivos, junto con la reducción de los macrodesequilibrios, un aumento de las tasas de empleo digno y de calidad y la reducción de la tasa de exclusión social, se ha concretado en reforzar los mecanismos de gobernanza económica ya existentes. Los riesgos no se interpretan como procedentes de los fallos del sistema financiero internacional, sino del propio diseño de la UEM¹⁹.

Las diferencias en la estructura administrativa de gobierno en la UE han proporcionado a los EEMM una capacidad de maniobra operativa que ha puesto en peligro el objetivo de la estabilidad monetaria. La Unión monetaria no puede ser efectiva en ausencia de una convergencia económica. De modo que las medidas a adoptar deben dirigirse con carácter preferente a conseguir una mayor disciplina presupuestaria y, una ampliación de la vigilancia económica a través de nuevos mecanismos. La vigilancia de la deuda pública como garantía de la estabilidad presupuestaria resume las coordenadas de la nueva GEE. Desde esta óptica, el nuevo modelo de GEE no supone una erosión del vínculo económico, sino la continuidad de la preeminencia de la integración negativa. La función del nuevo instrumental es controlar el comportamiento de los Estados con respecto a las condiciones de sanidad del sistema.

¹⁷ Estas propuestas consideran el modelo económico de la Unión adscrito a los postulados más prístinos del radicalismo hayekiano, a cuyo tenor, el elemento característico de la constitución económica europea habría sido la imposibilidad de las instituciones europeas de adoptar acciones incompatibles con las reglas abstractas de la competencia. De ahí que el rescate, tanto a instituciones financieras como a determinados países miembros, y las reformas de la GEE, impliquen una erosión del mercado socavando la eficacia de la economía perfecta. Las reducciones en el ámbito de aplicación del derecho de la competencia, en beneficio de medidas que muestran una mayor inclinación a preocupaciones típicas keynesianas respecto a cuestiones macroeconómicas, ilustran la nueva estrategia. En particular, se dirá que ahora hay mayores posibilidades para un gobierno keynesiano de la eurozona que antes de la crisis. La sola idea de que los desequilibrios macroeconómicos necesiten ser controlados y que los mercados no se auto-corrijen, es un eje central del keynesianismo. NICOLAS, J., “Re-problematising neoliberalism”, en *Contemporary Political Theory*, n.º 4, 2013, p. 363.

¹⁸ HÄNNINEN, S., “Neoliberal politics of the Market”, en *No Foundation: an interdisciplinary Journal of Law and Justice*, n.º 10, 2013, pp. 43-45.

¹⁹ COLLIGNON, S., “Europe’s debt crisis, coordination failure and international effects”, *ADB Working Paper Series*, n.º 370, julio 2012, pp. 24-25.

A ello hay que añadir el *revival* por la búsqueda de la competencia perfecta o maximización de la competencia por parte de las autoridades nacionales, que además de actuar como mecanismo legitimador de la intervención estatal, lo hace como límite a una mayor intervención del Estado en la economía. La competencia define el espacio de intervención que es el mercado. La ausencia de mecanismos jurídicos vinculados a la dirección política del mercado interior en el espacio transnacional que den una respuesta a la demanda de la distribución, traslada al ámbito social la lógica competencial. Esa es la finalidad de la nueva GEE, Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) mejorado²⁰, Pacto Euro Plus²¹, Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria (TECG)²², Tratado por el que se establece el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)²³, enca-

²⁰ Paquete de seis medidas legislativas: Reglamento (UE) N.º 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) N.º 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (Diario Oficial L 306 de 23.11.2011, pp. 12-24). Reglamento (UE) N.º 1177/2011 del Consejo de 8 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) N.º 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo. Directiva 2011/85/UE del Consejo de 8 de noviembre de 2011 sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros. Diario Oficial L 306 de 23.11.2011, pp. 33-40. Reglamento (UE) N.º 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro. Diario Oficial L 306 de 23.11.2011, pp. 8-11. Reglamento (UE) N.º 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro. Reglamento (UE) N.º 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos. Diario Oficial L 306 de 23.11.2011, pp. 1-7. Reglamento (UE) N.º 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011, Diario Oficial L 306 de 23.11.2011, pp. 1-7.

Paquete de dos medidas legislativas: Reglamento (UE) N.º 472/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre riesgo de experimentar graves dificultades. Diario Oficial L 140 de 27.05.2013, pp. 1-10. Reglamento (UE) N.º 473/2013, del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados Miembros de la zona euro. Diario Oficial L 140 de 27.05.2013, pp. 11-23.

²¹ Pacto por el Euro Plus. Refuerzo de la coordinación de la política económica a favor de la competitividad y la convergencia. Anexo I. Conclusiones del Consejo Europeo 24 y 25 de marzo de 2011, pp. 13-20.

²² Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG), hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2013, Boletín Oficial del Estado núm. 29, 2 de febrero de 2013.

²³ Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012. Boletín Oficial del Estado núm. 239, 4 de Octubre de 2012.

minados a recuperar la confianza de los mercados a través de la juridificación de la austeridad permanente. La estabilidad presupuestaria como *meta grundnorm* en el código axiológico constitucional europeo y nacional. Esta filosofía de la estabilidad que acompaña a la UEM desde el Tratado de Maastricht, se ha visto reforzada con la crisis de gestión del eurosistema. La estrecha dependencia entre la estabilidad monetaria y la disciplina presupuestaria como condición indispensable para la salida de la crisis, ha conducido a una exaltación sin límites de la competencia que sólo puede alcanzarse a través del recurso a medidas de austeridad. Los EEMM y la propia Unión, vía mecanismos de vigilancia y supervisión macroeconómica, están obligados a evitar déficits públicos excesivos.

El control del déficit público junto con la estabilidad de precios, se articula en torno a una serie de vínculos de déficit presupuestario y mecanismos de supervisión macroeconómica de las finanzas públicas nacionales ex ante, que limitan el ámbito de las actividades de actuación de los EEMM y la UE. La sustancial limitación del ámbito de las decisiones discrecionales neutraliza la flexibilidad de las respuestas políticas y sociales nacionales y europeas a las oscilaciones económicas.

El cuestionable fortalecimiento de la competitividad en torno al cual se estructura la arquitectura institucional de la eurozona, de manera significativa en el Pacto Euro Plus, se configura a través de medidas de austeridad que buscan reducir draconianamente el gasto público para a la postre, bajar los niveles de endeudamiento. Los tibios síntomas de recuperación de algunos países de la periferia del sur de Europa no dejan de ser un espejismo que se ha materializado en un retroceso del bienestar a niveles de los años ochenta²⁴. El latrocinio

²⁴ Corroborra esta afirmación, entre otros, el informe elaborado por la OIT (Organización Internacional del Trabajo), titulado “Informe mundial sobre salarios 2014/2015. Salarios y desigualdad de ingresos”. De acuerdo con el documento, en Grecia y España el nivel del salario medio real en 2013 fue inferior al del año 2007 (página 16 del Informe). Asimismo, en España se ha producido un incremento de la desigualdad del 90% como consecuencia de las variaciones de la distribución salarial y la destrucción masiva de empleo (página 17 del informe).. A mayor abundamiento, las tipologías contractuales diseñadas por los legisladores griego y español para hacer frente al desempleo juvenil se han sustanciado en una disminución del salario de los jóvenes por debajo del umbral de la pobreza en Grecia, y en una mayor precarización de la relación laboral temporal en España. Al respecto, resulta significativo que según datos de Eurostat de 2014, en España el volumen de personas con contrato temporal que se encontraba en el año 2012 por debajo del umbral de la pobreza era del 16,2%, mientras que en el caso de las personas con contrato indefinido era del 5,4%. Con relación al caso griego vid: YANNAKOUROU, S. y TSIMPOUKIS, C.H., “Las reformas laborales en Grecia tras la crisis económica (2010-2012)”, en Revista General del Trabajo y de la Seguridad Social, n.º 34, 2013, pp. 16-19. Por lo que atañe a España destacan las siguientes medidas legislativas: Ley 11/2013, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (Boletín Oficial del Estado, 27 de julio de 2013). Real Decreto-ley

a la inversión en fines públicos tales como vivienda, educación, investigación, empleo y protección social, ponen de relieve no sólo los límites a los países miembros de la eurozona y las instituciones europeas en cuanto a las acciones a financiar, sino también al contingente presupuestario al pago de intereses sobre la deuda, en la querencia de que este presunto círculo virtuoso de competitividad-austeridad reducirá los intereses de la deuda y conducirá a la senda del crecimiento²⁵. Esta política económica y monetaria de talla única del eurosistema implica un examen de la crisis basado en el objetivo de finanzas sólidas y saneadas que se ha de imponer vía disciplina fiscal. Bajo tales condiciones, los Estados sólo pueden responder a través de medidas de recorte y reducción, cuando no supresión, de políticas de vínculo social. Este tipo de de-socialización o des-constitucionalización de los modelos de bienestar del Estado social, “han reducido de manera drástica los derechos económicos, sociales y culturales de la población creando pobreza, exclusión y aislamiento”²⁶.

8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (Boletín Oficial del Estado, 5 de julio de 2014).

Desde esta óptica, el propio presidente del BCE, Mario Draghi, reconocía en septiembre de 2014 que en algunos países de la eurozona los salarios reales de quienes acceden al mercado de trabajo están a niveles de finales de los ochenta. Vid:<http://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2014/html/is140904.en.html> (última consulta 08/06/2015).

²⁵ En este sentido son paradigmáticos por una parte, el Programa Nacional de Reformas 2012-2013, presentado por el Gobierno del Reino de España dentro del proceso del semestre europeo. En este programa la reducción en gasto social fue de gran calado, hasta el punto de que el presupuesto destinado al pago de la deuda en el año 2013, era casi igual a todo el gasto social. EAPN (The European Anti-Poverty Network), *El impacto social de las políticas de austeridad*, 2013, pp. 19-20.

Por otra parte, en el actual Programa Nacional de Reformas y su Programa de Estabilidad 2015 (Disponible en http://www.minhap.gob.es/es-es/prensa/en%20portada/2015/Paginas/20150430_CM.aspx, última consulta 08/06/2015), el gobierno contempla como mecanismos prioritarios para combatir la pobreza y la exclusión social, la creación de empleo y la inserción laboral vía programas de contratación que inciden de nuevo en la reducción de los costes empresariales por cotizaciones sociales (pp. 50-51 del Programa). La nueva medida de reducción de las cotizaciones a la Seguridad Social para fomentar la creación de empleo indefinido, continua la senda iniciada por la tarifa plana en el año 2014, y que se ha traducido en la práctica en un incremento del número de trabajadores pobres en España tal y como ha denunciado EAPN: “Spain: biggest rise in poverty since 2009, EAPN Spain proposes a Pact against Poverty to decision makers”, <http://www.eapn.eu/en/news-and-publications/news/eapn-national-networks-news/spain-biggest-rise-in-poverty-since-2009-eapn-spain-proposes-a-pact-against-poverty-to-decision-makers>, (última consulta 08/06/2015).

También resulta preocupante la insistencia del Programa en “racionalizar” el gasto e incrementar el ahorro en materia sanitaria, de educación, servicios sociales y recursos humanos (página 123 del Informe), propiciando el recurso a la privatización de servicios públicos esenciales para, precisamente, luchar contra la pobreza.

²⁶ Proyecto de Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2013-2014) [2014/2254(INI)]. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, considerando 17, página 8 del Informe.

La elección de una Europa económica, frente a una Europa política y social, como garante del mercado distorsiona aquella otra lógica del primado de la política en la que se sitúan los sistemas de bienestar nacionales. La centralidad del vínculo económico determinante del imperativo constitucional europeo del mercado es el soporte desde el que se articulan las nuevas relaciones fruto del proyecto de integración europea. La apertura al intervencionismo estatal permite una ampliación del espacio público que se extiende a la política social, aunque siempre subordinada a la lógica del mercado al encontrar sus límites en la preservación de este último. De esta forma, las consideraciones que se realicen de la dimensión social en el contexto europeo están determinadas por la vigencia de modelo descrito.

2.1.3. Funcionalidad de la integración positiva y solidaridad competitiva

Desde la perspectiva descrita cobra todo su significado que el espacio social europeo se construyera desde sus orígenes, en clara funcionalidad a las exigencias de legitimación de un proyecto en el que devenía insostenible la introducción de mecanismos dirigidos a condicionar el mercado. En la relación integración positiva-intervención pública, desde la perspectiva de la constitución económica europea, la autonomía normativa de la dimensión social desaparece. Una economía de mercado abierta y de libre competencia no es aquella en la que el cálculo de costes y beneficios del funcionamiento de los mecanismos económicos está incorporado en la valoración de la eficiencia misma del sistema. La constitución económica europea actúa disciplinando a las constituciones económicas estatales a través de mecanismos de disolución de los ligámenes del constitucionalismo social. La política monetaria vincula a la política financiera de cada Estado Miembro. A su vez, la política financiera vincula a la política económica, y ésta a las políticas sociales. El balance entre exigencias económicas y necesidades sociales da como resultado un juicio económico consistente en valorar los costes económicos de la satisfacción de la pretensión²⁷.

Paralelamente, aunque se ha señalado que el desfase entre los objetivos reconocidos en el modelo social europeo y las competencias institucionales de la Unión es un problema prioritario e ineludible que margina a la dimensión social europea a una situación de inactividad permanente, conviene hacer dos precisiones al respecto. Por un lado, la expresión modelo

²⁷ ZUFIAUR NARVAIZA, J.M., “El modelo social europeo en la cuneta”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 31, 2013, pp. 101-122. ETXEZARRETA, M., “La evolución (perversa) de la política social de la Unión Europea”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 31, 2013, pp. 123-138.

social europeo constituye un significativo indicador de la posición de la política social europea en este mismo espacio. Sobre todo, porque no se trata de un espacio autónomo que se sitúa al mismo nivel que la integración económica, sino una mera dimensión de esta última con las características señaladas de subordinación y funcionalidad. Por otro lado, el supuesto desajuste entre objetivos sociales y la falta de instrumentos institucionales y de procedimientos decisorios dirigidos a hacerlos operativos en las relaciones intraeuropeas y en los ordenamientos nacionales, es coherente con el espacio residual y subalterno que la constitución económica europea reserva a la intervención pública en el mercado único.

El carácter accesorio, eventual y relegado a los espacios que expresan su compatibilidad con el mercado definen las nuevas bases, funcionales al espacio económico, y garantistas de los principios de la economía social de mercado, a las que se ve conminada la dinámica social europea. Ni la cohesión económica y social permite superar el carácter programático del dispositivo social y, por lo tanto, subordinado a los condicionantes macroeconómicos. La dimensión solidaria de la acción europea erosiona el carácter autónomo que el principio de la solidaridad exhibía en el Estado Social. Elemento vertebrador de las dinámicas de redistribución, ahora la solidaridad se privatiza a través del objetivo estratégico de la garantía del mercado interior²⁸.

El objetivo, se dirá, no era el de sentar las bases para un futuro modelo social europeo, sino ofrecer una respuesta más realista a los desafíos de la competitividad y las tensiones entre los países miembros con distintos niveles sociales de protección²⁹. A este argumento más específicamente defensivo se añade otro, más general y de carácter político-social. El espacio social europeo sirve para reforzar la identidad político-social europea en la medida en que promueve una mayor cooperación entre las instituciones públicas nacionales y supranacionales, favoreciendo un uso óptimo de los recursos humanos como uno de los factores más decisivos para la competitividad a escala mundial. La conclusión que se alcanza es que éste no estaría en contradicción con el nuevo paradigma europeo, sino que puede corresponderle en la medida en que favorece la movilización sobre objetivos comunes necesarios para Europa para hacer frente al turbulento contexto internacional. Precisamente, esta última afirmación, aunque formulada de manera un tanto ambigua, es la que nos proporciona las

²⁸ BAYLOS GRAU, A., “Modelo social y políticas frente a la crisis”, en *Revista de Derecho Social*, n.º, 49, 2010, pp. 44-45.

²⁹ GIUGNI, G., “La dimensione sociale del mercato interno”, en REGELSBERGER, E. y FERRARA, M (coord.), *Italia e Germania protagoniste dell'integrazione europea*, ed., Il Mulino. Bolonia. 1990, pp. 379-380.

claves para entender el espacio reservado a lo social en el ordenamiento jurídico europeo.

En primer lugar, el término espacio social europeo pierde autonomía normativa desde el momento en que se hace viable en el espacio europeo desde una aproximación sustancialmente funcional, como dimensión vinculada al espacio económico y sus condicionantes. El refuerzo de las bases políticas y sociales aparece como algo secundario y, en todo caso, exclusivamente orientado a reforzar la posición de la UE en el contexto global de la mundialización. Los objetivos comunes se definen desde los condicionamientos de la competitividad, que aparece como el nexo de unión entre las instancias nacional y europea. Es ésta, y no la centralización a nivel supranacional de la protección social como respuesta a la erosión de los sistemas nacionales de *welfare*, el vínculo que conecta lo social con la competencia desde una doble perspectiva. Por una parte, la dimensión social se define como espacio subordinado a las exigencias del mercado y de la competencia. Por otra parte, la competencia y el mercado interior determinan los nuevos espacios de la dimensión social europea, caracterizados por su compatibilidad subalterna con los contenidos de la integración negativa.

En segundo lugar, la sustitución de la armonización por técnicas débiles carentes de vinculación normativa (MAC) es paralela al incremento de competencias comunitarias en el ámbito social. A medida que el nivel europeo gana espacios de intervención en el ámbito social, éstos se redefinen desde el ámbito supranacional de acuerdo con el principio metaconstitucional de la economía abierta y de libre competencia, donde la formulación de gobierno débil-control fuerte adquiere toda su fuerza expresiva. Fundamentalmente, porque la ratio justificativa de la intervención social europea no es la creación de un ámbito propio de regulación social, sino la de controlar que los sistemas nacionales no adopten medidas que puedan suponer la puesta en peligro del mercado interior europeo. Una intervención que se confirma funcional a las nuevas posibilidades que se abren para la maximización de la competencia³⁰.

En tercer lugar, la definición de los niveles mínimos de protección desde el ámbito interno y no desde la propia Unión supone la garantía de mayores márgenes de flexibilidad que favorecen la competencia entre regulaciones. Sancionando la transferencia de la competencia a lo social. Se trata de una renuncia coherente con los espacios de intervención que definen la competencia como principio constitutivo de la garantía del mercado interior.

³⁰ SOMMA, A., "Tutte le strade portano a Fiume. L'involuzione liberalista del diritto comunitario", en *Rivista critica del diritto privato*. Vol. 20, n. 2., 2002, pp 263-286.

Este déficit de tutela del Derecho de la Unión se manifiesta sobremedida en la tensión entre Solidaridad e integración negativa. Se ha señalado que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) responde a los intentos de acabar con los desequilibrios generados por la asimétrica integración negativa a través de la reunificación en un catálogo específico y propio para la UE de aquellos valores y derechos asumidos como fundamentales y, que constituirían, al mismo tiempo, el soporte de legitimidad del ordenamiento europeo³¹. En esta nueva perspectiva de superación de los límites funcionales establecidos en los Tratados, la Carta afirma la indivisibilidad e interdependencia de los derechos de la primera, segunda y tercera generación, en torno a la dignidad de la persona como axioma central y aglutinante³². Los derechos civiles, políticos, económicos y también sociales, son derechos con un estatus igual al de las libertades económicas.

A pesar de las expectativas creadas por esta presunta recomposición de los valores europeos, a nuestro parecer, la Carta lejos de establecer una relación simbiótica entre integración negativa y positiva, perpetua la asimetría. Conforme al modelo normativo y material del constitucionalismo económico, en la CDFUE se asume como irrelevante la desigualdad socio-económica, mientras que se fortalecen las pretensiones del atomismo individualista en una línea de ruptura y regresión del constitucionalismo social. “Por esto, expresa una cultura jurídica de los derechos que parece más atenta a proteger esferas de identidad personal de las amenazas que trae consigo el desarrollo científico y tecnológico, que a poner muros de contención a los riesgos conexos a las nuevas causas de inseguridad de la sociedad europea; una cultura más sensible a los derechos relativos a la calidad de vida que a la remoción de los desequilibrios económico-sociales”³³.

En el constitucionalismo de mercado la competencia actúa privatizando el espacio de realización del bienestar social, redefiniendo los valores que permitían la intervención pública en el sistema económico a través de la actuación de políticas de tipo redistributivo. La captación de lo social por el mercado desocializa y mercantiliza a la solidaridad. Una solidaridad desarraigada en la medida en que se hace depender del mercado su efectiva realización. La falta de disposiciones adecuadas que supongan un reforzamiento

³¹ MANZELLA, A., “Dal mercato ai diritti” en *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bolonia, 2001, pp. 29-31.

³² MANZELLA, A., “Dal mercato ai diritti”, en *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, ed. Il Mulino, Bolonia, 2001, pp. 29-31. RODOTÁ, S., “La Carta come atto politico e documento giuridico”, en *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, AAVV, Ed. Il Mulino, Bolonia, 2001, p. 74.

³³ GRECO, R., “Il modello sociale della Carta di Nizza”, en *Rivista giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n.º 3, 2006, pp. 519 y ss.

de los derechos previstos en el capítulo cuarto de la Carta informados por el componente axial de la solidaridad, afianza las conclusiones apuntadas. En particular, el empleo en el párrafo tercero del artículo 34, donde se contempla el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para combatir la exclusión social y la pobreza, de la expresión “la Unión reconoce y respeta”, supone una redacción menos elaborada que acusa la pérdida, en la dimensión constitucional, de la dinámica garantista de los sistemas de bienestar herederos del constitucionalismo social.

III. Traducción político-normativa de la lucha contra la pobreza

3.1. *La exclusión en el marco de la política social en el Tratado de Lisboa*

Contextualizadas las bases materiales del constitucionalismo de mercado europeo en torno a la preeminencia del mercado y el vínculo económico como tutela-garantía de sus condicionantes, su modelo social se configura desde las coordenadas de la falta de correspondencia entre la esfera del mercado interior y el poder público europeo que prescribe la economía social de mercado. Por eso, en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión (TUE), al momento definidor del modelo social europeo, representado por la economía social de mercado, se yuxtapone una desordenada alusión al empleo y al progreso social, a un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Y todo ello desnaturalizado a su vez, por la alusión a la alta competitividad que termina por reconducir su materialización normativa a la pura economía de mercado, en sintonía con el modelo de constitución económica vigente desde los inicios del proyecto. La aparente sustitución de las formas de integración negativa por otras de integración positiva en el Tratado de Lisboa se relativizan. Los objetivos sociales formulados por el artículo 3.3, combatir la exclusión social, fomentar la justicia y la protección social, la cohesión económica y social, se sitúan en un marco de compatibilidad con otros objetivos, UEM, que comprometen su estatus en el ordenamiento jurídico europeo al ser incapaces de actuar como límites al mercado³⁴.

Tampoco la introducción de la cláusula horizontal social del artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ha supuesto una innovación real de alcance constitucional que actúe comprometiendo el modelo descrito. Aunque se establezca que en la ejecución de sus polí-

³⁴ LASA LÓPEZ, A., *Los derechos sociales en el constitucionalismo de mercado: aporías de la dimensión social en la Unión Europea*, ed. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2012, pp. 113 y ss.

ticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas, entre otras, con la lucha contra la exclusión social, éstas han de modularse con las necesarias condiciones de flexibilidad para que no acaben representando un obstáculo para la garantía del mercado interior. El rango preeminente de la economía de mercado abierta y de libre competencia en el catálogo de los valores del Derecho de la Unión, actúa como límite y garantía del proceso europeo.

Paradigmático en este sentido es el fundamento jurídico de la lucha contra las exclusiones, y por lo tanto, contra la pobreza, esto es, el artículo 151 del TFUE. La Unión y los EEMM para alcanzar el objetivo de la erradicación de la pobreza “tendrán presentes”, los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989. La explícita referencia a los derechos sociales fundamentales reconocidos en la CSE y en la CCDSF no va más allá de una ilusión óptica por conseguir un mayor equilibrio entre los valores económicos y sociales. Por lo pronto, es significativo que el Tratado de Lisboa mantenga el antiguo 136 del Tratado de la Comunidad Europea, que reconduce a la Unión al primer estadio del ciclo evolutivo de los derechos de Marshall, contradiciendo el garantismo normativo del constitucionalismo social. Además, el ingreso en el patrimonio normativo europeo de los derechos sociales reconocidos en las Cartas sociales de 1961 y 1989, es cuanto menos dudoso. Del tenor literal del artículo 151 se observa como el contenido de ambas Cartas no es interiorizado por el Tratado, “teniendo presentes”, sino que se adopta la técnica del reenvío a los textos.

Pero la posición de subordinación a los objetivos económicos de la unión monetaria en la que se colocan los objetivos de la política social en la jerarquía global de los fines de la Unión, es especialmente visible en los apartados segundo y tercero del artículo 151 del TFUE. En la cima de la jerarquía de los fines se sitúa la política económica guiada por los cánones de la unión monetaria: control de la inflación y de la deuda pública. De ahí que la política social deba hacer las cuentas con “la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión (art. 151 pfo. 2.º). Y además, que los distintos objetivos sociales contemplados por el artículo 151 serán obtenidos en primer lugar, “del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales”. De tal forma que la política social europea está sujeta a un balance desigual con las exigencias monetarias de eficiencia económica y estabilidad presupuestaria, donde el medio para su realización, finanzas públicas saneadas, no sólo está en un nivel jerárquico superior al fin social, sino que además determina su alcance jurídico real.

El complejo de esta disposición indica que los derechos sociales necesarios para combatir la exclusión social no son un límite absoluto, tampoco una finalidad de la acción de la Unión y de los países miembros que se limitan a “tenerlos presentes”. Lo que realmente obliga a la Unión y a los EEMM son los intereses sociales presentados en forma de objetivos (empleabilidad, protección social, diálogo social, etc.) y son estos el objeto de tutela por parte del Tratado (que es la ley fundamental de la Unión). En cambio, los derechos sociales permanecen como fuentes de inspiración, y la oportunidad de su satisfacción está conectada a la necesidad de la realización de los objetivos sociales. Los derechos sociales en el ordenamiento jurídico europeo retornan a un estado de *Reflexrechte*³⁵.

3.2. *Carta Social Europea, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: alcance y garantías del derecho a la protección contra la pobreza*

La Carta Social Europea adoptada por los Estados miembros en el Consejo de Europa en Turín en 1961, y posteriormente revisada en 1996, tiene como contenido exclusivo un amplio elenco de derechos sociales [derecho al trabajo —art. 1—, libertad sindical —art. 5—, negociación colectiva —art. 6—, derecho de los niños y adolescentes a la protección en el trabajo —art. 7—, derecho a la seguridad social —art. 12—, a la asistencia social y médica —art. 13—, a la protección social, jurídica y económica de la familia —art. 16—, el derecho a la protección y a la asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias —art. 19— igualdad de oportunidades en materia de empleo y profesiones sin discriminación por sexo —art. 20—]. En la Carta los Estados se obligan a un número determinado de disposiciones que no pueden ser inferiores a 16 artículos o 63 párrafos numerados, y que ellos mismos pueden elegir. Por lo tanto, la Carta es obligatoria para los Estados que la suscriben sólo parcialmente y no en su totalidad. Además, esta vinculación parcial es designada no por la Carta sino por los Estados que la asumen. Junto a esta ratificación “a la carta”, es importante poner de relieve que la exclusión social no figuraba entre el elenco de derechos sociales contemplados por la CSE original, y que no será hasta su revisión en el año 1996, cuando la protección contra pobreza y la exclusión social se incluya como nuevo derecho social (artículo 30 de la CSE revisada). Si bien, dentro

³⁵ LUCIANI, M., “Diritti sociali e integrazione europea”, en *Politica del Diritto*, n.º 3, 2000, p. 372.

del “núcleo duro” de derechos sociales de la CSE revisada que los Estados deben aceptar necesariamente, no figura la disposición relativa a la exclusión social.

Pese a esta última observación, el Derecho de la Unión únicamente alude a la CSE original que, como se acaba de señalar, no incluía la garantía de la protección contra la pobreza como derecho, lo que minimiza la repercusión jurídica de este documento internacional en la lucha contra las exclusiones por parte de las instituciones europeas. A ello habría que añadir la ausencia de una adhesión de la UE a la CSE similar a la adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que contempla el artículo 6.2 del TUE. Situación que profundiza, a nuestro parecer, el estatus marginal de los derechos sociales. En primer lugar, por la propia caracterización que de estos derechos se efectúa por el ordenamiento europeo. En segundo lugar, porque aunque pudiera parecer que la referencia a los derechos humanos sugiere que dentro de los mismos se incluyen los derechos sociales, la realidad jurídica no autoriza tal conclusión. Teniendo en cuenta que el TUE interpreta tal fórmula acorde con el CEDH, haciendo coincidir los derechos del hombre con las libertades fundamentales, se impone la conclusión de la imposibilidad de articular derechos sociales fundamentales en base al instrumento de la Convención. De las consideraciones efectuadas se desprende que la Carta original dista de ser una fuente de legalidad en el derecho comunitario europeo.

Por su parte, la CCDSF fue adoptada en la reunión del Consejo Europeo celebrado en Estrasburgo en diciembre de 1989. Aunque desde un sector de la doctrina se le ha reconocido una cierta eficacia fáctica, con visos de futura virtualidad jurídica, condicionada a su inserción en las fuentes comunitarias³⁶, lo que sí es constatable es la imposibilidad de la justiciabilidad de los derechos sociales proclamados por la Carta, lo que ha conducido a cuestionar la utilización de la propia noción de derechos fundamentales³⁷. Esta falta de garantía jurídica se manifiesta claramente con respecto a sus mecanismos de aplicación. Conforme al artículo 27 “la garantía de los derechos sociales fundamentales de la presente Carta, así como la aplicación de las medidas indispensables para el buen funcionamiento del mercado interior en el marco de una estrategia de cohesión económica y social, competen a los Estados miembros de conformidad con las respectivas prácticas nacionales, en particular mediante su legislación y convenios colectivos”. Por lo

³⁶ LA MACCHIA, C., “La Carta comunitaria dei diritti sociali”, en *Giornale dei diritto del lavoro e di relazioni industriale*, n.º 48, 1990, p. 787.

³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta comunitaria y derechos sociales fundamentales de los trabajadores”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 57, 1993, pp. 75-78.

tanto, el contenido de la Carta no es interiorizado por los ordenamientos internos, situándose en la estela de texto inspirador.

A continuación, el artículo 28 condiciona la aplicación efectiva de la Carta a la adopción de instrumentos jurídicos, si bien las instituciones europeas únicamente podrán legislar en relación a aquellos derechos previstos en el marco de competencias de la Unión definidas por los Tratados. No hay por lo tanto ampliación de competencia alguna a favor de la Unión en materia de derechos sociales. En cuanto a los mecanismos de control previstos en los artículos 29 y 30, lógicamente estos carecerán de naturaleza jurisdiccional dada la no obligatoriedad jurídica de la Carta. De hecho, este control consiste en la elaboración por la Comisión de un informe anual sobre la aplicación de la Carta por los EEMM y la Unión, que será transmitido al Consejo Europeo, al PE y al Comité Económico y Social³⁸. Con respecto a su contenido, destaca la heterogeneidad de la Carta combinando derechos³⁹ con recomendaciones⁴⁰, lo que propicia de alguna manera la divisibilidad de la sistemática, dada la tipología por ella establecida. En este sentido, la naturaleza meramente promocional de los derechos sociales que tiene la CCDSF, la convierten en un instrumento poco idóneo para garantizar la protección jurídica de los derechos sociales fundamentales en el ordenamiento europeo⁴¹ y, especialmente, del derecho de las personas que estén excluidas del mercado de trabajo a beneficiarse de prestaciones y recursos suficientes adaptados a su situación personal (art. 10 párrafo segundo de la CCDSF).

La situación normativa del derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social no cambia mucho si acudimos al texto de Niza. El derecho se contempla en el Capítulo IV, titulado Solidaridad, en la CDFUE. Las valoraciones que hemos efectuado a propósito de la Solidaridad y su configuración en el ámbito supranacional, son el soporte desde el que el fundamentar la caracterización funcional al paradigma de mercado que

³⁸ Desde esta perspectiva es significativo el Dictamen emitido por el Comité Económico y Social de la Comunidad Europea el 22 de febrero de 1989, donde se ponía de relieve, como conclusión final, la importancia que tiene para el Comité el no calificar jurídicamente los instrumentos que asegurarán las garantías sociales de los ciudadanos europeos mediante una terminología derivada del derecho internacional clásico, como Carta o Convenio, por cuanto ello significaría considerar a la política social comunitaria como un interés secundario en la realización del mercado interior.

³⁹ “Asociarse libremente para constituir asociaciones profesionales o sindicales” (punto 11.1) o “beneficiarse gratuitamente de los servicios públicos de colocación” (punto 6).

⁴⁰ “Conviene intensificar las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres” (punto 16) o “deben adoptarse las medidas necesarias para adecuar las normas del derecho del trabajo aplicables a los jóvenes trabajadores, de manera que satisfagan las exigencias de su desarrollo y las necesidades de su formación profesional” (punto 22).

⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta comunitaria y derechos sociales fundamentales de los trabajadores”, op. cit. pp. 78 y ss.

la exclusión social recibe en este documento. En particular, el proceso de constitucionalización de los derechos sociales fundamentales en el espacio europeo se ha caracterizado por el objetivo predominante de la integración económica. De ahí que la garantía del principio de solidaridad se sustancie, en lo fundamental, en una compatibilidad subalterna con el mercado que se contagia a aquellos derechos que tienen en ella su fuente directa de inspiración. La consecuencia directa de ello es que el carácter funcional de la solidaridad a los principios prescriptivos de la constitución económica europea ha excluido la positivación del vínculo social. Esta funcionalidad está presente en los estándares y técnicas de tutela previstas en la disposición de la Carta que contempla la exclusión social.

Concretamente, en el apartado tercero del artículo 34 se establece: “Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la 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”. La sistemática de la disposición se caracteriza por la indeterminación de los estándares sustanciales de tutela de las ayudas previstas, acentuando el margen de discrecionalidad de la fuente legislativa como espacio de materialización de los derechos a ayudas sociales contemplados por la norma. El reenvío genérico a la legislación nacional y europea sitúa en estos ámbitos la fuente directa de la lucha contra la exclusión social y sus garantías, marginando a la CDFUE como marco de referencia de la garantía constitucional de los derechos. Precisamente, es en estos espacios donde asistimos en las últimas décadas a la materialización de las transformaciones que tienen una vinculación directa con los parámetros del constitucionalismo de mercado. Las reformas en los sistemas de bienestar estatales tienen lugar en un contexto caracterizado por la crisis financiera internacional y las disposiciones legislativas de la nueva GEE. Las respuestas a estas dinámicas no se efectúan desde la óptica de la reserva de competencia del vínculo social frente a la interferencia del vínculo económico, sino desde la perspectiva de la subordinación de los contenidos sociales a las prerrogativas de la integración negativa.

3.3. *La Estrategia Europa 2020*

Se presenta como una iniciativa de la Comisión que sucede a la Agenda de Lisboa⁴², y cuyo objetivo es conseguir un crecimiento inteligente, soste-

⁴² Conclusiones del Consejo Europeo de 23 y 24 de marzo de 2000 reunido en la ciudad de Lisboa (Agenda Lisboa).

nible e integrador. Se trata de un documento político gestado en plena crisis que busca consolidar una estrategia “creíble de salida de la crisis” a través de la superación de los instrumentos políticos como respuesta tradicional para contrarrestar la crisis, y la articulación de un enfoque coordinado consistente en tres prioridades: 1) Un crecimiento inteligente basado en el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación. 2) Un crecimiento sostenible de promoción de una economía que utilice más eficazmente los recursos, que sea verde y competitiva. 3) Un crecimiento integrador que fomente una economía con un alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica, social y territorial⁴³. La lucha contra la pobreza y la exclusión social se integra dentro de este tercer pilar que contempla como iniciativa emblemática la Plataforma Europea contra la Pobreza⁴⁴. El enfoque proactivo de la Comisión en la lucha contra la exclusión social se sustancia a escala europea en la transformación del método abierto de coordinación sobre exclusión y protección social en una plataforma de cooperación, en el diseño y aplicación de programas de promoción de la innovación social para los más vulnerables, así como en buscar el equilibrio entre la viabilidad y la mejora de los sistemas de protección social y pensiones. Como acción clave para valorar la traducción de los objetivos descritos en las políticas nacionales, destaca la supervisión de las reformas económicas y estructurales de los países miembros a través del Semestre Europeo.

A la vista del enfoque social de Europa 2020, pudiera parecer que la lucha contra la exclusión social adquiere con esta estrategia la consideración de verdadero objetivo cuantificable en términos no sólo políticos, sino también jurídicos, dadas las medidas señaladas por la Comisión para alcanzar “la meta común de que la Unión Europea saque por lo menos a 20 millones de personas de la pobreza y la exclusión social en la próxima década”. Empero, la inadecuación de objetivos y mecanismos para su adopción se desprende con claridad tanto de las medidas como de sus campos de acción.

La respuesta institucional de la UE a la crisis mantiene el paradigma descrito de la intervención reguladora, a saber, autonomía del mercado y compatibilidad subalterna de la política social. La economía de mercado sigue siendo el punto de partida para la salida de la crisis, tal y como se pone de relieve en la consulta pública sobre la estrategia “UE 2020”. La recuperación continua confiándose al mercado y su principal valedor, la competencia. Todo ello a pesar de que la crisis ha desvelado las carencias del modelo económico adoptado por el constitucionalismo de mercado de la Unión. Sobre todo, la ausencia de un gobierno económico europeo que dote

⁴³ Op. cit., nota 3, pp. 7, 22, 24 y 37.

⁴⁴ Op. cit., nota 4, pp. 6-20.

a la Unión de competencias de gestión y de intervención. De tal forma que la constitución económica europea continúa depositando su confianza en el mercado y la regulación como mecanismo de tutela. Sólo bajo este dogma puede entenderse la contextualización de la lucha contra la exclusión social en el ámbito del Semestre Europeo, que no es sino un mecanismo adicional para ejercer un control del cumplimiento de las condiciones del constitucionalismo de mercado europeo por las finanzas públicas nacionales, y donde las consideraciones sociales sobre pobreza y exclusión social están muy lejos de colocarse al mismo nivel que las condiciones macroeconómicas.

A mayor abundamiento, en el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2015⁴⁵, donde la Comisión esboza los principales aspectos de su nueva agenda a favor del crecimiento y del empleo, no hay una sola referencia a mejorar la lucha contra la exclusión social, y las medidas llamadas a profundizar en la dirección apuntada por el tercer objetivo estratégico de Europa 2020 se adoptan bajo los parámetros de la falta de autonomía de la dimensión social europea. La Comisión considera necesario adoptar un enfoque integrado que combine las políticas estructurales, presupuestarias y monetarias reforzando la panoplia de la nueva GEE. Principalmente, se señala que “ha llegado el momento de racionalizar y reforzar el Semestre Europeo para dotarlo de mayor eficacia. Un Semestre Europeo reformado debe perseguir la eficacia de la coordinación de la política económica a escala de la UE” (página 18). La racionalización del sistema de gobernanza europea para aumentar su eficacia y acrecentar el sentimiento de apropiación político de la gobernanza económica de la UE, implica una revisión del paquete de seis y el paquete de dos medidas legislativas que perseverare en la responsabilidad presupuestaria a través de un saneamiento presupuestario responsable y favorable al crecimiento.

En paralelo, la dimensión integral del informe se completa con la apuesta por reformas estructurales a escala de los EEMM que lejos de rozar tangencialmente la integración positiva, redundan en su carácter marginal. Concretamente, mejora de la dinámica de los mercados laborales y medidas frente al elevado nivel de desempleo (pp. 13-14), reforma de las pensiones (p. 14), y modernización de los sistemas de protección social (p. 14). Empleando expresiones tales como “evolución salarial acorde con la productividad”, “reforma de litigios en el ámbito laboral” o “enfoque dinámico de la edad a la cual las personas deben jubilarse”, se trata de funcionalizar las políticas sociales y de empleo nacionales a las exigencias de la competitivi-

⁴⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones. Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para el 2015, Bruselas, 28.11.2014. COM (2014) 902 final.

dad. El hecho de que la referencia expresa a los sistemas de protección social se haga bajo el rótulo “modernizar”, supone sancionar la vinculación entre modernización de los sistemas de bienestar nacionales y solidaridad competitiva, como si actuase una superposición entre los dos términos con coincidencia de extremos semánticos. Frente a la reforma de los sistemas de protección y de seguridad social de los derechos internos desconectados del análisis de su impacto social restrictivo, lo acertado en términos de Europa social y política, o si se prefiere, de acrecentamiento del sentimiento de apropiación a nivel europeo de una dimensión social garantista, hubiera sido incrementar las expectativas reales de realización y puesta en práctica del derecho social fundamental a una protección social efectiva como principal aval para combatir la exclusión social y su poliédrica dimensión.

IV. Conclusiones finales

4.1. *La vacuidad de las aportaciones basadas en la regeneración social del Derecho de la Unión*

El déficit de la dimensión social europea es una constante rastreable en la literatura jurídica que analiza la materia. Pero, las diferencias surgen a la hora de determinar las causas del mayor o menor grado de interiorización de funciones sociales por la Unión, el nivel de acción de las políticas sociales en cada uno de los niveles, el estatal y el europeo, así como la interacción entre ambos. Desde estas coordenadas, se pueden distinguir dos perspectivas en la aproximación a la organización del modelo social del constitucionalismo de mercado europeo. Ambas tienen en común vincular el déficit del modelo social europeo a las renuencias de los EEMM a transferir el ejercicio de competencias en ámbitos tan sensibles, desde el punto de vista de captación de votos, como la seguridad social o los servicios públicos.

Una primera perspectiva consistiría en poner de relieve los desequilibrios entre integración negativa y positiva desde la perspectiva de localizar la actividad de la integración positiva en el ámbito estatal, en detrimento del espacio europeo que aparecería vinculado casi en exclusiva a la integración negativa. Se trata de dos espacios independientes, sin que uno u otro interactúen entre sí. De aquí que consideremos que esta tesis resulte forzada. En primer lugar porque el constitucionalismo de mercado europeo acentúa los caracteres de la centralidad del mercado y la funcionalidad de la intervención pública al pleno desarrollo de ésta. En esta tesitura, la integración positiva resulta funcional en sus relaciones a la lógica económica. La retirada de los vínculos del Estado social obliga a redefinir la intervención desde el

espacio europeo y, por lo tanto, es el ordenamiento europeo el que impone una nueva forma de intervención en los nuevos espacios social y económico que se abren a la competencia. El objetivo es la garantía del sistema institucionalizado en la UE-GE mejorada y mercado interior. Las autoridades estatales complementan el marco de garantías del mercado dado que los intereses tutelados por los gobiernos nacionales se construyen desde los condicionantes del mercado, actuando la sustitución del gobierno político de la economía por la autonomía del mercado. La heterocorrección como funcionalidad de la política, permeabiliza al conjunto de las relaciones sociales y se convierte en el paradigma de la constitución económica europea. Es el vínculo económico el que acaba trasladando sus contenidos al espacio de las Constituciones nacionales. De ahí que no tenga mucho sentido descargar la responsabilidad de la ausencia de un espacio social europeo en el mantenimiento de las prerrogativas sociales nacionales⁴⁶.

Por otro lado, si la política social es considerada como un mecanismo vital de redistribución social en el Estado social, entonces tenemos que decir, en consonancia con los argumentos expuestos a lo largo de estas páginas, que tal política social no existe en el ordenamiento europeo. Es necesario redefinir estas políticas sociales de la integración negativa desde la perspectiva del modelo social que se articula en los Tratados. Como se ha puesto de relieve, las competencias que dan actuación al modelo social de los Tratados se articulan, fundamentalmente, a través de competencias residuales que no buscan corregir sino ser funcionales al mercado. En este sentido, las políticas de regulación comunitaria derivan de una base filosófica diferente de las tradicionales políticas sociales⁴⁷.

El carácter marginal está en clara correspondencia con la centralidad del mercado frente a la subordinación del vínculo social. “La economía como política social, donde ésta no sólo se subordina a aquella, sino que se realiza en su interior. Los ámbitos de intervención tienen que ver con la mejora de la competitividad de los capitales nacionales, sólo que estas actúan sobre los ciudadanos en su inserción en el mercado. El cambio de modelo significa el tránsito de la solidaridad redistributiva —correctora del mercado— a la solidaridad competitiva. La distribución no es ya el campo de acción de la política social, porque redistribuir significa corregir, no sólo *expost*, la actuación del mercado y por ello actuar sobre la competencia”⁴⁸.

⁴⁶ WALBY, S., “The new regulatory State: the social powers of the European Union” en *British Journal of Sociology*. Vol. 50, n.º 1, 1999, pp. 129-136.

⁴⁷ MAJONE, G., “The European Community between social policy and social regulation”, en *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. 1, 1994, pp. 321-419.

⁴⁸ STREECK, W., “Il modelo sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva”, en *Stato e mercato*, n.º 1, 2000, p. 14.

Desde esta perspectiva es desde la que debe analizarse las implicaciones de las políticas sociales europeas.

La segunda de las lecturas aunque también parte de la base de que el modelo social europeo es inexistente dadas las competencias estatales en la materia, tiene el matiz de situar a los Estados y sus políticas sociales dentro de la estructura transnacional. Esto implica que los postulados jurídico políticos del constitucionalismo de mercado se integran dentro del sistema del constitucionalismo multinivel, abarcando tanto a los EEMM como a la UE. Cuestión distinta es cómo se articula la convivencia de la dimensión social nacional con las demandas del vínculo económico europeo en un espacio que es calificado como gobernanza multinivel. Esto significa que el Estado es todavía el actor central en la regulación de las infraestructuras públicas, de forma que la transición hacia la política social de la integración negativa resulta en una reconstrucción del Estado tradicional⁴⁹.

Hasta aquí la formulación de la propuesta nos parece correcta. Los cambios producidos no son expresión de la debilidad del Estado, porque la contradicción no se establece entre la integración negativa y el Estado, sino entre ésta y una forma determinada de Estado, el Estado social. Deducir del constitucionalismo de mercado un debilitamiento de los Estados implica desconocer tanto el papel político determinante en la institucionalización del mercado, como las nuevas relaciones que se establecen entre el Estado y el mercado en el constitucionalismo de mercado europeo.

No obstante, en nuestra opinión, el error de la tesis radica en desconocer, aunque se menciona implícitamente, que la gran diferencia con la “fusión institucional”⁵⁰ entre la UE y los EEMM es que el verdadero centro definidor del modelo social y de los límites para su realización es la Unión y no las autoridades nacionales. Es cierto que a tenor de la literalidad del artículo 151 del TFUE pudiera parecer que la soberanía en política social sigue siendo estatal. Pero si se conecta las políticas sociales nacionales con la decisión que consagra el constitucionalismo de mercado, autonomía del mercado, el carácter residual de la política social a nivel estatal y europeo es manifiesto. La autonomía del mercado es el criterio material de delimitación de los espacios de realización de lo social. En el espacio transnacional europeo la debilidad de la intervención de la Unión, junto con la subordinación de los objetivos sociales al vínculo económico. En el ámbito nacional, los EEMM carecen de un margen de maniobra absoluto para definir sus políticas sociales porque no pueden comprometer el proyecto de la constitución económica europea.

⁴⁹ LOUIS, J-V., “A legal and institutional approach for building a monetary union”, en *Common Market Law Review*, n.º 35, 1998, p. 73.

⁵⁰ ROMETSCH, D., y WESSELS, W., *The EU and the Member States: towards an institutional fusion?*, ed., Manchester University Press, Reino Unido. 1996.

4.2. *La organización del modelo social supranacional desde los parámetros del gobierno europeo de la economía como única vía para superar el déficit de la integración positiva*

Para que el modelo social europeo pueda situarse en pie de igualdad con la GEE mejorada no es suficiente con un traspaso de las políticas sociales nacionales y consiguiente definición a escala europea. Tampoco con una federalización de aspectos relevantes de la política económica. La cesión de mayores cotas de soberanía que reste peso a la intergubernamentalidad decisoria. La mutualización de la deuda y el control del déficit a nivel europeo, como correlato necesario para la superación de la crisis; la apuesta por un marco financiero, presupuestario y económico integrado vía unión bancaria, fiscal y económica: el incremento de la legitimidad democrática de las instituciones europeas; y el fortalecimiento del papel de los interlocutores sociales en la participación del diseño de las medidas legislativas europeas⁵¹. Ciertamente se trata de medidas que abordan cuestiones claves que afectarían al diseño político jurídico de la GEE, empero sin llegar a comprometerlo. Lo que demuestra la dificultad de afirmar la conexión del ámbito europeo con la integración positiva del Estado social. Sobre todo, porque el marco teórico desde el que se definen las funciones que los EEMM y las instituciones europeas deben asumir es el mismo, la GEE. Nos encontramos con argumentos que tratan de conciliar los contenidos de uno y otro modelo, como si los términos de la relación GEE/gobierno europeo pudieran conjugarse en una multiplicidad de significados llamados a complementarse entre sí. La gobernanza económica implica un cambio radical en la concepción de la política, una dinámica dirigida a la privatización de las decisiones políticas.

Por eso nuestra propuesta es distinta, porque sólo trasladando al espacio supranacional europeo el gobierno de la economía caracterizado por una primacía de la política, será factible una intervención pública en la economía que condicione el sistema. Esta constitucionalización en los Tratados de un gobierno de la economía implica, lógicamente, una ruptura de la vigente decisión jurídico-política. Propuesta que excede del grueso de reflexiones que adoptan una perspectiva de cooperación integración positiva-integración negativa sin abandonar el constitucionalismo de mercado europeo.

Como segundo paso, la adhesión de la UE a la CSE revisada. Esto es, un proceso de verdadera interacción de la CSE en la normativa social eu-

⁵¹ RUIZ-HUERTA, J., “La unión fiscal como base para refrendar la Europa social. Propuestas para una política fiscal común en la Unión Europea”, en *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n.º 18, 2012, pp. 191-206. HOLLAND, S., “Bonos de la Unión, eurobonos y un New Deal para Europa”, en *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n.º 17, 2011, pp. 91-110.

ropea. Caracterizada como principio general del Derecho de la Unión, se posibilitaría un incremento del nivel de protección de los derechos sociales contemplados por la CDFUE que se beneficiaría de las tutelas-garantías contenidas en el documento social y, especialmente, de la jurisprudencia emanada por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Al mismo tiempo, sería necesario considerar a la totalidad del articulado de la CSE como “núcleo duro”, revisando la opción actual de normas vinculantes a la carta. Se trata de superar el estigma programático de los derechos sociales para avanzar en su consolidación como verdaderos derechos fundamentales, cruciales para la dignidad del ser humano, exigibles y accionables ante los Tribunales.

En tercer lugar, frente a la flexibilidad teórica de las normas del PEC postulada por la Comisión, cuando un Estado miembro tenga que hacer frente a desequilibrios macroeconómicos esto no ha de conllevar una criminalización del gasto público en políticas de protección social, frente a una mejora de la estrategia de acumulación del capital. La adopción de medidas de reducción del déficit público ha de tener su correlato en el análisis del impacto social de dichas medidas de tal forma que se garantice su pervivencia más allá de los límites asistenciales.

En cuarto lugar, correspondencia entre sanciones por vulnerar los vínculos presupuestarios y sanciones por vulnerar el incumplimiento del vínculo social. Resulta paradójico que se reconozca explícitamente que algunos EEMM han incumplido el objetivo de combatir la exclusión social a través de recortes drásticos en gasto público mientras crece la demanda de protección social, y que la única solución que se ofrezca sea una recriminación verbal de su responsabilidad social con la reducción de la pobreza.

Aspectos de armonización asimétrica para la entrada y residencia de familiares de nacionales de terceros estados en la Unión Europea*, **

*Aspects of asymmetric harmonization for entry and residence
of third-country national family members in the European Union*

Encarnación La Spina
Investigador postdoctoral F. Braudel
LabexMed, CERIC Aix-Marseille Université

Sumario: I. La Directiva 2003/86/CE como posible proyecto de armonización.—II. Algunos aspectos de armonización asimétrica para la entrada y residencia de familiares de nacionales de terceros Estados: Libro verde COM (2011) 735 final. II.1. La inclusión opcional de otros miembros en la familia nuclear. II.2. La posible exigibilidad de medidas de integración. II.3. La admisibilidad de controles e inspecciones para perseguir el *fraude legis*.—III. Conclusiones.

Resumen: Tras un decenio de la aprobación de la Directiva 2003/86/CE, tanto el Programa de Estocolmo como el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo indican que la reagrupación familiar es una de las principales cuestiones objeto de desarrollo de la política comunitaria de inmigración. Sin embargo, la aplicación práctica de la Directiva da cuenta de la existencia de problemas y deficiencias en el margen de maniobra de los Estados miembros a la hora de implementar algunas de sus cláusulas opcionales. A tal propósito, este trabajo trata de plantear una revisión de las implicaciones jurídico-políticas que debe afrontar la inmigración familiar en el control del *fraude legis*, la inclusión de los miembros de la familia y la exigencia de posibles medidas de integración. Todos ellos aspectos que ponen de relieve no sólo las posibles deficiencias de la técnica legislativa del proceso de armonización europea sino también advierten de su incompatibilidad con el estándar internacional de derechos humanos.

* Recibido el 26 de mayo, aceptado el 18 de junio de 2015.

** Investigador postdoctoral del programa Fernand Braudel-IFER (International Fellowships for Experienced Researchers) y la Comisión Europea (Programme Action Marie Curie_COFUND-7ème PCRD) invitado en el LabexMed, CERIC-UMR 7318 reference 10-LABX-0090. Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad, Derechos Humanos, sociedades multiculturales y conflictos, DER 2012-31771.

Palabras claves: Directiva 2003/86/CE, familia, inmigración, medidas de integración, control del fraude.

Abstract: *After a decade of the adoption of EU Directive 2003/86, the Stockholm Programme and the European Pact on Immigration and Asylum indicate that family reunification is one of the main issues for the European policy migration's development. However, the implementation of Directive shows the existence of problems and deficiencies in national level to assess the leeway to Member States when they are applying some of its optional clauses. Thereby, this paper is focused on reviewing legal-political implications of family immigration related to fraud control, family members inclusion and the exigency of possible integration measures. All these aspects highlight not only the technical shortcomings of the European harmonization process but also they warn their incompatibility with international human rights standard.*

Keywords: *EU Directive 2003/86, family, immigration, integration measures, fraud control.*

I. La Directiva 2003/86/CE como posible proyecto de armonización

A partir de la década de los noventa, tanto el previsible impacto de los flujos migratorios por motivos familiares hacia la UE (Unión Europea) como el alto grado de disparidad entre los EEMM (Estados miembros) ha promovido la necesidad de regular desde el ámbito regional europeo la admisión de familiares de inmigrantes como manifestación directa del derecho a la vida en familia¹. Para ello, la armonización de las legislaciones nacionales en materia de migración familiar se había concebido como un proceso a desarrollar en varias etapas, de las cuales la Directiva 2003/86/CE vendría a constituir tan sólo la primera de ellas. Desde su aprobación y conforme a lo establecido en su cláusula de emplazamiento, son precisamente las disposiciones que ofrecían la máxima flexibilidad, aquellas que podrían ser en un futuro objeto de revisión prioritaria — familiares reagrupables, concepto de reagrupante, condiciones de entrada, período de espera previo, acceso a un estatuto autónomo— para así permitir progresos paulatinos en el proyecto de armonización propuesto. Ello, era así porque las disposiciones más flexibles eran simultáneamente también las que permitían mayores divergencias internas en la conformación normativa de la reagrupación familiar.

¹ Vid. ASÍN CABRERA, M.A., "Reagrupación familiar y modelos de familia en la Unión Europea", en VVAA., *Fronteras exteriores de la U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, 33, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 153-174, p. 171.

Por este motivo, el proyecto de armonización de la Directiva 2003/86/CE ha ocupado un lugar relevante dentro de la arquitectura normativa e institucional europea. En particular, por ser la primera y más importante positivización adoptada en el ámbito de la UE después de la entrada en vigor del artículo 63.3 del Tratado de Ámsterdam, con excepción del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca². Una configuración de un marco normativo comunitario que también sería extrapolable a otras situaciones internas como al *status* de residente de larga duración, junto a un estatuto preferencial del reagrupante-refugiado³. Aunque, también sin duda, su relevancia se debe a perseguir por medio de una pionera disposición de Derecho Derivado un objetivo mediano e inmediato: la aproximación del estatuto jurídico de los nacionales de países terceros en las diferentes legislaciones nacionales respecto a cuestiones de empleo y familia⁴. Un ámbito, el familiar, que tenía un alto grado de disparidad⁵ en extremos tales como las condiciones en que debía ejercerse la reagrupación familiar, la exigencia de plazos previos de residencia legal o qué otros familiares distintos al esposo/a e hijos dependientes podrían ser autorizados a entrar o la definición concreta de hijos a efectos de reunificación.

Esta primera apuesta comunitaria por la aproximación queda latente ya desde la primera fase de la entonces nueva política migratoria común con la adopción de la Resolución de 1 de junio de 1993, a raíz de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Copenhague⁶. La Re-

² Vid. HAILBRONNER, K., “European immigration and asylum law under the Amsterdam Treaty”, en *Common market Law review*, n.º 35, 1998, pp. 1047-1067, en concreto pp. 1057-1058. Vid. SCHIBEL, Y., “Transposing EU Law on Legal Migration”, en *European Journal of Migration and Law*, n.º 6, 2005, pp. 395-404.

³ Por tanto, quedan excluidos de la misma los miembros de familias de ciudadanos de la Unión que tienen su propio tratamiento jurídico. Vid. STAVER, A., “Free movement and the fragmentation of Family reunification rights”, en *European Journal of Migration and Law*, n.º 13, 2013, pp. 69-89.

⁴ Sólo existe un antecedente a nivel comunitario, la Resolución de 11 de junio de 1993 sobre la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar (Documento SN 282/1/93 WGI 1497 REV). PEERS, S., ROGERS, N., *EU immigration and asylum Law. Text and commentary*, Koninklijke Brill N.V., Netherlands, 2006, p. 573-613, esp. p. 577.

⁵ La enorme divergencia entre los EEMM ha sido constatada por la Comisión Europea por medio de la Inspección del documento de trabajo que sirvió de base a la resolución, y cuyos resultados aparecen en el Informe —no publicado— de dicho órgano, fechado el 13 de mayo de 1992, bajo el título *Inspection of the Working Document of the European Comisión of 12 May 1992 (V/384/92)*.

⁶ Documento SN 282/1/93 WGI 1497 Rev.1. Vid. BOELES, P.; KUIJER, A.: “Harmonization of Family Reunification”, in MEIJERS, H., *A new immigration law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Nederlands Centrum Buitenlanders, pp. 25-34, esp. p. 33.

solución relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar si bien no era jurídicamente vinculante, enunció los primeros principios informadores para orientar las políticas nacionales de cada Estado miembro consideradas todas ellas como medidas transitorias que prepararían la posterior política migratoria común⁷. Las mismas, más tarde, se incluirían por medio de otra Resolución del PE (Parlamento Europeo) sobre la política europea de inmigración de 15 de julio de 1993⁸, en una propuesta de directiva marco sobre la inmigración y en particular una serie de directivas específicas que habían sido hasta entonces expresamente excluidas⁹.

Asimismo, este afán armonizador sería mayormente definido en otra propuesta de implementación contenida en la Resolución de 1 de junio de 1993, presentada por la Comisión en relación a un Convenio de admisión¹⁰, reformulando así en una *version law*¹¹, un proyecto de armonización que fijaría las primeras medidas para la reagrupación familiar de nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los EEMM. Una versión que hasta llegar a ser definitiva se vería superada a su vez por sucesivas modificaciones a la propuesta inicial de diciembre de 1999¹², incluyendo, entre otros, los extremos de los dictámenes del PE¹³ y del Consejo Económico y Social Europeo¹⁴, así como por una propuesta en octubre de 2000¹⁵,

⁷ Vid. para un estudio detallado del procedimiento de adopción de la Directiva, PEERS, S., ROGERS, N., *op. cit* nota 4, en concreto p. 577.

⁸ DOCE C 225 de 20 de septiembre de 1993, p. 184 y ss. En especial el punto 1 f) y 12 de dicha resolución.

⁹ Aquellas relativas a la admisión de nacionales de terceros países como trabajadores por cuenta ajena, profesionales por cuenta propia y estudiantes, vid. arriba. Por ejemplo, también la Propuesta modificada de Acción Común relativa a la protección temporal de las personas desplazadas (art. 7.1) o la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento núm. 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, presentada por la Comisión de 26 de junio de 1998 (DOCE C 268 13 de 27 de agosto de 1998).

¹⁰ Vid dos iniciativas previas y relacionadas como la citada propuesta de un Convenio de admisión GU V 337 del 7 de noviembre de 1997 y una resolución sobre medidas para contrastar los matrimonios ficticios GU C 382 del 16 de diciembre de 1997.

¹¹ COM (2000) 624 final-1999/0258 (CNS) también se aplicaría a los ciudadanos de la Unión que no ejerzan su derecho a la libre circulación. Vid. PEERS, S.; ROGERS, N., *op. cit.*, nota 4, p. 580.

¹² COM 1999 638 de 1 de diciembre de 1999. DOCE C 116 E de 26 de abril de 2000, p. 66.

¹³ Informe del Parlamento Europeo de 17 de julio de 2000, A5/201/2000 D.O.C.E. núm. C135/2000 p. 178.

¹⁴ Dictamen del Comité Económico y Social CES 588/2000, ponente Sra. Cassina, DOCE núm. C204/2000, p. 140.

¹⁵ COM (2000) 624 de 10 de octubre de 2000. DOCE C 62 E de 27 de febrero de 2001, p. 99.

donde se recogían la mayoría de las enmiendas del PE¹⁶, hasta la propuesta de mayo de 2002¹⁷ corolario de dos arduos años de debates y negociaciones¹⁸. Para llegar finalmente, sobre la base de esta segunda propuesta de la Directiva 2003/86/CE, a adoptar un acuerdo político¹⁹ que permitiría su aprobación sin debate en la Sesión n.º 2525 del 22 de septiembre de 2003²⁰, si bien las enmiendas presentadas por el Parlamento²¹ fueron ampliamente rechazadas por la Comisión en su adopción formal.

Por tanto, desde su compleja aprobación que puso a prueba el mismo proceso de codecisión comunitario, han sido de igual modo numerosas las dificultades y, más si cabe, las críticas al proceso de armonización que planteaba esta norma de Derecho derivado²². Su objetivo explícito era establecer condiciones para el ejercicio del derecho y facilitar la integración de nacionales de terceros países dentro de una configuración mínima de los derechos y las necesidades sociales exigidas. De ahí que las principales críticas se han referido a la formulación dúctil y en ocasiones, altamente imprecisa, de la Directiva calificada como norma “de *soft law* derivado”, teniendo en

¹⁶ Vid. BOELES, P., “Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas resolved?” *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, 1, pp. 61-71, en concreto p. 61. Vid. PEERS, S., ROGERS, N., *EU immigration and asylum law, Text and commentary*, op. cit., nota 4, p. 580-583. Council Docs. 5772/00, 10 febrero 2000, 6504/00 16 de marzo de 2000, 7507/00 28 de Julio de 2000 y 7997/00 28 de julio de 2000. Vid. Council doc. 9738/00 and 9739/00 de 28 de junio de 2000. Discussion continued under the Swedish Council presidency which completed the third reading of the proposal. Vid. Council docs. 5682/01 31 de enero de 2001; 6450/01 6 de marzo de 2001 y 7144/01, 23 de Marzo de 2001.

¹⁷ COM (2002) 225 de 2 de mayo de 2002. DOCE C 203 E de 27 de agosto de 2002, p.136. Esta tercera propuesta fue objeto de dictamen por parte del PE el 17 de julio de 2002 CES 857/2002, ponente Mengozzi y por el Comité de las regiones el 20 de noviembre de 2002, CDR 243/2002 ponente Sra. Coleman DOUE núm. C73/2003, p. 16.

¹⁸ Vid. PEERS, S., ROGERS, N., op. cit., nota 4, p.583-590. Vid. Council doc. 10857/02 9 de agosto de 2002 (outcome of working party, 8 y 26 de julio de 2002). Council doc. 11787/02 30 de septiembre de 2002, outcome of proceedings of working party 5-6 y 18-19 de septiembre de 2002. Council doc. 13053/02 23 de octubre de 2002, outcome of proceedings of working party 1-2 de octubre de 2002, council doc. 13968/02 12 de noviembre de 2002 y Council doc. 14272/02 26 de noviembre de 2002, outcome of proceedings of working party 12 y 13 de noviembre de 2002.

¹⁹ Acuerdo político del Consejo Sesión n.º 2489, 27 y 28 de febrero de 2003 Boletín UE, 1-2 2003, punto 1. 4.16. QUIRÓS FONTS, A., “Derecho Comunitario de extranjería. Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del Derecho interno español,” en *Anales de Derecho*, n.º 21, 2003, p. 383-415.p. 398.

²⁰ CNS/2001/0074, n.º 6912/03.

²¹ Dictamen Parlamento europeo de 9 de abril de 2003 A5/86/2003.

²² Vid. DE BRUYCKER, P., Le niveau d’harmonisation législative de la politique européenne d’immigration et d’asile ” en JULIEN-LAFERRIERE, F., LABAYLE, H., *La politique européenne d’immigration et d’asile : bilan critique cinq ans après le traité d’Amsterdam*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 45-75, esp. p. 67.

cuenta la amplitud del margen de apreciación estatal o la parquedad de las disposiciones vinculantes que rebajaban la intensidad de su “aparente” objetivo armonizador. No en vano, más que la superficialidad del derecho nacional²³ se estimulaba la continuación de las entonces 24 políticas de reagrupación nacionales diversas, dotándolas de suficiente desenvoltura para terminar proyectando las prácticas y legislaciones nacionales más conservadoras o de mayor trayectoria migratoria.

De este modo, en el ámbito de la UE y a escala internacional, la Directiva 2003/86/CE y su aplicación práctica no dejaría de tener una amplia repercusión práctica en el ejercicio de derechos y libertades para los nacionales de terceros países²⁴ que no siempre habían mantenido explícitamente tal reconocimiento²⁵. Precisamente, la importancia de la protección del derecho a la vida en familia radica en varios de los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos:

1. El CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) (1950,) cuyo artículo 8 es fundamental al reconocer a toda persona el derecho a que se respete su vida privada y familiar. Este precepto ha sido ampliamente completado por la jurisprudencia del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶). Han sido diversos los in-

²³ OOSTEROM-STAPLES, H., “The Family Reunification Directive: A Tool Preserving Member State Interest or Conducive to Family Unity?”; en BALDACINI, A., GUILD, E. and TONER, H. (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice?. EU Immigration and Asylum Law and Policy*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, p. 452,

²⁴ Sobre la formulación práctica de un derecho teóricamente asumido, vid. los trabajos de GÓMEZ CAMPELO, E., “El derecho a la reagrupación familiar según la Directiva 2003/86/CE”, en *Actualidad Administrativa*, Madrid, 2000, pp. 1551-1560, en concreto p. 1552. Y de la misma autora, GÓMEZ CAMPELO, E., “La compleja aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar”, en *Revista española del Tercer sector*, n.º 12, 2009, pp. 73-99.

²⁵ En cambio, hay varias evidencias de que tal reconocimiento no es una cuestión pacífica en las legislaciones nacionales. Por ejemplo, la postura adoptada por Austria durante las negociaciones, dónde se opuso a la creación de un derecho europeo a la reunificación familiar, por considerar que este derecho excedería la garantía contenida en el artículo 8 del CEDH. Documento del Consejo 5772/00 de 10 de febrero de 2000. Así mismo, la postura de Bélgica declarando que el término derecho le planteaba problemas al no reconocer su legislación nacional tal derecho. Ante estas alegaciones, la Presidencia decidió someter al CEIFA la cuestión: ¿Debe considerarse la reagrupación familiar un derecho cuyo ejercicio está sometido al cumplimiento de determinadas condiciones? Documento del Consejo 7675/1/00 de 10 de abril del 2000.

²⁶ Vid. Sentencia TEDH de 28 de noviembre de 1996 Ahmut/ Países Bajos (Recueil des arrêts et décisions 1996-VI apartados 63 y 67). Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, Abdulaziz, Cabales y Balkandali/ Reino Unido (Series A n.º 94) Ahmut c. Pays bas du 28 novembre 1996, recueil des arrêts et décisions, 63. STEDH Sen/Países Bajos de 21 de diciem-

tentos fallidos de derivar un derecho a la reagrupación familiar del artículo 8 del CEDH²⁷, poniendo en evidencia como la lógica interpretativa del TEDH ha sido reconocer el derecho desde la excepcionalidad²⁸, por ser la modalidad más compatible con el amplio margen de apreciación de los Estados. En general, porque hay una línea de tendencia a la hora de interpretar restrictivamente los derechos protegibles atendiendo a meras circunstancias excepcionales del individuo y en cambio, más bien cierta benevolencia sobre el margen de apreciación de los Estados o la preeminencia de la soberanía estatal²⁹. Así se deriva en consecuencia que las únicas obligaciones derivadas para poder permitir la admisión de los extranjeros por medio de la reagrupación familiar son particulares y no genéricas³⁰. Su reconocimiento está subordinado a un equilibrio entre la correlación *hohfeldiana* incompetencia-inmunidad del derecho del individuo a vivir en familia y el *laissez faire* del Estado a la hora de controlar la inmigración así como la residencia de los no nacionales.

2. Entre los tratados que constituyen la CIDH (Carta internacional de Derechos Humanos), la DUDH (1948), tras asegurar en su artículo 12 que nadie será objeto de injerencias, entre otras, en su vida privada y su familia, señala en su artículo 16.3 que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. En la misma línea, el artículo 23.1 del PIDCP (Pacto de Derechos civiles y Políticos (1966), así como el 10.1 del PIDESC (Pacto de derechos económicos, sociales y culturales (1966), insisten en la importancia de conceder a la familia “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”. No en vano, completando tales previsiones, el CDH (Comité de Derechos Humanos)

bre de 2001, n.º 31465796. STEDH 1 de diciembre de 2005 asunto Tuquabo-Tekle c. Países Bajos, Sentencia del TEDH de 31 de julio 2008 asunto Darren Omoregie y otros/Noruega demanda n.º 265/07 apartado 57 y TEDH 31 de enero de 2006, caso Rodrigues da Silva et Hoojkamer c. Pays-Bas-requête n.º 50435199.

²⁷ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar”, en *Anuario de la escuela de Práctica Jurídica*. UNED, n.º 1, Madrid, 2006, pp. 1-14, en concreto pp. 4 y 5.

²⁸ SAROLÉA, S., *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruyillant, Bruxelles, 2006, p. 367 y p. 609.

²⁹ MOCK, H., “Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (article 8 CEDH) à l'aube du XXI siècle”, en *Revue universelle des Droits de l'homme*, n.º 10, 1998, pp. 237-246, en concreto p. 246.

³⁰ GRANT, P., *La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Genève, Munich, 2000, p. 299.

en repetidas ocasiones ha centrado su labor interpretativa y cuasi-judicial en la protección de la vida familiar de los inmigrantes, reconociendo como señala Vedsted-Hansen “un amplio margen de apreciación cuando deciden si conceder una autorización de residencia a un extranjero para reunirse con los miembros de su familia residentes en este territorio”³¹. Así, desde un primer momento, indirectamente, el CDH en su Comentario General n.º 15 de 1986³² establece la protección del Convenio, en ciertas circunstancias referidas, incluso a la entrada o residencia, si concurren consideraciones de no discriminación, prohibición de trato inhumano y respecto a la unidad familiar. Por lo tanto, aunque los Estados parte, están legitimados para admitir o no la residencia y entrada de los extranjeros en su territorio, no es una habilitación ilimitada, sobre todo si concurren las mencionadas circunstancias especiales³³.

3. Otros textos promovidos por Naciones Unidas, inciden en la relevancia de la reagrupación familiar. Paradigmática en este sentido sería la CDN (Convención sobre los Derechos del Niño (1989) que recoge en su artículo 10.1 en el caso de los menores que la solicitud del derecho a la reunificación familiar sea atendida de modo positivo, humanitario y expeditivo; por su parte el CIPDTM (Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias (1990), se ocupa en su artículo 44 de reconocer el derecho a la reagrupación familiar, si bien no puede dejar de señalarse que, de momento, la relevancia de este último convenio es relativa en el ámbito de la UE puesto que ninguno de sus Estados, tampoco España, lo han ratificado aunque entró en vigor en julio de 2003.
4. La CSE (Carta Social Europea 1961 y su versión revisada de 1996), en el ámbito regional europeo, en su artículo 16 al ocu-

³¹ Vid. VEDSTED-HANSEN, J., “Migration and the right to family and private life”, in CHETAIL, V., *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 690-722. esp. p. 708; NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd revised edition, Kehl, NP, Engel, 2005, p. 393 y JOSEPH, S., *The international Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary*, Second Edition-Oxford University Press, 2004, pp. 489 y 591-604.

³² Vid. General Comment n.º 15 the position of aliens under the Covenant Twenty-seven session 1990, p. 140 en HRI/GEN/1/Rev.7 12 may 2004 International Human Rights Instruments Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human rights Treaty bodies.

³³ Vid. General Comment n.º 19 article 23 (the family) Thirty-ninth session 1990, p. 149 en HRI/GEN/1/Rev.7 12 may 2004 International Human Rights Instruments Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human rights Treaty bodies.

parse de las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, entendiendo ésta como un pilar central de la sociedad. Más adelante el artículo 19.6 establece expresamente el compromiso de “facilitar la reagrupación de los trabajadores extranjeros a los que se les permite establecerse en el territorio del Estado parte”. Desde una perspectiva semejante, el CETM Convenio relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante reconoce en su artículo 12.1 el derecho a la reagrupación familiar y, especialmente, en el artículo 7 de la CDFUE (Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea).

Ahora bien, con independencia de las obligaciones internacionales en los EEMM para la protección del derecho a la vida familiar y, sobre todo, pese a las variantes terminológicas o las apreciaciones valorativas expuestas por parte de la doctrina sobre el contenido y el *nomen iuris*³⁴ de la Directiva, el mínimo común denominador sobre el derecho a la reagrupación familiar ha quedado mayormente protegido en el ámbito comunitario y a la par, “removido de un exclusivo y excluyente control nacional”³⁵. La previsión sustantiva del artículo 4.1 de la Directiva que resulta obligatoria para los EEMM en los términos expeditivos de “autorizarán la entrada y la residencia de ciertos familiares”, so pena del llamado efecto directo comunitario, es aplicable incluso en el caso de ausencia o incorrecta transposición en el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros³⁶.

³⁴ Vid. CHOLEWINSKI, R., “Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right?” en *European Journal of Migration and Law*, n.º 4, 2002, pp. 271-290, en concreto p. 272. Vid. también SCHAFFRIN, D., “Which Standard for family reunification of third-country nationals in the European Union”, in CARLIER, J.Y., *Immigration and asylum law of the EU: current debates*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 90-143, en concreto, p. 99. CORTES MARTIN, J.M., “Immigration et regroupement familial dans l’Union européenne: un droit à géométrie variable? ”, en *Revue du droit de l’Union européenne*, n.º4, 2005, pp. 721-759, especialmente, p. 748 y SIRIANNI, G., *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, Familia Quaderni diretti da Salvatore Patti, n.º 6, Milano, 2006, esp. p. 37-38.

³⁵ Vid. IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “El valor de la directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la sentencia del TJCE”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 26, 2007, pp. 125-153, en concreto p. 148.

³⁶ Vid. Comisión Memo/05/348, 3 oct. 2005. Los seis Estados Miembros fueron Bélgica, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia y Eslovenia. Por ello, la Comisión por medio de Decisión de 28 de junio de 2006, ha presentado algunos dictámenes motivados con base al artículo 226 del TCE contra Bélgica, Chipre, Alemania, Estonia, Grecia, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo y Malta. El 12 de diciembre de 2006, la Comisión decidió iniciar el procedimiento ante el TJCE contra Alemania, Italia, Luxemburgo y Malta, mientras que estimó archivar tal procedimiento respecto a Bélgica, Estonia, Grecia, Francia, Finlandia. El recurso contra Luxemburgo fue interpuesto el 7 de febrero de 2007. Asunto C-57/07. El recurso contra Malta fue interpuesto el 15 de febrero de 2007. Asunto C-87/07. *DOUE* de 14 de abril de 2007. El re-

De igual modo, esta voluntad de armonizar el derecho a la reagrupación familiar como vía de integración preferente ha sido resuelta de forma más exitosa gracias a la labor fiscalizadora del propio TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), que ha sabido avanzar, aunque lentamente, en el tratamiento de la reagrupación familiar como derecho para los nacionales de terceros Estados. Una fase ya prácticamente consolidada con respecto a las garantías de este derecho para los familiares de los ciudadanos comunitarios que ejercen su libertad de circulación³⁷ a la luz de las últimas cuestiones prejudiciales planteadas por el Consejo de Estado holandés³⁸. Por el contrario, una lectura distinta se infiere del tratamiento jurisprudencial aplicado en la tutela de la familia íntegramente constituida por nacionales de terceros Estados antes y después de la adaptación de la Directiva 2003/86/UE. Las decisiones del Tribunal han oscilado entre una primera fase circunscrita al ámbito estrictamente competencial³⁹, hasta el desarrollo de nuevas formas indirectas de contención del margen de apreciación⁴⁰, avaladas por la postura de la Abogada General en favor de la actuación del Consejo⁴¹, en el asunto C/540/03, que ha considerado infundadas las alegaciones del PE⁴² bajo el argumento dudoso de ser limitaciones preventivas y no “unas derogaciones talladas a la medida de los Estados miembros”⁴³. Éstas últimas no sólo cuestionan el “alcance armo-

curso contra Italia fue interpuesto el 19 de febrero de 2007. Asunto C-91/07. *DOUE* de 14 de abril de 2007. Y por último, el recurso contra Alemania fue interpuesto el 3 de abril de 2007. Asunto C-192/07. *DOUE* de 26 de mayo de 2007.

³⁷ Entre otras, en el asunto Mrax de 25 de julio 2002, Garéa Avello de 2 de octubre de 2003, Chen de 19 de octubre de 2004, Zambrano de 8 de marzo 2011, y Maahanmuuttovirasto de 6 de diciembre de 2012, tiende a decantarse por esta opción pese a no ser totalmente favorables a una ampliación de la cobertura del llamado “paraguas comunitario”.

³⁸ TJUE del 12 de marzo de 2014, Asunto C-456/12: la situación de los Sres. O. y B, así como Asunto C-457/12: la situación de las Sras. S. y G.

³⁹ Vid. sentencia TJUE de 17 de abril de 1997, Kadiman, (C-351/95), p. 54; y sentencia TJUE de 30 de septiembre de 1987, Demirel, (C-12/86), p. 28.

⁴⁰ Vid. Recurso Parlamento europeo de 22 diciembre 2003, Asunto C-540/03, *DOUE* núm. C47/2004, p. 21. Vid. MARTIN, D., “Comments on N.v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/cantor Almelo (Case C-470/04 of 7 September 2006) European Parliament v. Council (Case C-540/03 of 27 June 2006) and Tas-Hagen and Tas (Case C-192/05 of 26 October 2006)”, en *European Journal of Migration and Law*, n.º 9, 2007, pp. 141-157.

⁴¹ Vid. De BRUYCKER, P., *op. cit.*, nota 22, p. 61. BURGOURGUE-LARSEN, L., “L’Union européenne face a ses valeurs: entre utopie et réalisme dans la protection des migrants et des réfugiés” en MILLET-DEVALLE, A.S., *L’Union européenne et a protection des migrants et des réfugiés*, Colloque Nice 17-18 juin 2010, Pedone, Paris, pp. 281-288.

⁴² SCHAFFRIN, D., “Which standard for family reunification of third-country nationals in the European Union”, in CARLIER, J.Y., *Immigration and asylum law of the EU: current debates*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 90-143.

⁴³ Vid. DE BRUYCKER, P., *op. cit.*, nota 22, esp. p. 52-63.

nizador” de la Directiva⁴⁴, sino que van más allá y plantean interrogantes sobre su conformidad con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales.

II. Algunos aspectos de armonización asimétrica para la entrada y residencia de familiares de nacionales de terceros Estados: Libro verde COM (2011) 735 final

La *mise en oeuvre* del proceso de armonización plantea claros oscuros sobre los avances y la “elasticidad” que admite la Directiva en base a la facultad reservada a los Estados de adoptar o conservar disposiciones más favorables⁴⁵ dentro del amplio margen de discrecionalidad concedido⁴⁶. Una muestra de ello son ciertos problemas transversales de transposición o aplicación incorrectas de la Directiva guiados, en parte, por las directrices promovidas en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo⁴⁷ y su materialización en el Programa de Estocolmo (2010-2014)⁴⁸.

⁴⁴ Según, SCHAFFRIN, D., *op. cit.*, nota 42, p. 99.

⁴⁵ Vid. COM (2008) 610/3 Report from the Commission to the European Parliament on the Council on the application of Directive 2003/86/CE. Estas propuestas de modificación se referirán prioritariamente a los arts. 3 (ámbito de aplicación), 4 (miembros de la familia), 7 (condiciones exigibles al reagrupante), 8 (tiempo mínimo de residencia para solicitar la reagrupación) y 13 (visado de entrada y permiso de residencia del miembro o miembros de la familia).

⁴⁶ GROENENDIJK, K. et al., *The family reunification Directive in EU Member States. The first year of implementation*, Centre for Migration Law, Nijmegen, 2007.

⁴⁷ DE HART, B., “Love thy neighbour: family reunification and the rights of insiders”, en *European Journal of Migration and Law*, n.º 11, 2009, pp. 235-252. SPIJKERBOER, TH., “Structural Instability: “Strasbourg case law on Children’s Family Reunion”, en *European Journal of Migration and Law*, n.º 11, 2009, pp. 271-293. MCINTOSH, D., “Defining Family: a comment on the Family reunification provisions in the Immigration Act”, en *Journal Law and Social Policy*, n.º 3, 1988, pp. 104-115, esp. p. 104. APARICIO CHOFRE, L., “La aplicación de la directiva comunitaria sobre el derecho a la reagrupación familiar: cinco años después”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n.º 57, 2008, pp. 143-162, esp. p. 157.

⁴⁸ Pacto europeo sobre Inmigración y asilo de la UE aprobado por el Consejo de la UE el 15 de octubre de 2008. N.º doc. 13440/08 ASIM 72 Bruselas 24 de septiembre de 2008. Programa de Estocolmo— Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DOUE 2010/C 115/01) ap. 6.1. SOLANES CORELLA, A., “La apertura selectiva: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana” en DE LUCAS, J. y SOLANES CORELLA, A. (coord.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 67-96, esp.p. 90-94. AÑÓN ROIG, M.J., “Integración: una cuestión de derechos”, en *Arbor: Políticas migratorias y sociedad integrada*, J. Velasco coord., vol. 186, n.º 744, 2010, pp. 625-638, esp. p. 627. SOLANES CORELLA, A., “¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España”, en *Migraciones in-*

En este orden de cosas es posible diferenciar cuestiones “interesadamente” objeto de menor armonización, entre otras, la concreción de un periodo de residencia superior a los dos años antes de la solicitud de la reagrupación y la disposición de una vivienda adecuada, así como recursos estables, suficientes⁴⁹ o un seguro de enfermedad. Es decir, condiciones todas ellas que acrediten subvenir a las necesidades de los miembros de la familia reagrupada sin recurrir a la financiación pública. Respecto a estas últimas, el propio Tribunal ha tenido ocasión de fiscalizar el margen de apreciación dando respuesta a una solicitud aclaratoria requerida por el Raad van State (Consejo de Estado holandés) sobre el criterio “sin recurrir al sistema de asistencia social” objeto de transposición⁵⁰. La referencia al sistema de asistencia social es un concepto con un significado independiente en el Derecho de la Unión Europea y no puede ser interpretado conforme a conceptos de derecho nacional. El TJUE se remonta así a su reiterada jurisprudencia según la cual, las exigencias derivadas de la protección de los principios generales reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan también a los EEMM cuando aplican la normativa comunitaria en virtud de tales obligaciones, sin menoscabar principios generales como la igualdad de trato o no discriminación.

Asimismo, mientras que la interpretación correctiva del TJUE ha empezado a examinar otras fórmulas facultativas que pueden imponer los Estados como son, entre otras, el sometimiento a un examen previo de integración al hijo mayor de 12 años que llegue independientemente del resto de la

ternacionales, vol. 4, n.º. 4, 2008, pp. 136-172, esp. p. 144-145. DE LUCAS MARTÍN, J., “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (coord.), *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las Migraciones*, Libros de la Catarata, Madrid, 2006, pp. 29-56, esp. p. 45. CARENS, J.H., “Who should get in? The Ethics of Immigration admissions”, en *Ethics and international affairs*, n.º 17, 1, 2003, pp. 95-110.

⁴⁹ GROENENDIJK, K. et al., *op. cit.*, nota 46, p. 26, España, junto a Chipre, Finlandia, Alemania y el Reino Unido no especifican en su legislación qué nivel de ingresos puede ser exigido. Por ejemplo, bareman la suficiencia de los recursos económicos con el salario mínimo, en el caso francés; unos recursos superiores o iguales al mínimo social, mientras que en Alemania y los Países Bajos, los recursos deben ser permanentes y estables. Por el contrario, el Reino Unido y Dinamarca exigían no recurrir a fondos públicos y que el residente subvenga a las necesidades de los miembros de su familia. Incluso países como Austria pedían que los miembros de la familia estuvieran cubiertos por la seguridad social, mientras que otros países como Luxemburgo, Finlandia y Suecia no exigían la existencia de recursos suficientes como condición para ejercer el derecho a la reagrupación familiar, antes de la adopción de sus legislaciones nacionales y, lo han incorporado tras la adopción de la Directiva.

⁵⁰ Asunto C-578/08: Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 4 de marzo de 2010 (petición de decisión prejudicial planteada por Raad van State-Países Bajos)-Rhimou Chakroun/Minister van Buitenlandse Zaken. DOUE Serie C núm. 113, 1 de mayo de 2010.

familia o su exclusión, la exigencia de una edad mínima previa a la solicitud de no más de 21 años y, la efectividad de la vida familiar⁵¹. En cambio, ni tan siquiera se ha abierto el debate sobre los límites a la exclusión del hijo de reagrupante poligámico⁵². Todo ello, sin perjuicio de otros extremos obviados por ser considerados menos sustanciales para el objetivo armonizador pese a la ausencia de simetrías como son, el procedimiento de solicitud del derecho, donde se establecen medidas de denegación de solicitud, retirada de permiso, denegación de renovación o expulsión en los supuestos de incumplimiento de las condiciones establecidas o por motivos de fraude, orden público, seguridad pública y salud pública.

La Directiva 2003/86/CE, ha logrado sistematizar en parte los requisitos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, la entrada y residencia de los miembros de la familia así como los extremos relacionados con el asilo. En cambio, no ha previsto un mayor desarrollo del apartado referente a los posibles aspectos prácticos derivados de fraudes, abusos y cuestiones procesales⁵³. La existencia de problemas de aplicación del derecho a la reagrupación familiar planteada por la Comisión europea en la elaboración del Libro verde advierte, como recuerda Cortés Martín, la previsible y controvertida naturaleza fragmentaria de este derecho en sede comunitaria⁵⁴, junto al evidente grado de discrecionalidad depositada en manos de las administraciones nacionales como primera instancia para interpretar y hacer operativo el cumplimiento de tales condiciones. Este segundo aspecto, si bien podía y debía ser prioritario para la armonización de la Directiva, ha sido relegado a la lógica del *laissez faire* dando así mayor protagonismo a las cláusulas opcionales y a la consolidación de notables asimetrías en el contexto europeo.

Por ello, cabe la hipótesis que una gran parte de tales problemas de aplicación responden a posibles deficiencias derivadas de la técnica legislativa

⁵¹ Según la interpretación del artículo 16.1 de la directiva *a sensu contrario*, “El Estado puede denegar una solicitud cuando un reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva”.

⁵² Así, el artículo 4.4. párrafo segundo de la directiva puntualiza: “no obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante.”

⁵³ Libro verde COM (2011) 735 final sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la UE (Directiva 2003/86/CE), p. 21. ESPINO GARCÍA, S., “Respuestas a las cuestiones planteadas por el libro verde sobre el derecho a la reagrupación familiar: revisión de la directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 26, 2013, pp. 1-56.

⁵⁴ Vid. CORTÉS MARTÍN, J.M., “Ciudadanos de la Unión vs. nacionales de terceros países: sobre la incipiente convergencia interpretativa del derecho europeo a la reagrupación familiar”, en *Revista general de Derecho europeo*, n.º 26, 2012, pp. 1-58, esp. p. 46-47.

del proceso de armonización europea llevado a cabo por etapas⁵⁵. Una técnica legislativa más proclive al uso reiterado de fórmulas abiertas según el orden y sistemática de los respectivos derechos internos, en detrimento de una mayor interpretación unitaria que vincule a todos los EEMM sobre la plausible contención del margen de apreciación⁵⁶. Por ejemplo, bajo mi punto de vista, los “nuevos” y “futuros” problemas de aplicación práctica con incidencia más directa en el margen de apreciación de los Estados son y van a ser la inclusión opcional de otros miembros de la familia nuclear, la posible exigibilidad de medidas de integración así como los controles contra el *fraude legis*. Obviamente, hasta ahora lo son por su menor peso en el ápice corrector de la jurisprudencia regional europea, aunque si empiezan a interesarse las primeras instancias judiciales sobre los mismos dando cuenta de su complejidad⁵⁷.

II.1. *La inclusión opcional de otros miembros en la familia nuclear*

El artículo 4 apartado 3, solamente obliga a garantizar la reunificación de la familia nuclear por lo que existe cierta libertad de decidir si se incluyen o no a otros miembros de la familia en cada legislación nacional. A pesar de que se trata sólo de una cláusula “opcional”, más de la mitad de los EEMM han decidido incluir a los padres del reagrupante y/o de su cónyuge. Por el contrario, hay más reticencias a la hora de conceder el derecho a la reagrupación familiar para las parejas no casadas, aunque sí se enuncia en el artículo 4.3 la posibilidad de equiparar el cónyuge no casado de un país tercero que mantenga con el reagrupante una relación duradera debidamente probada o constituya con el mismo una pareja de hecho registrada.

⁵⁵ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, Fundación CIDOB, n.º 8, Barcelona, 2006, p. 1-122. Directiva 2003/86 CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 (DOUE 2003 L 251/12). Según la clasificación de GROENENDIJK, K. “Three sets of Community Law Rules on Family Reunification: Directive 2004/38/EC, Decision 1/80 of the Association Council EEC-Turkey and Directive on the right to family reunification 2003/86/EC”. Vid. GROENENDIJK, K., “Family Reunification as a Right under Community Law”, en *European Journal of Migration and Law*, n.º 8, 2006, pp. 215-230, esp. p. 216-217.

⁵⁶ Por ejemplo, *cláusulas de excepción* son las que autorizan a los Estados miembros a escapar de aquellas disposiciones a las que no pueden consentir, fundamentalmente por impedirlo sus leyes nacionales. Las *cláusulas de mantenimiento del statu quo* son las que tienen por objetivo evitar que los Estados miembros utilicen las excepciones establecidas por la Directiva si no estuvieran previstas “por su legislación vigente en la fecha de aplicación de la presente Directiva”. Y, por último, las *cláusulas de emplazamiento*, mediante las cuales se postergan las negociaciones difíciles durante dos años.

⁵⁷ PASCOU AU, Y., *Conditions for family reunification under strain. A comparative study in nine EU member states*, European Policy Centre, Bruxelles, 2011, pp. 47-48.

Este es el caso de Portugal, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, los Países Bajos, Suecia y el Reino Unido. Mientras que para una amplia mayoría, las parejas de hecho no tienen derecho a la reunificación familiar, por ejemplo en Austria, Francia, Polonia y Chipre⁵⁸. La Directiva incorpora como novedad la posible inclusión de este tipo de uniones no matrimoniales, pero dejando a los propios Estados la decisión opcional sobre su incorporación, y lo mismo ocurre en lo dispuesto en su artículo 4.5. Recientemente ha sido sometido a examen un caso ante el Tribunal respecto a la posibilidad brindada a los Estados de requerir una edad mínima de hasta 21 años para ser capaz de hacer efectiva la vida familiar por razones de integración o bien evitar matrimonios forzados⁵⁹. En cualquier caso, tales previsiones no suplen posibles problemas administrativos como la determinación de elementos comunes en cada regulación interna respecto a la asimilación de la unión *de facto* y el vínculo matrimonial⁶⁰, ni por otro lado, la determinación del cómputo de la edad límite atendiendo al momento de solicitud o la decisión de la reagrupación familiar⁶¹.

Por todo ello, es posible colegir que existe en el entorno europeo el acomodo de una definición claramente restrictiva de los beneficiarios de la reagrupación familiar y los derechos derivados de la misma⁶² por varias razones. Por una parte, se mantiene el principio de que los familiares de los que pretenden reagruparse se encuentren fuera del territorio del Estado miembro, salvo excepciones previstas por los Estados. Sin duda, la salvedad más notoria es la admisibilidad de familiares que se encuentran ya en el territorio, tal y como es recogida en la legislación portuguesa⁶³. Y, por otra

⁵⁸ GROENENDIJK, K. et al, *op. cit.*, nota 46, vid. esp. p. 18-19.

⁵⁹ Son cinco Estados miembros los que han establecido la edad mínima exigida en el máximo de 21 años previsto en la Directiva (Bélgica, Chipre, Lituania, Malta y los Países Bajos). Por otra parte, cabe destacar que hay varios Estados miembros que han establecido normas sobre la base de la mayoría de edad (Francia, Alemania y Suecia) y algunos otros que no han adoptado ninguna norma con respecto a la edad mínima exigida (Polonia, Portugal, Eslovenia y España).

⁶⁰ MARIN CONSARNAU, D., "Las uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: problemática específica en Cataluña", en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 27, 2011, pp. 39-59, esp. pp. 43-45.

⁶¹ MILIOS, G., "Family Reunification for Third-Country Nationals: Minimum Age for Spouses, Integration Measures and the Application of the Individual Assessment. Comments on *Noorzia and Dogan*" en *European Journal of Migration and Law*, n.º 17, 2015, pp. 127-146.

⁶² Los artículos 13, 14 y 15 de la Directiva establecen un mínimo necesario y condicionado: un permiso de residencia de un año renovable, el acceso a la educación, a un empleo y la formación profesional y el acceso a un permiso de residencia autónomo una vez cumplidos cinco años.

⁶³ LA SPINA, E., "El éxito de la integración de las familias inmigrantes en la normativa de extranjería portuguesa", en *Sociologia del Diritto*, n.1, 2011, pp. 123-149. STRIK, T., DE HART, B. AND NISSEN, E., *Family Reunification a barrier or facilitator of integration? A comparative study*, European Commission, Brussels, 2013, pp. 110-112.

parte, aunque se admite la posibilidad de reagrupar a los descendientes, se limita a los hijos menores de edad ya que los mayores de edad sólo podrán serlo por motivos de salud sin hacer extensible este núcleo familiar a otras realidades familiares actuales. A partir del 3 de octubre 2005, la acogida de disposiciones especiales relativas a la admisión de los niños mayores de 15 años muestran un perfil más restrictivo aunque puedan tener un alcance minoritario. Sólo es operativa en dos EEMM. Dinamarca, donde la edad límite general para los niños que buscan la reunificación familiar es de 15, mientras que en Alemania sólo se permite hasta la edad de 16 años.⁶⁴

Sin embargo, la mayor exclusión opcional deriva de la reagrupación de ascendientes en línea recta y en primer grado articulada en el 4.2 a), que no admite ningún tipo de familiar colateral incluso hermanos en situación de dependencia. Es el caso por ejemplo de Francia, Bélgica y Polonia que no permiten la implementación de esta cláusula opcional para extender la línea ascendente en grado como si hace la mayoría de Estados por razones humanitarias o bien, la previsión del legislador español tras la reforma de la Ley orgánica 2/2009, que exige un autorización de residencia de larga duración para que el familiar reagrupante pueda solicitar la entrada por motivos familiares en favor de un ascendiente⁶⁵.

Esta posible elasticidad del núcleo familiar ha dado lugar a interesantes diferencias entre los EEMM no tanto desde un punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo a la hora de fijar la formación de las familias en destino⁶⁶. Se limita así, libremente, la admisión de ciertos familiares a una determinada autorización de residencia o grado de dependencia⁶⁷ que

⁶⁴ GROENENDIJK, K. et al., *op. cit.*, nota 46, vid. esp. p. 17-18.

⁶⁵ PASCOUAY, Y., *op. cit.*, nota 57, p. 47-48.

⁶⁶ Por ejemplo según los datos estadísticos del Libro verde 15.11.2011 COM (2011) 735 final, sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la UE (Directiva 2003/86/CE). p. 24. En 2010, el número total de permisos de residencia expedidos a nacionales de terceros países para reunirse con ciudadanos no pertenecientes a la UE por razones familiares, según la tipología del miembro de la familia, ha sido de 11,967 en Portugal, y 89,905 en España. En Portugal, el cónyuge/pareja que se reúne con un ciudadano no perteneciente a la UE asciende a 916, el menor que se reúne con un ciudadano no perteneciente a la UE es de 10,13 y, en cambio, la cifra es superior 10,038 en el caso de otro miembro de la familia que se reúne con un ciudadano no perteneciente a la UE. Mientras que en España, el cónyuge/pareja que se reúne con un ciudadano no perteneciente a la UE asciende a 19,140, el número de menores que se reúnen con un ciudadano no perteneciente a la UE es de 69,099. Y, en cambio para el caso de otro miembro de la familia que se reúne con un ciudadano no perteneciente a la UE no supera los 16,66.

⁶⁷ Vid. LA SPINA, E., *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 350 y ss, respecto a la situación de los ascendientes que son hermanos menores a reagrupar en Portugal o el requisito de autorización de residencia de larga duración para reagrupar a los ascendientes en España.

enfatisa, si cabe más, las disimilitudes entre los Estados incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/86/CE. Una disimilitud que puede promover quizás analógicamente un llamado *forum shopping* a la hora de presentar en los diferentes EEMM la solicitud de entrada por reagrupación familiar. Habrá posiblemente una consideración ciertamente más o menos favorable para algunos familiares de nacionales de terceros países en función del Estado miembro que debe autorizar la misma.

II.2. *La posible exigibilidad de medidas de integración*

El artículo 7, apartado 2, permite a los EEMM exigir a los nacionales de terceros países que cumplan las medidas de integración, lo que no equivale a exigir ciertas condiciones de integración, como lo establecido en el artículo 5 apartado 2 de la Directiva 2003/109, sobre el estatuto de residentes de larga duración⁶⁸. Éste fue uno de los requisitos más controvertidos y debatidos durante las negociaciones⁶⁹, aunque también ampliamente reiterado en el diseño de la política de inmigración en el ámbito de la UE⁷⁰.

⁶⁸ ACOSTA ARCARAZO, D., “Misure e condizioni di integrazione per i cittadini di Paesi terzi nell’Unione europea. Un’analisi comparata e una valutazione della loro attuazione e dei limiti alla luce del diritto dell’Unione europea”, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n.º 2, 2012 p. 15-31, esp. p. 16-17.

⁶⁹ Vid. algunas de las opiniones críticas de las ONG’s de la propuestas de las Directivas: Immigration law publications’ association (ILPA) and Migration Policy group (MPG) prepared for ILPA and MPG by PEERS, S., *The ILPA/MPG Proposed Directives on Immigration and Asylum* (Brussels/London MPG/ILPA 2000) p. 128-129. European Council on Refugee and exiles (ECRE) European Network against racism (ENAR) and MPG Guarding standards-shaping the agenda (ECRE, ENAR and MPG), Bruxelles, 1999, p. 20. PASCOUAU, Y., *op. cit.*, nota 57, p. 7.

⁷⁰ Vid. entre otros COM (2000) 757 final, de 22 de noviembre, Comunicación de la Comisión al Consejo y al PE sobre una política comunitaria de inmigración. Reiterada, por ejemplo, en COM (2001) 387 final, de 11 de julio, Comunicación de la Comisión al Consejo y al PE relativa a un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración y COM (2003) 336 final, de 3 de junio, Comunicación de la Comisión al Consejo, al PE, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de la Regiones, sobre inmigración, integración y empleo. Comunicación de la Comisión, Programa de la Haya: diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia, COM (2005) 184 final de 10.5.2005. Cfr. El programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la UE (2005/C 53/01), Diario Oficial C 53 de 3.3.2006. Y, más recientemente, COM (2011) 455 final, de 20 de julio de 2011, Comunicación de la Comisión al PE, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Agenda Europea para la Integración de los Nacionales de Terceros Países” COM (2012) 250 final, de 30 de mayo de 2012, Comunicación de la Comisión al PE y al Consejo, III Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2011).

El propio TJUE tuvo oportunidad de incluir en la revisión del recurso del PE⁷¹, apreciaciones sobre los efectos de la instrumentalización del criterio de integración por parte de los Estados para la denegación del derecho a vivir en familia de un hijo mayor de 12 años.

Sobre este punto, concluyó que el margen de apreciación de los Estados en virtud del criterio de integración de los menores no difiere del reconocido por el TEDH, haciéndose eco de la opinión del propio Consejo que lo califica como una finalidad legítima que forma parte de la política de integración y a la par, proporcionada al objetivo perseguido. Tal amparo de los límites legítimos del artículo 8 CEDH, se utiliza como comodín para justificar el criterio de integración con respecto al artículo 4.1 y 4.6, así como el criterio de capacidad de acogida, en relación al artículo 8. Esto es, permite negar y cuestionar por razón de la edad la capacidad de integración del menor y se aleja de la vocación de facilitar la integración de los extranjeros en la sociedad de acogida⁷². E incluso la falta de definición de tal criterio u objetivo es contraproducente, ya que cada Estado, al fijar los límites de la autorización en la legislación aplicable, creará una gran incertidumbre jurídica sobre el grado de integración exigible a los hijos menores de edad entre 12 y 15 años. Aunque en idénticos términos, se defiende tajantemente el periodo de espera del artículo 8 de la Directiva, porque “persigue un fin legítimo de la política de inmigración, en concreto la integración eficaz de los miembros de la familia en la sociedad de acogida”. No por ello, la doctrina de forma unánime⁷³ ha cuestionado abiertamente la compatibilidad de tal contenido normativo, contraargumentando así la decisión del propio Tribunal.

Sin embargo, sobre la base de una política de integración distintos Estados de la Unión llevan algunos años, aplicando los denominados contratos o cursos de integración con el propósito de ajustar el modelo contractual de derechos y deberes del inmigrante. Así, con diferentes puntos de coincidencia pero también con importantes divergencias se han puesto en marcha

⁷¹ Vid. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.M., “¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-504/2003”, en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 12, 2007, pp. 1-35, en concreto p. 8-9. Vid. sentencia TJUE 27 de junio de 2006, asunto 540/03, apartado 22 y 23.

⁷² Vid. CORTÉS MARTÍN, J.M., “Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540/03-Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n.º 26, 2007, pp. 221 y 222. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.M., *op. cit.*, nota 71, p. 14.

⁷³ Vid. CHOLEWINSKI, R., *op. cit.*, nota 34, esp. p. 274-276.

como “hitos liberales”⁷⁴ contratos o cursos de integración, exámenes de civismo y ciudadanía (vinculantes o no), en diferentes países.

En Suecia, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos, Austria, Bélgica, Francia, Reino Unido, Estonia (dirigidos a la minoría rusa), Alemania y Suiza⁷⁵. En su forma actual, la propia Directiva no da ninguna indicación precisa⁷⁶ sobre esas medidas de integración o cómo deben aplicarse, pues sólo se usan en algunos EEMM⁷⁷. Tres Estados miembros recurren, como condición previa a la admisión en su territorio, a tales medidas⁷⁸, que exigen que los miembros de la familia realicen pruebas de conocimiento del idioma y de la sociedad de acogida o que firmen un contrato que les obliga a seguir

⁷⁴ Vid. TRIADAFILOPOULOS, T., “Illiberal means to liberal ends? Understanding recent immigrant integration policies in Europe”, en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 37, n.º 6, 2011, pp. 861-880, esp. p. 879. DE LUCAS MARTÍN, J., “Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración”. En VVAA, *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Eurobask, Bilbao, 2012, pp. 11-92.

⁷⁵ SOLANES CORELLA, A., “El buen inmigrante: regular e integrado”. en REDUR n.º 9, diciembre, 2011, pp. 99-125. STRIK, T., BÖCKER, A., LUITEN M. and VAN OERS, R., *The INTEC project: synthesis report. Integration and naturalisation tests: the new way to European Citizenship*, (última consulta, 15/05/2015), http://www.ru.nl/publish/pages/621216/synthesis_intec_finalmarch2011.pdf. CARRERA, S., “Nationality, immigration and “the Republican Integration” in France: Normativisation, expansionism and externalisation” en GUILD, E., GROENENDIJK, K., CARRERA, S., *Illiberal liberal states: immigration, citizenship, and integration in the EU*, Burlington, VT: Ashgate, Farnham, 2009, pp. 315-336. VAN OERS, R., ERSBØLL, E., KOSTAKOPOULOU, D., *A Definition of belonging: Language and integration tests in Europe*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.

⁷⁶ Vid. MARTIN, D., “Comments on N.v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/cantor Almelo (Case C-470/04 of 7 September 2006) European Parliament v. Council (Case C-540/03 of 27 June 2006) and Tas-Hagen and Tas (Case C-192/05 of 26 October 2006)”, en *European Journal of Migration and Law*, 9, 2007, p. 141-157. Vid. GROENENDIJK, K., “Legal concepts of integration in EU Migration Law”, en *European journal of Migration and Law*, vol. 6, n.º. 2, 2004, p. 111-126, esp. p. 120.

⁷⁷ Portugal y Eslovenia son los dos países que han adoptado medidas más sencillas para la integración sin prever un requisito específico para la misma. Vid. *Migrant Integration Policy Index III*, British Council, Bruselas, 2011, p. 14 y 16. España es valorada positivamente (octava posición) por ser uno de los países con políticas y marco normativo más flexibles o favorables a la integración, pero es una posición que le mantiene a distancia de otros como Suecia y Portugal, que son considerados referentes en tales políticas. PASCOUAY, Y., *op. cit.*, nota 57, p. 5.

⁷⁸ Dinamarca y Francia requieren conocimientos de idioma antes de la entrada y también acreditar la asistencia a cursos. En Holanda los miembros de la familia deben pasar un test de integración con contenido lingüístico y conocimiento de la sociedad holandesa, incluso se prevé en Holanda y Dinamarca que algunos grupos estén exentos. En cambio, es más habitual que los EEMM (Austria, Chipre, Francia y Eslovaquia) pidan la asistencia a cursos de integración o la superación de exámenes después de la admisión en el territorio. En cambio, Lituania y Reino Unido requieren los test de integración como condición necesaria para obtener la autorización de residencia permanente.

cursos de educación cívica y, si es necesario, cursos de lengua, en el momento de su entrada⁷⁹. Otros EEMM exigen a los miembros de la familia que respeten determinadas obligaciones sólo a la entrada, como que participen en cursos de integración (principalmente cursos de lengua). Mientras otros, como España e Italia, por el momento han recogido la voluntad de integrarse en términos abstractos de mayor o menor intensidad como un aspecto a valorar para la renovación de las autorizaciones de residencia⁸⁰.

Por ejemplo, Austria es uno de los países que sí ha optado por articular por la vía jurídica un contrato de integración para todos aquellos nacionales de terceros países que, encontrándose dentro del ámbito de aplicación de la norma destinada básicamente a los inmigrantes, deseen obtener una autorización de residencia. El contrato tiene un doble contenido tanto cívico como lingüístico por el que el inmigrante se compromete a asistir a trescientas horas a cursos de lengua, alcanzando un nivel A2 de alemán, y a tener conocimiento de la vida austriaca en lo relativo a aspectos económicos, sociales y culturales. También en Alemania el programa de integración se prolonga durante tres años consecutivos, articulándose de distinta manera en función del nivel de estudios y capacitación de la persona concreta, puesto que un objetivo central es la incorporación al mercado de trabajo del inmigrante. La novedad consiste en dirigirlos a todas las categorías de nuevos inmigrantes, especialmente a los familiares reagrupados, que se han convertido en destinatarios⁸¹.

Ahora bien, uno de los exponentes de mayor evolución hacia políticas reduccionistas y claramente vinculantes por la vía jurídica es Holanda. A diferencia del resto, la referencia normativa a lo que se ha denominado “integración de pre-llegada o integración en el extranjero” se dirige a los potenciales inmigrantes que todavía están fuera del territorio nacional. Así una persona que desee inmigrar a Holanda, beneficiándose de la admisión o

⁷⁹ Vid. GUIRAUDON, V., “ Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea”, Área: Demografía, Población y Migraciones Internacionales *Real Instituto ElCano*, ARI 43/ 2008. ILLAMOLA, M., “Los principios comunes como marco de la política de integración de inmigrantes de la Unión Europea y su incorporación a la política española de inmigración”, en *Revista de Derecho comunitario europeo*, n.º 38, 2008 pp. 155-182. KOOPMANS, R., “Trade-offs between equality and difference: Immigrant, integration, multiculturalism and the Welfare State in cross-national perspective”, en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 36, n.º 1, 2010, pp. 1-26.

⁸⁰ Vid. las características del informe sobre el esfuerzo de integración y el llamado “accordo d’integrazione”, en LA SPINA, E., *op.cit.*, nota 67, esp. p. 476 y siguientes.

⁸¹ MICHALOWSKI, I., “Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países Bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración”, en BILES, J., MICHALOWSKI, I. y WINNEMORE, L., *Políticas y modelos de acogida. Una mirada transatlántica: Canadá, Alemania, Francia y los Países Bajos*, Serie Migraciones, n.º 12, Fundació CIDOB, Barcelona, 2007, pp. 67-92, en concreto p. 74.

la reagrupación familiar, debe superar un examen, que se realizará en la embajada o consulado en el país de origen, para obtener un visado especial de entrada en el país (MVV) y, posteriormente, seguir un curso de instrucción cívica para renovar sus permisos⁸².

Por último, el contrato de integración francés se concreta en la obligación del inmigrante de respetar los valores franceses, al tiempo que el inmigrante se compromete a asistir a sesiones de formación sobre las instituciones francesas. Además, se exige un conocimiento adecuado de la lengua francesa, ofreciéndole cursos de idioma al final de los cuales deberá obtener el diploma inicial de lengua francesa (DILF). Estos cursos son en su primera convocatoria gratuitos, pero deberán ser costeados por el propio inmigrante en caso de que éste no los supere y deba examinarse de nuevo. La duración del contrato es inicialmente de un año, si bien puede prolongarse excepcionalmente por otro más, cuando así lo estime oportuno el prefecto, para completar la formación⁸³.

Hasta ahora la única fiscalización de la decisión de denegar la reagrupación familiar bajo el criterio de la integración ha sido planteada por el juez holandés por medio de una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la compatibilidad del examen de integración cívica con la legislación comunitaria. El servicio jurídico de la Comisión emitió observaciones por escrito afirmando que la ley neerlandesa estaba violando el derecho a la reagrupación familiar. Sin embargo, el TJUE no se pronunció en el caso porque las autoridades neerlandesas habían concedido entretanto un permiso de residencia aunque la legislación neerlandesa se mantendría en los mismos extremos⁸⁴.

En cualquier caso, la convergencia de tales “contratos”, “acuerdos” y “cursos de integración” a nivel nacional advierte de la evolución de la integración como un proceso individual en el cual el nuevo inmigrante debe ser responsable de su éxito y tiene la obligación de integrarse. De este modo, la superación de tests o la inseguridad jurídica de la integración deviene una estrategia más de control ilimitado del Estado, incluso en aquellos casos que la admisión puede ser preceptiva habida cuenta del alcance del *standard* internacional de derechos humanos.

⁸² ENTZINGER, H., “Changing the rules while the game is on; from multiculturalism to assimilation in the Netherlands”, in BODEMANN, M AND YURDAKUL, G. (eds), *Migration, Citizenship, Ethnos: Incorporation Regimes in Germany, Western Europe and North America*, Palgrave MacMillan, New York, 2006, pp. 121-144.

⁸³ LOCHACK, D., “L’intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l’immigration”, en *Cultures et conflits*, n.º 64, 2006, pp. 131-147. CARRERA, S., *op. cit.*, nota 70, p. 323.

⁸⁴ Resolución del TJUE, 10 de junio de 2011, Bibi Mohammad Imran c. Minister van Buitenlandse Zaken, asunto C-155/11 PPU.

II.3. *La admisibilidad de controles e inspecciones para perseguir el fraude legis*

Varios EEMM han introducido la posibilidad de realizar pruebas de ADN para demostrar los vínculos familiares, aunque la Directiva 2003/86/CE admite un amplio margen de discrecionalidad para cada Estado a la hora de acreditar los integrantes de la familia objeto de la reagrupación familiar. El artículo 5.2, sólo determina que en casos de conveniencia para obtener la prueba de la existencia de vínculos familiares, los EEMM podrán realizar entrevistas con el reagrupante y los miembros de su familia o bien efectuar cualquier otra investigación que estimen necesaria. También la misma posibilidad se recoge en el artículo 16 apartado 4 sobre el matrimonio de conveniencia, por ser un caso concreto de fraude que los EEMM deben contrarrestar⁸⁵. De ahí que además de sus normas generales de procedimiento, establece la posibilidad de llevar a cabo medidas de control e inspección si existen razones para sospechar sobre la existencia de un fraude o un matrimonio de conveniencia⁸⁶, incluyendo uniones civiles y adopciones, sin hacer ninguna mención a la filiación biológica⁸⁷.

La Comisión ha declarado que para ser admisibles en virtud de la legislación de la UE, esas entrevistas e investigaciones deben ser proporcionadas —es decir, no deben convertir en papel mojado el derecho a la reagrupación familiar— y respetar los derechos fundamentales, en particular, el derecho a la intimidad y el respeto a la vida familiar. Las diferencias o variantes existentes entre los EEMM que participan de la práctica de tales pruebas tiene un carácter excepcional que deviene operativo una vez “valorada” la ausencia de documentación fehaciente. De hecho, es común a todas ellas una amplia discrecionalidad normativa que se complementa con una aplicación selectiva de la prueba para ciertos individuos según el origen o procedencia. Los países del entorno europeo que han adoptado las pruebas genéticas para la comprobación del *status* de familiar en el procedimiento de reagrupación familiar son: Francia, Italia, España, Bélgica, Holanda, Reino Unido, Dina-

⁸⁵ En 1997 se adoptó una Resolución sobre la lucha contra los matrimonios de conveniencia, adoptada por el Consejo de Justicia e Interior el 4 y 5 de diciembre de 1997. Resolución del Consejo 97/C382/01, de 4 de diciembre de 1997 (*DOCE C n.º 382*, de 16 de diciembre de 1997) y recientemente la contribución de Bélgica al respecto en el informe del European Migration Network: *Misuse of the Right to Family Reunification: Marriages of convenience and false declarations of parenthood*, European Commission, 2012, p. 1-25.

⁸⁶ Por ejemplo, el Reino Unido reporta entre 5000 a 8000 casos de matrimonios forzados en 2009, frente a los ocho casos en Suecia durante el periodo septiembre 2010-2011.

⁸⁷ Vid. artículo 5.2, 6.2 y 16.4 de la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003. DOUE L 251/12 3.10.2003.

marca, Alemania, Finlandia, Noruega, Suecia, Suiza, Austria, Estonia y Lituania⁸⁸.

Máxime si es una práctica cuantitativamente generalizada, dado el número de países que si han recurrido a este método, sólo presentan un reconocimiento oficialmente excepcional que se somete con discrecionalidad o incluso arbitrariedad a sujetos en una situación familiar no suficientemente documentada. Por tanto, si existe consentimiento de “los interesados” no deja de ser una aquiescencia forzada por imperativos de un mecanismo de entrada restrictivo o negador del derecho a la vida en familia. Unas exigencias que, dependiendo del país en cuestión, requieren al menos una inclusión normativa que pueda seguir unas coordenadas mínimas:

- a) Debe existir una previsión en la ley y donde exista, es ineludible el cumplimiento de un requisito ulterior, que la ley sea inteligible. Esto implica adoptar disposiciones y fórmulas suficientemente precisas, que no puedan derivar para los sujetos de derecho en una interpretación contraria o arbitraria de la Constitución.
- b) Debe adoptarse mediante resolución judicial especialmente motivada. En las investigaciones penales y de paternidad es *conditio sine qua non* para justificar la intervención y obtención de pruebas genéticas. No ocurre lo mismo en el procedimiento de reagrupación familiar que, salvo en el caso francés, es una praxis consular no sujeta al control de las autoridades judiciales que ni las ordenan ni autorizan, sino que se admiten en base a una amplia excepcionalidad⁸⁹, persiguiendo una verdad biológica irrelevante para los “interesados”.
- c) Debe ser idónea, necesaria y proporcionada con un fin constitucionalmente legítimo. Esta medida concreta de practicar pruebas genéticas puede ser en, cierto modo, idónea y necesaria en aquellos casos en que los certificados emitidos por el país no son prueba fehaciente e indubitada de la relación de parentesco. Ahora bien, el sacrificio que impone valorando los derechos en juego sí resulta desmedido y desproporcionado en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.

⁸⁸ Vid. COM (2008) 610/3 Report from the Commission to the European Parliament on the Council on the application of Directive 2003/86/CE. European Migration Network: Ad-hoc Query on Conducting other investigation (Using DNA test) in family reunification cases, requested by HU EMN NCP, disponible en www.emnfi/.../HU_ad_hoc_compilation_on_Conducting_other_investigation_DNA-in_family_reunification_cases-wider_dissemination.pdf (última consulta 24/05/2015)

⁸⁹ Vid. CABEZUDO BAJO, M.J., “La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El problema de las “búsquedas (del ADN) de familiares”, en *Revista de Derecho comunitario europeo*, n.º 40, 2012, pp. 737-765, p. 741.

Por todo ello, si la regulación europea ha de cumplir dos requisitos básicos, como detalla Cabezudo en el denominado “uso forense de la tecnología del ADN”: 1) la obtención de una prueba de ADN lo más fiable posible; 2) la obtención de una prueba de ADN lícita. Estos requisitos deberían ser recogidos como mínimos por la propia Directiva 2003/86/CE o al menos controlar a nivel nacional si son objeto de efectivo cumplimiento en sede administrativa en cada Estado miembro.

En primer lugar, sobre la fiabilidad, la obtención de la muestra, el análisis de su perfil en el laboratorio y el tratamiento del dato en la base de datos de ADN, habrá de ser realizado por personal cualificado. Si bien en la praxis de ciertos Estados son entes cualificados aquellos que analizan y obtienen la muestra⁹⁰, no siempre es necesariamente así, y ambas cuestiones han de preverse legalmente.

En segundo lugar, si utilizando dichos métodos científico-tecnológicos adecuados se ha logrado una coincidencia, tras una búsqueda y comparación entre perfiles, es necesario formular dicho resultado en términos de probabilidad. El resultado del análisis del ADN no se formula ni interpreta en términos de probabilidad, sino de certeza absoluta, por lo que permite constatar por las autoridades diplomáticas el *fraude legis* directamente para los nacionales de los terceros países estadísticamente sospechosos.

En tercer lugar y relacionado con las anteriores, la licitud de la prueba implica que ha sido obtenida con el máximo respeto a los derechos fundamentales afectados, según se proclaman en el CEDH (artículo 8), la CFDEUE (artículos 7 y 8), y en las respectivas Constituciones nacionales. En definitiva, es necesario que sea recabada según las garantías previstas en normas de rango legal, en particular, como ocurre por ejemplo con las ya incluidas en normas procesales penales y civiles sobre la obtención y práctica de la prueba.

III. Conclusiones

El impacto de la Directiva sobre la armonización del ámbito de la reagrupación familiar a nivel europeo sigue teniendo un alcance más interesado que limitado. Desde el punto de vista de las buenas razones que militan en pro del abandono de una armonización de mínimos y que abogan en pro del acogimiento de un enfoque de armonización plena, los espacios de fragmentación jurídica siguen siendo considerables.

⁹⁰ LA SPINA, E., “DNA testing for Family Reunification in Europe. An exceptional Resource?”, en *Revista Migraciones internacionales*, n.º 22, 6, 3, 2012, pp. 39-74.

Efectivamente, en pro de la armonización plena se ha alegado con frecuencia que la fragmentación jurídica perjudica a los EEMM, que no pueden estar seguros de que gozarán del margen de apreciación necesario para poner en marcha sus políticas migratorias. En cambio, uno de los efectos perversos del proceso de armonización de mínimos ha sido el carácter poco vinculante de la Directiva, llegando incluso a rebajar las disposiciones “opcionales” más favorables para el ejercicio del derecho por medio de fórmulas, quizás, excesivamente amplias⁹¹. Y precisamente en esta línea, ha tenido una incidencia directa el amplio margen de apreciación de los EEMM para articular a nivel interno aquellos aspectos de revisión normativa más deficitarios que cuentan, originariamente, con una articulación interesadamente más imprecisa. Algo en clara contradicción con el propósito enunciado por la Comisión en la Comunicación de 17 de junio de 2008, así como sucesivamente anunciado a nivel programático, que considera la reagrupación familiar como la clave para una inmigración exitosa, y un ámbito en el que la UE debe preferentemente desarrollar sus políticas. Este *desiderátum* ha sido compartido por la mayoría de los EEMM que se han mostrado de acuerdo con la posible revisión de la Directiva, a excepción de Holanda que se mantenía más partidaria de introducir meras clarificaciones conceptuales⁹².

De igual modo, en sede jurisprudencial la voluntad de dar respuestas contenidas al margen de apreciación de los Estados ha marcado el primer examen de la Directiva 2003/86/CE, que ha advertido sobre el limitado alcance correctivo del Tribunal de Luxemburgo más allá de los criterios interpretativos del Tribunal de Estrasburgo. De un lado, sobre cómo se abordaría *stricto sensu* el derecho a la reagrupación, tal y como subyace en su normativa comunitaria, en puridad un carácter general y condicionado, mientras su negación se supedita a ciertas circunstancias excepcionales expresamente enunciadas y legitimadas⁹³. O más bien, de otro lado, si continuaría

⁹¹ BULTERMAN, M., “Judgment of the Grand Chamber of 27 June 2006 [2006] ECR I-5769”, en *Common Market Law Review*, n.º 45, 2008, pp. 245-259; BURGORGUE-LARSEN, L., “L’apparition de la Charte des droits fondamentaux de l’Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire”, en *L’actualité juridique: droit administratif*, n.º 41, 2006, pp. 2286-2288; DRYWOOD, E., “Giving with one Hand, Taking with the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision”, en *European Law Review*, n.º 32, 3, 2007, p. 396-407.

⁹² Las contribuciones recibidas al final del periodo de consultas fueron: 24 Estados miembros, 3 parlamentos nacionales, 21 organizaciones internacionales, 5 administraciones locales o regionales, 46 ONGs y 19 peticiones individuales. Summary of stakeholder responses to the green paper on the right to family reunification of third-country nationals, European Commission, Brussels, 1 June 2012, p. 1-26.

⁹³ GROENENDIJK, K., *Family Reunification as a Right under Community Law*, *op. cit.* nota 55, esp. p. 219.

reduciendo *ratio personae* la dimensión jurídica del derecho, obviando la debida conformidad de la normativa aplicable con el *standard* internacional de derechos humanos. En cualquier caso, tanto el reconocimiento excepcional como el ápice fiscalizador de la sentencia Chakroun limitando el alcance del derecho interno, muestran como se encuentra todavía demasiado alejado de una necesaria interpretación teleológica⁹⁴.

En cualquier caso, la Directiva 2003/86, en su actual configuración y estado de aplicación, resulta poco adecuada para el logro del objetivo armonizador que proclama perseguir, dado que en línea de tendencia se ha movido más hacia la convergencia, limando por anuencia o aquiescencia las diferencias más sustanciales que persisten entre las políticas internas, como paso previo a una futura armonización. Esta circunstancia tiene una lectura positiva: desde el punto de vista de su eficacia, dado que la homogeneidad habría obviado las diferencias reguladoras que preexistían entre los EEMM, insalvables en el proceso de negociación. Pero cabe otra lectura más negativa, esto es, desde el punto de vista de la transitoriedad y la seguridad jurídica.

Sin duda, tras doce años de la aprobación de la Directiva 2003/86/CE, la persistencia de ciertos problemas de aplicación práctica no resueltos son desafíos emergentes para un proyecto de armonización como tal. Básicamente, porque sobre la necesidad de hallar fórmulas de mayor firmeza y operatividad normativa, parece existir un debate polarizado o un punto de no retorno. De un lado, no se puede ocultar que el principio de armonización mínima tiene sus límites: una directiva solo puede tener eficacia armonizadora plena sobre aquello que regula. Si el legislador estatal es libre de regular como quiera lo que no entra dentro del ámbito de aplicación de la norma comunitaria, seguirán planteando especiales problemas los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales. Y, de otro lado, la armonización plena también se ve limitada en la medida en que los EEMM que mantienen el *status quo* o que en lo sucesivo introduzcan medidas distintas a las previstas en la norma comunitaria, pueden plantear una reducción importante del nivel de protección que algunos EEMM ya les reconocen. La falta de sintonía entre el amplio margen de apreciación atribuido a los EEMM y la obstinación por la eficacia de las fórmulas de aproximación no logran superar *in toto* las, aún hoy, demasiadas resistencias “encubiertas” a la hora de configurar un ámbito de protección jurídica plena conforme a los estándares internacionales mínimos exigibles desde la propia UE.

⁹⁴ Vid. ARRIAGA IRABURU, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Navarra, 2004, p. 276, esto es, teniendo presente el objeto, en este caso la familia y el fin que se persigue, el desarrollo del ser humano dentro del espacio familiar, elemento natural y fundamental de la sociedad.

Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Case Law Review of the Court of Justice of the European Union

David Ordóñez Solís

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

Sumario: I. Introducción.—II. Primera Parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea: instituciones, ciudadanos y mercado 1. Los desarrollos institucionales: la cooperación con los Tribunales Constitucionales, el derecho de iniciativa y la dimisión de un comisario europeo a) La participación de Alemania en la Unión Económica y Monetaria: sentencia Gauweiler b) La Comisión Europea tiene derecho a retirar sus propuestas legislativas c) Cuando el comisario Dalli se resiste a dimitir 2. Los derechos de los ciudadanos en la Unión Europea a) Los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos: privacidad e igualdad b) Las becas, los impuestos y los permisos de conducir en la Unión Europea c) El derecho de asilo y la deserción en el Ejército estadounidense acuartelado en la Unión 3. Las ayudas de Estado, la contratación pública y la protección del medio ambiente a) El régimen de las ayudas de Estado b) Por una contratación pública más objetiva y transparente c) La protección del medio ambiente y el bienestar de los animales.—III. Segunda Parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el derecho interno 1. Las sentencias prejudiciales ‘españolas’ a) La discriminación por razón del sexo, trabajo a tiempo parcial y cálculo de la pensión de la seguridad social: sentencia Cachaldora b) La expulsión de los extranjeros irregulares en España: sentencia Zaizoune c) Las cláusulas abusivas y los poderes del juez español: sentencia Unicaja Banco. d) La protección de los trabajadores en el periodo de prueba y en los despidos colectivos: sentencia Nisttahuz Poclava y sentencia Rabal Cañas e) Las respuestas prejudiciales mediante autos: los empleados públicos, la cesión de trabajadores y las marcas 2. Las nuevas cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales y la doctrina del Tribunal Constitucional a) ¿Quién puede plantear en España una cuestión prejudicial?: asunto Consorci Sanitari del Maresme b) ¿Qué pasa si un tribunal español no plantea una cuestión prejudicial?: STC 212/2014.—IV. Relación de las sentencias comentadas (Tribunal de Justicia, Tribunal General y Tribunal Constitucional Español).

I. Introducción

Hace más de 50 años en una magistral fábula Jean Rivero nos enseñó que de las culturas jurídicas más modestas (los hurones del Quebec) pueden aprender las culturas más excelsas (el Consejo de Estado francés)¹. El sistema judicial establecido en la Unión Europea y, particularmente, el reenvío prejudicial son una fuente enriquecedora desde el punto de vista jurídico. Desde todos los rincones de la Unión Europea llegan a Luxemburgo los problemas cotidianos de los ciudadanos y esta interacción es la que hace grande al Tribunal de Justicia. Para corroborar esta idea baste referirse a dos aspectos, tan sobresalientes como poco cultivados, en nuestras disciplinas jurídicas: el lingüístico y el cultural.

Por una parte y desde el sur la riqueza lingüística nos obliga a hacer un esfuerzo para memorizar los nuevos e importantes casos del Tribunal de Justicia hasta el punto de que el alemán o el neerlandés parecen fáciles al lado del lituano, del finés o del húngaro (*sentencia Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, C-388/13). Y, por otra parte, también desde una idiosincrasia como la latina, llega a sorprender el desparpajo con que se pregunta y sobré qué se pregunta. Sería difícil encontrar en nuestras latitudes un juez como el londinense que eleva la cuestión prejudicial sobre las ayudas de Estado en un litigio, por lo demás frecuente, entre los taxistas y los vehículos con conductor en Londres por la reserva en exclusiva del uso del carril bus (*sentencia Eventech Ltd*, C-518/13). Por no hablar de la actitud especial y digna de encomio que se muestra en nuestra sociedad y en nuestras administraciones por el bienestar de los animales en el transporte a más de 6.000 kilómetros (*sentencia Zuchtvieh-Export*, C-424/13), en contraste, todo hay que decirlo, con la insensibilidad oficial europea hacia las cotidianas tragedias humanas en el Mediterráneo en el ancestral trayecto entre África y Europa.

Las estadísticas que ha hecho públicas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre 2014 ofrecen datos muy similares a años anteriores. Por referirnos únicamente al Tribunal de Justicia, este registró un total de 622 asuntos de los cuales 428 fueron reenvíos prejudiciales que requirieron un plazo de respuesta de 15 meses. Precisamente, los jueces españoles plantearon 41 cuestiones prejudiciales, solo por detrás de los alemanes (87) e italianos (52). En cuanto a las especialidades procedimentales, el procedimiento acelerado se solicitó en 12 reenvíos prejudiciales aunque el Tribunal de Justicia solo accedió en 2 asuntos. Del mismo modo, los jueces nacionales intentaron en seis ocasiones que se siguiese el procedimiento prejudicial

¹ RIVERO, Jean, “Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir”, *Recueil Dalloz*, París, 1962, pp. 32-40.

urgente; sin embargo, solo se accedió a tramitarlo de este modo en cuatro recursos relativos al espacio de libertad, seguridad y justicia.

Los desarrollos jurisprudenciales en el primer semestre de 2015 siguen la tónica habitual, evolutiva pero sin sobresaltos. El Tribunal de Justicia produce una jurisprudencia estimable pero lo hace con una organización interna en riesgo de colapso. Esto es patente a la vista de la reacción casi desesperada con respuestas cada vez más frecuentes en forma de auto, por cierto tan clarificadores o más que muchas sentencias; o de sentencia sin conclusiones cuya ausencia no siempre está justificada; o también mediante sentencias de la Gran Sala que, no obstante, por su mínima extensión y su escasa argumentación, muestran lo difícil que resulta gestionar una institución con tantas voces que podría llegar a ser asamblearia y donde, desde luego, deben dirimirse tantos intereses.

Como viene siendo habitual divido la *Crónica* en dos partes: la primera es un repaso a los hitos jurisprudenciales más relevantes, donde subrayo la respuesta a la primera cuestión prejudicial procedente del Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con la Unión Económica y Monetaria; y la segunda parte la dedico a analizar la jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles.

II. Primera Parte. Los Desarrollos Jurisprudenciales del Derecho de la Unión Europea: Instituciones, Ciudadanos y Mercado

Es ineludible adelantar una disculpa de la selección hasta cierto punto arbitraria de las sentencias que comento. En este caso y aparte del gusto del cronista, lo cierto es que el hilo conductor es la variedad y la trascendencia práctica de los asuntos comentados. En lo que se refiere a las cuestiones institucionales, lejos de su abstracción y lejanía para los ciudadanos, no dejan de tener importancia porque reflejan importantes intereses en juego, y probablemente la *sentencia Gauweiler* (C-62/14) constituirá con seguridad un hito en la integración europea. En los demás casos, el Tribunal de Justicia aplica los viejos principios de equilibrio institucional y cooperación leal, al tiempo que desarrolla los derechos de los ciudadanos de la Unión y las implicaciones de la realización del mercado único europeo en nuestra vida cotidiana.

1. *Los desarrollos institucionales: la cooperación con los Tribunales Constitucionales, el derecho de iniciativa y la dimisión de un comisario europeo*

Las relaciones institucionales no dejan de canalizar por vías civilizadas las más profundas pasiones humanas. Tres ejemplos muy diferentes y

de distinto alcance pueden resultar ilustrativos. El primero se refiere al hecho de que el Tribunal Constitucional alemán haya pedido ayuda al Tribunal de Justicia no sin antes recordarle con quién está hablando. El segundo caso pone de manifiesto que los comisarios son humanos y a veces sus defectos son demasiado evidentes. En fin, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión luchan denodadamente por imponer su criterio por lo que piden al Tribunal de Justicia que les aclare cuándo puede la Comisión Europea retirar una propuesta que está tramitándose por los órganos legislativos europeos.

a) La participación de Alemania en la Unión Económica y Monetaria:
sentencia Gauweiler

Con la *sentencia Gauweiler* (C-62/14) el Tribunal de Justicia contesta en su formación de Gran Sala la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán. El problema planteado se refiere a la realización de la Unión Económica y Monetaria y, más en particular, a la competencia del Banco Central Europeo para participar en un programa de adquisición de títulos de deuda pública emitidos por los Estados de la Eurozona.

El Tribunal Constitucional alemán formula su cuestión prejudicial en el marco de dos recursos: un recurso de amparo interpuesto por Peter Gauweiler, un diputado conservador del Parlamento alemán, junto con otros; y el partido *Die Linke* del Parlamento alemán que interpuso un conflicto entre órganos constitucionales dirigido al Parlamento alemán para que promoviese la derogación de las acciones contenidas en un comunicado de prensa del BCE, de 6 de septiembre de 2012, donde se anunciaba este programa, más conocido en su denominación inglesa: *Outright Monetary Transactions* (OMT).

Los problemas jurídicos que debía resolver el Tribunal de Justicia ya los desmenuzó el abogado general Pedro Cruz Villalón que en sus conclusiones (EU:C:2015:7) había sido muy ponderado y cauto. En primer lugar debía resolverse si la pregunta del Tribunal alemán era impertinente porque no venía al caso y porque el propio Tribunal Federal insinuaba que podía no seguir la interpretación que se diese en Luxemburgo. En segundo lugar, era preciso determinar la admisibilidad de la pregunta que se refería a un mero programa o declaración de intenciones, conocido a través de un comunicado de prensa, sin una naturaleza jurídica clara. En tercer lugar, era preciso determinar si se trataba de una medida de política económica que no podía adoptar el BCE. Y, por último, también debía decidirse si, a pesar de ser una medida de carácter monetario, el BCE no era competente para adoptarla.

Por lo que se refiere al tono impertinente de la cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional alemán, la respuesta del Tribunal de Justicia ha sido tan aséptica como firme, sin entrar al trapo, como hacía el Abogado General, de las insinuaciones del Tribunal alemán.

Por una parte, el Tribunal de Justicia recuerda la naturaleza del reenvío prejudicial “basado en una clara separación de las funciones entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia” de modo que “toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional, al que corresponde apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia [...] mientras que el Tribunal de Justicia únicamente está habilitado para pronunciarse sobre la interpretación o la validez de una norma de la Unión a partir de los hechos que le proporcione el juez nacional” (apartado 15).

Por otra parte y ante el riesgo de que el Tribunal alemán no haga caso de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia, tal como insinuaba el abogado general Cruz Villalón, la Gran Sala subraya con toda claridad: “una sentencia dictada con carácter prejudicial por el Tribunal de Justicia vincula al juez nacional para la solución del litigio principal, en cuanto a la interpretación o a la validez de los actos de las instituciones de la Unión de que se trate” (apartado 16).

De este modo el Tribunal de Justicia elude pronunciarse sobre la posible impertinencia de las preguntas del Tribunal alemán, más bien de los razonamientos que sustentaban las preguntas, lo que deja al descubierto la debilidad de quien pregunta, pero también responde en el marco de un espíritu de cooperación. En definitiva y como había apuntado el abogado general Cruz Villalón: frente a la ambigüedad de la posición del Tribunal Constitucional alemán, procedía ofrecer la cooperación leal del Tribunal de Justicia con el fin de crear una relación de confianza (apartado 64 de las Conclusiones).

Ahora bien, la cuestión más espinosa que, desde el punto de vista jurídico, debía resolver el Tribunal de Justicia era, simplemente, la admisibilidad de la cuestión prejudicial dado que es dudoso que el programa OMT tenga efectos jurídicos sobre terceros. De hecho, la mayoría de los Estados miembros y las instituciones y el propio Banco Central Europeo invocaron distintas causas de inadmisibilidad que pueden vincularse, directa o indirectamente, a este aspecto.

El abogado general había subrayado que los actos impugnados estaban contenidos en un comunicado de prensa y que parecía que tenían la naturaleza de acto preparatorio pero también apuntaba que la política de comunicación pública de los bancos centrales se ha convertido en uno de los ejes centrales de la política monetaria contemporánea (apartado 87 de las Con-

clusiones). El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre distintas causas de inadmisibilidad pero, en realidad, elude enfrentarse a la cuestión y solo se refiere a cuestiones sobre la aplicación efectiva del programa porque el Derecho alemán permite una tutela judicial preventiva, rechaza que las preguntas formuladas desde Karlsruhe sean hipotéticas o que el procedimiento constitucional del litigio principal sea en este caso incompatible con el reenvío prejudicial.

Por tanto y sin mayores argumentos, al menos convincentes, el Tribunal de Justicia considera admisible el reenvío prejudicial y se vuelca en la respuesta, por lo demás previsible, de que si la actuación del BCE fue conforme con los Tratados constitutivos. De hecho ante la alambicada panoplia de preguntas del Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal de Justicia realiza su examen en torno a una única pregunta: si el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) era competente para adoptar un programa de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios.

Por tanto, la respuesta del Tribunal de Justicia se basa en una delimitación del alcance de la política monetaria y de sus límites para concluir que el programa en cuestión, aun cuando afecte a las políticas económicas, es en realidad una medida de la política monetaria amparada por el Tratado constitutivo.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia advierte cómo “el Tratado FUE no contiene ninguna definición precisa de la política monetaria, pero define a la vez los objetivos de la política monetaria y los medios de que dispone el SEBC para ejecutar dicha política” (apartado 42).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia no tiene duda de que un programa como el que se anunció en el comunicado de prensa pertenece al ámbito de la política monetaria dados sus objetivos y los medios previstos para alcanzarlos (apartado 56).

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia examina si las medidas adoptadas responden al principio de proporcionalidad y llega a la conclusión de que, por una parte, el programa era idóneo para contribuir a los objetivos perseguidos por el SEBC y, por lo tanto, para mantener la estabilidad de precios (apartado 80); y que, por otra parte, era proporcionado (apartado 91).

Por último, el Tribunal de Justicia examina si el programa de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios es conforme con el artículo 123 TFUE que prohíbe al BCE y a los bancos centrales de los Estados miembros autorizar descubiertos o conceder cualquier otro tipo de créditos a las autoridades y organismos públicos de la Unión y de los Estados miembros, así como la adquisición directa de instrumentos de deuda.

Pues bien, a juicio del Tribunal de Justicia el artículo 123.1 TFUE “no prohíbe al SEBC que adopte tal programa ni que lo aplique en condiciones

que no confieran a su intervención un efecto equivalente al de la adquisición directa de bonos soberanos a las autoridades y organismos públicos de los Estados miembros” (apartado 121).

De este modo, el Tribunal de Justicia sale al paso, airosamente, defendiendo que el programa forma parte de la política monetaria y si bien puede tener implicaciones en la política económica “las acciones que el SEBC lleve a cabo tomando como base el artículo 123 TFUE no pueden ser de tal naturaleza que obstaculicen la eficacia de esas políticas neutralizando en los Estados miembros beneficiarios la incitación a aplicar una sana política presupuestaria” (apartado 109).

En suma, la respuesta del Tribunal de Justicia abre un capítulo de cooperación leal con el Tribunal Constitucional alemán sin dejarse tentar por fáciles salidas de tono ni entrando en una dinámica de vacua supremacía entre dos tribunales que por el bien de Europa están condenados a entenderse.

b) La Comisión Europea tiene derecho a retirar sus propuestas legislativas

La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 14 de abril de 2015 desestima un recurso del Consejo contra la decisión de la Comisión de retirar una propuesta de Reglamento marco. La importancia de esta sentencia radica en la reafirmación de principios institucionales esenciales en la Derecho de la Unión desde la fundación de las Comunidades Europeas en cuanto se refiere al equilibrio institucional, la cooperación leal y la obligación de motivar los actos.

Por lo que se refiere al principio de equilibrio institucional el Tribunal de Justicia recuerda la vieja *sentencia Meroni/Alta Autoridad* (9/56, EU:C:1958:7) conforme a la cual “cada institución debe actuar dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos (...) que implica que cada una de las instituciones ha de ejercer sus competencias sin invadir las de las demás”. En cuanto a la cooperación leal, el Tribunal de Justicia cita el artículo 13.2 TUE conforme al cual las instituciones de la Unión mantendrán entre sí una cooperación leal. En fin, respecto de la motivación de los actos jurídicos de la Unión el Tribunal de Justicia invoca el artículo 296.2 TFUE.

En este supuesto se plantea cuándo y de qué modo la Comisión Europea puede retirar una propuesta. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia examina la facultad de iniciativa de la Comisión Europea y señala que está sometida a una doble garantía: por una parte, cuando el Consejo se pronuncie, en virtud de los Tratados, a propuesta de la Comisión, únicamente podrá modificar la propuesta por unanimidad; por otra parte, en tanto que el

Consejo no se haya pronunciado, la Comisión podrá modificar su propuesta mientras duren los procedimientos que conduzcan a la adopción de un acto de la Unión.

De la regulación constitucional, el Tribunal de Justicia deduce una facultad de retirar sus propuestas por parte de la Comisión, aunque esto no supone, subraya el Tribunal de Justicia, que la Comisión tenga derecho de veto en el desarrollo del proceso legislativo porque sería contrario a los principios de atribución de competencias y de equilibrio institucional (apartado 75). Ahora bien, la decisión de retirada debe estar motivada y estos motivos deben estar respaldados por hechos convincentes (apartado 76). Además, tal decisión de retirar su propuesta está sometida al control por el Tribunal de Justicia lo que exige que la motivación se transmita a la instituciones implicadas y que los motivos justifiquen la retirada de la propuesta.

En este caso concreto la Comisión había retirado la propuesta a la vista de una enmienda del Parlamento Europeo que exigía que para la adopción de cada decisión de concesión de una ayuda macrofinanciera se siguiera el procedimiento legislativo ordinario, es decir, las ayudas deberían concederse caso por caso por el Parlamento y el Consejo cuando, en realidad, la propuesta de Reglamento marco pretendía un encuadramiento legislativo de las condiciones de aplicación de la política de la Unión en materia de ayudas macrofinancieras, con vistas a acelerar la toma de decisiones y mejorar así la eficacia de dicha política en consonancia con el procedimiento aplicable a los demás instrumentos financieros de la Unión en materia de ayuda exterior

Por tanto, a juicio del Tribunal de Justicia, la enmienda que se pretendía introducir en la propuesta de Reglamento marco era capaz de desnaturalizar la propuesta de la Comisión por lo que su retirada no violó el principio de atribución de competencias ni tampoco el principio de equilibrio institucional.

En cuanto a la cooperación leal, el Tribunal de Justicia comprobó que la Comisión no retiró la propuesta de Reglamento marco hasta que resultó indudable que el Consejo y el Parlamento proyectaban modificar su propuesta en un sentido contrario a los objetivos que esta última perseguía. Y así se reflejó en la actuación de la Comisión Europea durante el procedimiento legislativo. Pues fue solo cuando existía una voluntad común del Parlamento y del Consejo de mantener el procedimiento legislativo ordinario para la adopción de cada decisión de concesión de una ayuda macrofinanciera, cuando la Comisión mencionó la posibilidad de retirar su propuesta de Reglamento marco y los motivos de esa eventual retirada.

Por tanto y a juicio del Tribunal de Justicia la retirada de su propuesta por la Comisión no violó el principio de atribución de competencias ni el

principio de equilibrio institucional ni el principio de cooperación leal ni el principio democrático ni, en fin, la obligación de motivación.

c) Cuando el comisario Dalli se resiste a dimitir

Todo parece indicar que la dimisión de un político es un paso difícil de dar pero mucho más complicado, al menos para los juristas, es que después de hacerse efectiva su dimisión, este mismo político vaya a un tribunal. Esto es, sin embargo, lo que pasó con el antiguo comisario maltés, John Dalli, que recurrió al Tribunal General con esta espinosa cuestión, paradójicamente más para el recurrente, cuyas interioridades han quedado al descubierto, que para el juez europeo, que el sentido común nos dice que lo tenía relativamente fácil.

John Dalli, que había sido nombrado comisario de salud y política de los consumidores en febrero de 2010, fue denunciado en 2012 en relación con intentos de soborno de un empresario maltés que, por su vinculación con el comisario, afirmaba poder influir sobre la prohibición del *snus* (polvo de tabaco húmedo cuya venta es ilegal en la UE, pero que sigue fabricándose y consumiéndose principalmente en Noruega y Suecia). El 16 de octubre de 2012, el Sr. Dalli se entrevistó con el Presidente de la Comisión, José Manuel Barroso, quien, a la vista de un informe de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), lo invitó a dimitir. Esa misma tarde la Comisión Europea publicó un comunicado de prensa en el que se daba cuenta de la dimisión del comisario Dalli.

No obstante, el 21 de octubre de 2012 el Sr. Dalli remitió al Sr. Barroso un correo diciéndole que no había presentado válidamente su dimisión, se le había privado del derecho a defenderse y se habían violado sus derechos. El 22 de octubre de 2012, el Sr. Dalli negó ante el Parlamento Europeo su participación en los hechos. El 28 de noviembre de 2012 fue nombrado un nuevo miembro de la Comisión.

El Sr. Dalli presentó un recurso ante el Tribunal General para que se anulase la supuesta petición de dimisión del Presidente Barroso y reclamaba una indemnización por los perjuicios sufridos. A juicio del Sr. Dalli el Sr. Barroso no era competente para exigir su dimisión ni él mismo había presentado su dimisión, la investigación de la OLAF no se desarrolló debidamente y se violaron sus derechos a ser oído y a la presunción de inocencia.

La *sentencia Dalli* (T-562/12) se centra, fundamentalmente, en la reunión que tuvieron el 16 de octubre de 2012 el Presidente Barroso, el comisario Dalli, el Director del Servicio Jurídico, Luis Romero Requena, y el jefe del gabinete de Barroso, Johannes Leitenberger. En las pruebas testificales de todos ellos practicadas por el Tribunal General se puso de manifiesto la gestación de la dimisión del comisario, su miserable reacción per-

sonal en cuanto al temor a perder la pensión y las relaciones con los medios de comunicación.

El Tribunal General subraya que la petición de dimisión del Presidente de la Comisión y la propia dimisión no están sometidas a ningún requisito, por ejemplo que sean por escrito, ni requieren cumplir un procedimiento. Y lo mismo se puede decir de la dimisión voluntaria que presente un comisario (apartado 128). Para ello examina la naturaleza y contenido de los deberes de los comisarios y la historia y la finalidad del artículo 17 TUE sobre la dimisión.

Por una parte, el Tribunal General se refiere a las funciones de la Comisión Europea, como ‘órgano ejecutivo’ del nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional constituido por la Unión Europea cuyos miembros cumplen funciones que, de acuerdo con la doctrina clásica de la separación de poderes, corresponden al ejecutivo (apartado 134). De acuerdo con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, incluida la práctica política en Malta, las personas nombradas para tales puestos pueden ser separadas discrecionalmente (apartado 135).

Por otra parte, el Tribunal General expone la evolución del régimen constitucional aplicable. En un primer momento los Tratados solo preveían la posibilidad de dimisión de un comisario de forma voluntaria (artículo 215 Tratado CE) o por haberlo decidido así el Tribunal de Justicia en caso de falta grave (*serious misconduct*) (artículo 216 Tratado CE). En este marco se produjo la dimisión colectiva de la Comisión presidida por Jacques Santer el 15 de marzo de 1999 al haberse negado dos de sus miembros a dimitir frente a la amenaza de un voto de censura presentado por el Parlamento Europeo (apartado 139). Ahora bien, las reformas introducidas por el Tratado de Niza en 2001 confirieron al Presidente, con el apoyo de la mayoría de los comisarios, la facultad de pedir la dimisión de un comisario. Pero es que, finalmente, el Tratado de Lisboa de 2007 reforzó el poder del Presidente facultándolo para pedir la dimisión de un comisario sin necesidad de la aprobación de la mayoría de los comisarios. Por tanto y a juicio del Tribunal General, el Presidente de la Comisión Europea puede exigir la dimisión de un comisario respecto del cual haya perdido su confianza y considere que, de mantenerse en el cargo, acarrearía perjuicios para la reputación de la institución o incluso para la supervivencia política de la propia Comisión.

En fin, a juicio del Tribunal General, la presión ejercida por el Presidente resulta aceptable y no puede considerarse que sea ilegítima hasta el punto de que afecte a la validez o a la naturaleza voluntaria de la dimisión de una persona que, por lo demás, era un curtido hombre político en Malta. Y termina señalando el Tribunal General, durante una entrevista que duró hora y media si no hubiese querido dimitir era libre para rechazar la propuesta del Presidente Barroso y para retarle a que este le pidiese formal-

mente la dimisión, o abandonar la reunión y pedir la ayuda de los miembros de su gabinete.

2. Los derechos de los ciudadanos en la Unión Europea

En un esfuerzo de síntesis agruparé algunas sentencias significativas de este periodo en torno a los derechos fundamentales, las libertades económicas en el mercado y el derecho de asilo de militares estadounidenses.

a) Los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos: privacidad e igualdad

Dos sentencias analizar con detenimiento la protección de los derechos fundamentales: la primera se refiere a la protección de la privacidad (*sentencia Willems*, C-446/12 a C-449/12); la segunda aborda la cuestión de la igualdad y no discriminación de los homosexuales en cuanto se refiere a la donación de sangre (*sentencia Léger*, C-528/13):

En Holanda tres ciudadanos solicitaron un nuevo pasaporte y un cuatro pidió la expedición de su documento de identidad, pero se negaron a facilitar sus impresiones dactilares e incluso un foto facial porque consideraban que la recogida y el almacenamiento de tales datos constituían una violación importante de su integridad física y del derecho a la protección de su vida privada.

Los cuatro asuntos llegaron al Consejo de Estado neerlandés que decidió plantear una cuestión prejudicial de interpretación del Reglamento (CE) n.º 2252/2004 sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros. En la *sentencia Willems* el Tribunal de Justicia resuelve en sustancia dos cuestiones: el ámbito de aplicación del Reglamento y las garantías de los datos biométricos.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia examina cuál es el ámbito de aplicación del Reglamento 2252/2004 y llega a la conclusión de que no se aplica a los documentos de identidad expedidos por un Estado miembro a sus nacionales con independencia de su período de validez y de las posibilidades de utilizarlos en viajes efectuados fuera de dicho Estado.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia se refiere a las garantías de la recogida y conservación de los datos biométricos obtenidos para la expedición del pasaporte o documento de viaje. Por una parte, el Tribunal de Justicia recuerda que ya había comprobado en su *sentencia Schwarz* (C-291/12, EU:C:2013:670) que la utilización y conservación de datos biométricos en los términos establecidos en el Reglamento son conformes a los derechos

de privacidad y de protección de datos personales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (apartado 46). Por otra parte, el Tribunal de Justicia considera que el Reglamento n.º 2252/2004 solo se aplica para lo previsto en este Reglamento, aunque no impide que los Estados utilicen los datos para otros fines. En ese caso ya no se aplicaría el Reglamento y tampoco los artículos 7 y 8 de la Carta porque: “la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta” (apartado 49).

Sin embargo, esta decepcionante reducción no le impide al Tribunal de Justicia apuntar que sería posible “el eventual examen, por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, de la compatibilidad con su Derecho nacional y, en su caso, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de todas las medidas nacionales relacionadas con la utilización y conservación de los datos biométricos” (apartado 50).

Esta *sentencia Willems* tiene la virtud de reiterar la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales cuando se aplica una norma de Derecho de la Unión, en este caso el Reglamento n.º 2252/2004. Y también el Tribunal de Justicia subraya la importancia de aplicar en los demás casos el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal como es interpretado por el Tribunal de Estrasburgo. Una distinción, a mi juicio, sumamente artificial y forzada.

En la *sentencia Léger* (C-528/13) el Tribunal de Justicia responde al Tribunal administrativo de Estrasburgo que le planteaba una espinosa cuestión sobre la prohibición de la donación de sangre de Geoffrey Léger, que había sido rechazada por el médico basándose en la Orden ministerial francesa de 2009 por el riesgo de exposición del donante a un agente infeccioso transmisible por vía sexual y que establece una contraindicación permanente para la donación de sangre en el caso de haber tenido relaciones sexuales entre hombres.

En este caso se plantea la interpretación de la Directiva 2002/98/CE sobre determinados requisitos técnicos de la sangre y los componentes sanguíneos y si se opone a la legislación francesa que establece una contraindicación permanente para la donación de sangre por hombres que hayan tenido relaciones sexuales con otros hombres.

El Tribunal de Justicia interpreta en primer lugar la Directiva que ofrece distintas versiones lingüísticas sobre la exclusión de la donación de sangre a las personas cuya conducta sexual supone un riesgo de contraer enfermedades infecciosas. Por eso el Tribunal de Justicia considera que debe distinguirse entre “la exclusión permanente y la exclusión temporal de la donación de sangre y, lógicamente, los criterios aplicables para una y para otra deben ser diferentes. Por lo tanto, la exclusión permanente, más estricta, re-

quiere la existencia de un riesgo más alto que en el caso de la prohibición temporal” (apartado 26).

A tal efecto, reconoce un margen de apreciación a los Estados miembros para aplicar la disposición relativa a la exclusión permanente de la donación a las “personas cuya conducta sexual supone un alto riesgo” de contraer enfermedades infecciosas. A la hora de dar su interpretación, el Tribunal de Justicia se refiere a las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico de la Unión y le indica el camino interpretativo que debe seguir el Tribunal administrativo francés.

En primer lugar, la apreciación de la existencia de un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por la sangre exige considerar la situación epidemiológica en Francia donde en el período 2003 a 2008 la población homosexual era la más afectada por la contaminación, con una tasa de incidencia de un 1% anual, que era 200 veces superior a la de la población heterosexual francesa. No obstante, es el tribunal francés el que debe verificar si, a la vista de los conocimientos médicos, científicos y epidemiológicos actuales, estos datos son fiables y pertinentes.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia analiza si una contraindicación permanente para la donación de sangre respeta el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión que prohíbe toda discriminación por razón de orientación sexual, como una expresión particular del principio de igualdad de trato, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, consagrado en el artículo 20 de la Carta.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia señala los requisitos de un trato menos favorable de los homosexuales, y subraya: “cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Además, según la misma disposición, solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (apartado 52).

Por una parte, al haberse establecido por Orden ministerial se cumple el requisito de que se haya establecido por la ley. Por otra parte, la limitación de donar sangre respeta el contenido esencial del principio de no discriminación pues no pone en entredicho este principio como tal, ya que sólo se refiere a una cuestión de alcance limitado, la de la exclusión de la donación de sangre a fin de proteger la salud de los receptores. Además, el Tribunal de Justicia comprueba si tal limitación responde a un objetivo de interés general, en este caso la protección de la salud pública. Por último, el Tribunal

de Justicia determina si respeta el principio de proporcionalidad y ello teniendo en cuenta los procedimientos científicos y técnicos más recientes y su coste.

En suma, el Tribunal de Justicia, al responder la pregunta del Tribunal administrativo francés, parece inclinarse por considerar que la legislación francesa no es contraria en estos momentos al Derecho de la Unión (apartado 69).

b) Las becas, los impuestos y los permisos de conducir en la Unión Europea

La *sentencia Martens* (C-359/13) fue dictada por el Tribunal de Justicia a petición de un tribunal neerlandés y se refiere a un supuesto en que la legislación holandesa supeditaba el mantenimiento de la concesión de una financiación de los estudios universitarios cursados fuera de los Países Bajos al requisito de que la estudiante hubiese residido en Holanda durante al menos tres de los seis años anteriores a su matriculación. La ciudadana holandesa, Sra. Martens, no cumplía este requisito dado que había vivido y trabajado varios años en Bélgica.

En este caso el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual “el estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado FUE, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico” (apartado 21).

El Tribunal de Justicia se refiere al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, en particular las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia. Asimismo y aun cuando considera que los Estados miembros son competentes respecto de los contenidos de la enseñanza y la organización de sus sistemas educativos, deben respetar el Derecho de la Unión. Del mismo modo, el Derecho de la Unión no impone ninguna obligación a los Estados miembros de establecer un sistema de financiación de los estudios superiores para cursarlos en un Estado miembro o en el extranjero, pero el sistema que se establezca debe velar por que las modalidades de concesión de dicha financiación no supongan una restricción injustificada al derecho de circulación y residencia.

Y a tal efecto, el Tribunal recuerda que “las facilidades ofrecidas por el Tratado en materia de circulación de los ciudadanos de la Unión no podrían producir plenos efectos si se pudiera disuadir a ciudadano europeo de hacer uso de aquéllas por los obstáculos a su residencia en el Estado miembro de

acogida derivados de una normativa de su Estado de origen que le penaliza por el mero hecho de haberlas ejercido” (apartado 26).

Y, además, el hecho de haber ejercitado la libertad de circular y residir en Bélgica hace tiempo es irrelevante y deben tenerse en cuenta los efectos que el ejercicio de esta libertad puede tener sobre la posibilidad de recibir una financiación de los estudios superiores. Por tanto, el requisito de “tres años de seis”, aunque se aplica indistintamente a los nacionales neerlandeses y a los demás ciudadanos de la Unión, constituye una restricción al derecho de libre circulación y residencia que asiste a todos los ciudadanos de la Unión.

Esta restricción sólo podría estar justificada conforme al Derecho de la Unión si se basara en consideraciones objetivas de interés general, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas, y fuera proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho holandés. No obstante, el requisito único de residencia podría excluir de la financiación de los estudios superiores a estudiantes que, pese a no haber residido en los Países Bajos durante un período de tres de los seis años exigidos antes de iniciar los estudios en el extranjero, poseen, no obstante, vínculos reales de integración que les unen a Holanda. Por tanto, la normativa neerlandesa no puede considerarse proporcionada a dicho objetivo de integración.

La *sentencia Sopora* (C-512/13) fue dictada por el Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala y se refiere a la exención fiscal en el impuesto de la renta concedida a determinados trabajadores que, durante más de dos tercios de los veinticuatro meses que precedieran a su contratación para trabajar en los Países Bajos, tuvieran su domicilio a más de 150 kilómetros de la frontera neerlandesa. Es el Tribunal Supremo neerlandés el que pregunta en un litigio en materia tributaria del Sr. Sopora que trabajaba en Holanda pero tenía su residencia en Alemania a menos de 150 kilómetros de la frontera holandesa.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia comprueba que el régimen holandés es siempre favorable para los trabajadores pues, “con independencia de que sus domicilios se hubieran encontrado o no a más de 150 kilómetros de la frontera neerlandesa, todos los trabajadores no residentes pueden disfrutar de la exención de gravamen de la indemnización que reciben en compensación por los gastos extraterritoriales en los que realmente hayan incurrido. No obstante, la simplificación administrativa que para la declaración de dichos gastos extraterritoriales se deriva del régimen de tanto alzado queda reservada a los trabajadores que tengan su domicilio a más de 150 kilómetros de la frontera”.

El Tribunal de Justicia acepta estas medidas de simplificación administrativa porque “no se puede negar a los Estados miembros la posibilidad de lograr objetivos legítimos mediante la introducción de normas que las

autoridades competentes puedan aplicar y controlar sin dificultad” (apartado 33).

A juicio del Tribunal de Justicia, se trata de un método aproximado: pues el mero hecho de poner límites a la distancia desde el domicilio de los trabajadores y de fijar un máximo porcentual, tomando como puntos de arranque respectivos la frontera neerlandesa y la base imponible, no puede constituir por sí mismo discriminación indirecta ni un obstáculo a la libre circulación de trabajadores; y el régimen de tanto alzado obra en beneficio de los trabajadores que disfrutan del mismo, ya que rebaja notablemente la carga administrativa de las gestiones que tienen que realizar para lograr la exención de gravamen de la indemnización que reciben en compensación por sus costes extraterritoriales.

Por tanto, el Tribunal de Justicia considera que este régimen fiscal holandés no es contrario a la libre circulación de trabajadores consagrada por el artículo 45 TFUE, a menos que los límites de los 150 kilómetros se hayan establecido de tal modo que la exención produzca de manera sistemática y evidente un reembolso en exceso de los gastos extraterritoriales en los que realmente se ha incurrido.

La *sentencia Aykul* (C-260/13) se refiere al permiso de conducir. Sveda Aykul, de nacionalidad austriaca, reclamaba frente al Land de Baden-Württemberg la aplicación de la Directiva 2006/126/CE sobre reconocimiento recíproco del permiso de conducción. La Sra. Aykul poseía un permiso de conducir austriaco pero había sido sancionada en Alemania por conducir bajo la influencia de estupefacientes con una multa y la suspensión del permiso de conducir.

A juicio del Tribunal de Justicia la Directiva 2006/126 no se opone a que Alemania, donde estaba temporalmente la Sra. Aykul, le hubiese negado validez a un permiso de conducir austriaco debido a una conducta infractora que conforme a la legislación alemana puede implicar la falta de aptitud para conducir vehículos de motor. Para el Tribunal de Justicia la limitación al principio de reconocimiento recíproco de los permisos de conducir está justificada porque permite reducir el riesgo de que se produzcan accidentes de circulación y puede reforzar la seguridad vial, lo que redundaría en interés de todos los ciudadanos (apartado 80).

Asimismo y a juicio del Tribunal de Justicia, Alemania es competente en este caso para establecer las condiciones a las que debe someterse la Sra. Aykul para recuperar el derecho a conducir pero no podría denegar de manera indefinida el reconocimiento de un permiso de conducción expedido en Austria en la medida en que esto constituiría la negación misma del principio de reconocimiento recíproco de los permisos de conducción.

c) El derecho de asilo y la deserción en el Ejército estadounidense acuartelado en la Unión

Andre Lawrence Shepherd era militar estadounidense que había servido en Irak y que en 2005 se volvió a alistar en un batallón cuya sede estaba en Alemania. Al volver a ser enviado a luchar a Irak abandonó el ejército y solicitó el asilo, alegando que no debía participar en una guerra que consideraba ilegal y en la que se cometían crímenes de guerra. Las autoridades administrativas alemanas denegaron el asilo. El Tribunal Administrativo Bávaro de Múnich acudió al Tribunal de Justicia para preguntarle sobre la interpretación de la Directiva 2004/83/CE sobre refugiados.

La primera cuestión que resuelve el Tribunal de Justicia es la de los supuestos en que se aplica la Directiva. A tal efecto el Tribunal de Justicia considera que el contexto de la Directiva es esencialmente humanitario por lo que también se aplica a todo el personal militar que se niegue a cumplir el servicio militar porque no quiere correr el riesgo de cometer crímenes de guerra.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia considera que las persecuciones y la sanción a las que se expone un desertor en los Estados Unidos, una pena de prisión de cien días a quince meses, que podría incluso llegar a cinco años, no son desproporcionadas en relación con el derecho legítimo de los Estados Unidos a mantener sus fuerzas armadas. En fin, juicio del Tribunal de Justicia tampoco las sanciones infligidas a un militar desertor tendrían un carácter manifiestamente discriminatorio hasta el punto de considerarlas actos de persecución.

3. *Las ayudas de Estado, la contratación pública y la protección del medio ambiente*

El desarrollo del mercado interior y la armonización de las legislaciones en materia de contratación pública y de protección del medio ambiente siguen siendo fuente inagotable de la curiosidad de los jueces nacionales.

a) El régimen de las ayudas de Estado

Solo un tribunal británico como la *Court of Appeal* inglesa podría plantear una cuestión prejudicial para saber si la autorización exclusiva para utilizar los carriles reservados a los autobuses por parte de los taxis londinenses, con exclusión de los vehículos de turismo con conductor, constituye una ayuda de Estado. Pues bien, la *sentencia Eventech* (C-518/13) no descarta totalmente que no pueda haber en ese caso una ayuda, aunque no parece que se cumplan todos los requisitos del concepto de ayuda de Estado.

Después de una tortuosa argumentación el Tribunal de Justicia infiere, en primer lugar, que no se comprometen fondos estatales; y en segundo lugar, que los taxis londinenses y los vehículos de turismo con conductor se encuentran en situaciones fácticas y jurídicas lo suficientemente distintas como para considerar que no son comparables y que, por tanto, la política relativa a los carriles destinados a los autobuses no confiere una ventaja económica selectiva a los taxis londinenses.

No obstante y en segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que la autorización a los taxis y la prohibición a los vehículos de turismo con conductor pueden afectar los intercambios comerciales entre los Estados miembros.

En este caso la matización más interesante del Tribunal de Justicia es que “cuando una ayuda otorgada por un Estado miembro sirve para reforzar la posición de determinadas empresas frente a la de otras empresas que compiten con éstas en los intercambios comerciales intracomunitarios, dichos intercambios deben considerarse afectados por la ayuda” (apartado 66). Asimismo, no es necesario que las empresas beneficiarias de la ayuda participen en los intercambios comerciales intracomunitarios y tampoco existe un umbral o porcentaje por debajo del cual pueda considerarse que los intercambios entre Estados miembros no se ven afectados. Por tanto, el Tribunal de Justicia no excluye que la política relativa a los carriles destinados a los autobuses tenga por efecto hacer menos atractiva la prestación de servicios por los vehículos de turismo con conductor en Londres, con la consecuencia de que disminuyan las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en ese mercado.

b) Por una contratación pública más objetiva y transparente

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la contratación pública parece inagotable. Dos sentencias de este periodo son representativas: la primera afina la diferencia entre la aptitud de los licitadores y los criterios de adjudicación; la segunda se ocupa de los efectos del principio de integridad.

En la *sentencia Ambisig* (C-601/13) el Tribunal Supremo Administrativo de Portugal plantea una cuestión sobre la interpretación de la Directiva 2004/18/CE en lo que se refiere a un contrato de servicios. Más en particular, el Tribunal portugués quiere saber si en la contratación de servicios de carácter intelectual puede evaluarse la calidad de los equipos propuestos por los licitadores, el equipo, la experiencia y el currículum de sus miembros.

El Tribunal de Justicia diferencia entre la verificación de la aptitud de los operadores económicos para ejecutar un contrato y los criterios de adjudicación del contrato. En primer lugar, el Tribunal de Justicia distingue

entre los efectivos y la experiencia de los licitadores en general y los efectivos y la experiencia de las personas que constituyen un equipo particular que, de manera concreta, debe ejecutar el contrato. Seguidamente, determina que la adjudicación debe hacerse en virtud de “la oferta económicamente más ventajosa” que debe ser identificada “desde el punto de vista del poder adjudicador” y, por lo tanto, confiere a dicho poder adjudicador un margen de apreciación mayor. Asimismo, para determinar la oferta económicamente más ventajosa podría reforzarse el peso de la calidad en los criterios de adjudicación de los contratos públicos, dado que los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar para determinar la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo.

De modo que la calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación, especialmente cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere a servicios de formación y consultoría. Por tanto, la calidad puede figurar como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

La *sentencia eVigilo* (C-538/13) se refiere al principio de integridad. Tiene su origen en una cuestión prejudicial de un tribunal lituano que solicitaba la interpretación de la Directiva 89/665 sobre los procedimientos de recurso en materia de contratos públicos.

En un procedimiento de licitación de un contrato de adquisición de un sistema de alerta y de información de la población, la empresa eVigilo alegaba, entre otros motivos, la parcialidad de los expertos que habían evaluado las ofertas dadas sus relaciones profesionales con los especialistas de las dos empresas adjudicatarias del contrato.

Pues bien, en este caso el Tribunal de Justicia subraya la importancia que tienen los principios conforme a los cuales “los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia” y subraya el “papel activo en la aplicación de esos principios de adjudicación de los contratos públicos” que corresponde a estos poderes adjudicadores.

Esto significa que el poder adjudicador está obligado a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. Asimismo, esto también puede suponer que “si el licitador excluido presenta elementos objetivos que ponen en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe al propio poder adjudicador examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir,

detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba” (apartado 44).

Resulta muy aleccionadora la puntualización que hace el Tribunal de Justicia de lo que se entiende por conflicto de intereses al explicar: “en relación con los vínculos entre los expertos nombrados por el poder adjudicador y los especialistas de las empresas adjudicatarias del contrato, en particular la circunstancia de que esas personas trabajen juntas en la misma universidad, pertenezcan al mismo grupo de investigaciones o tengan vínculos de subordinación en el seno de esa universidad, si se acredita debidamente, constituyen elementos objetivos que deben dar lugar a un examen pormenorizado por parte del poder adjudicador o, en su caso, por parte de las autoridades de control administrativas o judiciales” (apartado 45). No obstante, también a juicio del Tribunal de Justicia, el concepto de “parcialidad”, los criterios que configuran este concepto y sus efectos jurídicos deben ser definidos por el Derecho nacional.

La segunda cuestión abordada por el Tribunal de Justicia se refiere al plazo para impugnar la legalidad de la licitación. El Tribunal europeo considera que es posible establecer plazos preclusivos para la impugnación de la licitación. No obstante, también advierte de que si después de un examen de las circunstancias resulta que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por el Derecho nacional, el licitador estará legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir la adjudicación del contrato.

Por tanto, el Tribunal de Justicia reconoce un derecho de recurso a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. El plazo del recurso coincidiría, por tanto, con el previsto para impugnar la adjudicación del contrato.

c) La protección del medio ambiente y el bienestar de los animales

Los desarrollos de la jurisprudencia en materia de medio ambiente y bienestar de los animales han sido relevantes. Me limito a reseñar cuatro sentencias sobre la responsabilidad ambiental, la evaluación del impacto medioambiental y el bienestar de los animales.

En la sentencia *Fipa Group* (C-534/13) el Tribunal de Justicia, a requerimiento del Consejo de Estado italiano, interpreta la Directiva 2004/35 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

El litigio en el que se planteó la cuestión prejudicial enfrentaba a una empresa, propietaria de unos terrenos que hacía unos años habían sido contaminados por una empresa de insecticidas, y el Ministerio italiano del medio ambiente que le exigía de la actual propietaria que adoptase nuevas medidas de descontaminación. Fipa Group se opuso a la medida por no haber sido la que contaminó los terrenos. En primera instancia, el Tribunal administrativo de Toscana le dio la razón a Fipa Group aplicando el principio europeo de quien contamina paga. No obstante, en apelación, el Consejo de Estado pidió al Tribunal de Justicia que interpretase el artículo 191.2 TFUE y la Directiva 2004/35 en relación con el principio de quien contamina paga.

El Tribunal de Justicia descartó que el artículo 191.2 TFUE tuviese efecto directo y, por tanto, que pudiese ser invocado por los particulares a fin de excluir la aplicación de una norma italiana. Asimismo, la Directiva 2004/35, aplicable a daños producidos a partir del 30 de abril de 2007 exige que se identifique un operador que pueda ser calificado de responsable. Seguidamente, el régimen de responsabilidad medioambiental requiere que la autoridad competente establezca un nexo causal entre la actividad de alguno de los operadores que puedan identificarse y los daños medioambientales concretos y cuantificables a los efectos de imponer medidas reparadoras a esos operadores, sea cual fuere el tipo de contaminación. De este modo, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva no se opone a la legislación italiana que, cuando es imposible identificar al responsable de la contaminación de un terreno u obtener de éste las medidas reparadoras, no permite a la autoridad competente imponer la ejecución de las medidas preventivas y reparadoras al propietario de dicho terreno, no responsable de la contaminación.

Karoline Gruber impugnó la autorización administrativa para construir y explotar un centro comercial en la ciudad austriaca de Klagenfurt y que se ubicaba en una finca contigua a la suya al no haber hecho el Land de Carintia la evaluación de impacto ambiental. El Tribunal de Justicia constató en su *sentencia Gruber* (C-570/13) que la legislación austriaca reconoce a los vecinos la posibilidad de formular objeciones durante el procedimiento de autorización de una instalación comercial o incluso de interponer un recurso contra la decisión final cuando la instalación ponga en peligro su vida, su salud o su propiedad pero carecen de legitimación para recurrir la decisión previa de un gobierno de no efectuar una evaluación de impacto de esa instalación.

El Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 2011/92/CE de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente a la luz del Convenio de Aarhus. Y a tal efecto considera que una decisión administrativa de no efectuar una evaluación no puede im-

pedir que un particular, que forma parte del “público interesado” en el sentido de dicha Directiva y cumple los requisitos establecidos por el Derecho austriaco, la impugne en el marco de un recurso presentado bien contra ésta, bien contra una decisión de autorización ulterior.

La sentencia *Marktgemeinde Straßwalchen* (C-531/13) resuelve la cuestión del Tribunal Supremo Administrativo de Austria al Tribunal de Justicia sobre la aplicación de la Directiva 85/337/CEE sobre evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados en el medio ambiente a una perforación realizada en un determinado municipio en busca de gas y petróleo y de una profundidad de hasta 4.150 metros.

El Tribunal de Justicia considera que no se aplica la Directiva a este tipo de perforaciones. No obstante, el Tribunal de Justicia recuerda la obligación impuesta por la Directiva de someter a un estudio de evaluación ambiental los proyectos que puedan tener repercusiones importantes en el medio ambiente debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización. En este caso, por tanto, es preciso verificar si un proyecto debe someterse a una evaluación de las repercusiones en el medio ambiente examinando las repercusiones que podría tener de forma conjunta con otros proyectos, sea, por ejemplo, en otros Estados miembros o en otros municipios vecinos.

El bienestar de los animales es una preocupación europea expresada por el Tribunal de Justicia en su *sentencia Zuchtvieh-Export* (C-424/13) y referida a una empresa que había contratado dos camiones para transportar 62 bovinos de Kempten, situada en Alemania, hasta Andiján, en Uzbekistán, por lo que debían atravesar Polonia, Bielorrusia, Rusia y Kazajistán, en un largo trayecto que duraba más de diez días. El Tribunal Superior Administrativo de Baviera preguntaba sobre la aplicación por las autoridades alemanas del Reglamento (CE) n.º 1/2005 relativo a la protección de los animales durante el transporte, aunque el viaje transcurriese por territorio de terceros países.

El Tribunal de Justicia recuerda que desde el Protocolo n.º 33 del Tratado CE la protección y el bienestar de los animales deben tenerse en cuenta al formular y aplicar las políticas comunitarias en materia de agricultura y transporte y constituyen un objetivo legítimo de interés general. Este principio se recoge ahora en el artículo 13 TFUE.

A continuación, el Tribunal de Justicia examina las disposiciones detalladas del Reglamento basadas en el principio de que los animales no deben ser transportados de una forma que pueda causarles lesiones o sufrimiento por lo que deberán limitarse en la medida de lo posible los viajes largos. Por tanto, el Reglamento impone obligaciones no solo al transporte de animales vertebrados vivos que transcurra exclusivamente en el territorio de la Unión, sino también al que parta de la Unión con destino a terceros países.

De hecho y para el transporte fuera de la Unión se prevé un control específico limitado a ciertos requisitos. Para un viaje largo con destino a terceros países, el cuaderno de a bordo u hoja de ruta deberá contener las mismas indicaciones tanto para la parte del viaje que transcurra en el interior de la Unión como para aquella que discurra por el territorio de terceros países. Y la autoridad competente del lugar de salida deberá comprobar que el transporte cumple las disposiciones de dicho Reglamento, debiendo dejar constancia de que el transporte respetará, en particular, las especificaciones técnicas relativas a los intervalos de suministro de agua y de alimentación y al tiempo de viaje y de descanso. En fin, la autoridad de origen está facultada para exigir que se modifique la planificación del transporte para garantizar que este transporte cuente con los suficientes lugares de descanso y de transbordo como para poder considerar que cumplirá los requisitos relativos a los intervalos previstos para abreviar y alimentar a los animales y al tiempo de viaje y de descanso.

En definitiva, Europa debe ser un lugar apacible para los animales incluso para los que se transporten fuera de ella.

III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el derecho interno

Es preciso referirse a las respuestas que el Tribunal de Justicia ha dado a los tribunales españoles y, asimismo, valorar muy sucintamente algunas de las nuevas peticiones de decisión prejudicial remitidas a Luxemburgo. Este repaso semestral muestra la implicación de todas las jurisdicciones y en todas las instancias españolas. Asimismo, los temas siguen siendo variados aunque destaca de manera especial el interés en profundizar en la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas (jueces civiles), la purificación del Derecho español de discriminaciones indirectas por razón del sexo (jueces sociales) y, en fin, los efectos de las Directivas en materia de extranjería (jueces contencioso-administrativos).

1. Las sentencias prejudiciales “españolas”

Las respuestas prejudiciales dictadas por el Tribunal de Justicia a requerimiento de los tribunales españoles siguen produciéndose en su mayoría en forma de sentencia. Sin embargo, empiezan a ser frecuentes respuestas prejudiciales en forma de autos que, en muchos casos, resultan muy aleccionadores.

a) La discriminación por razón del sexo, trabajo a tiempo parcial y cálculo de la pensión de la seguridad social: *sentencia Cachaldora*

La Gran Sala se pronunció en la *sentencia Cachaldora* (C-527/13) respondiendo una cuestión prejudicial remitida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con el principio de igualdad por razón del sexo en materia de seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial.

Lourdes Cachaldora había trabajado a tiempo parcial y a tiempo completo. A la hora de calcular su pensión de incapacidad permanente el Instituto Nacional de la Seguridad Social le aplicaba las bases mínimas de cotización de cada uno de esos años reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad. En cambio, la trabajadora consideraba que el método de cálculo debía hacerse aplicando las bases mínimas pero sin aplicar el coeficiente de parcialidad. Conforme a la legislación española en los períodos durante los cuales la Sra. Cachaldora no cotizó al régimen de seguridad social debían aplicarse unas bases de cotización reducidas, por haber ejercido una actividad a tiempo parcial durante el período inmediatamente anterior a la interrupción de las cotizaciones.

El Juzgado de lo Social de Ourense confirmó el cálculo de la Administración y la trabajadora apeló. El Tribunal gallego planteaba si la regla aplicada por la Administración, en supuestos que afectan mayoritariamente a un colectivo femenino, era conforme con la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social y con la Directiva 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial.

El abogado general Yves Bot consideró en sus Conclusiones (EU:C:2014:2278) que, efectivamente, se producía una discriminación por razón del sexo porque el legislador español había introducido un mecanismo corrector distinto y específico para este colectivo de trabajadoras a tiempo parcial.

En cambio, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión contraria después de interpretar el principio de igualdad en relación con el cálculo de la pensión. A tal efecto, el método de cálculo derivado de la legislación española no perjudica principalmente a una categoría determinada de trabajadores, en concreto, a aquellos que trabajan a tiempo parcial, y, más concretamente, a las mujeres. A juicio del Tribunal de Justicia, el método controvertido no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas durante el período de referencia de ocho años anterior a la fecha en la que se produjo el hecho causante, cuando dicha interrupción es inmediatamente posterior a un empleo a tiempo parcial. Por tanto, los datos esta-

dísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no son pertinentes para demostrar que la legislación española afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres.

En cuanto al efecto de la Directiva sobre la contratación a tiempo parcial en el método de cálculo de la pensión de la seguridad social, el Tribunal de Justicia comprueba que esta regulación supone una ventaja para los trabajadores que, a pesar de haber trabajado a tiempo parcial durante gran parte de su carrera profesional, trabajaban a tiempo completo inmediatamente antes de la laguna de cotización. Por tanto, dado el carácter aleatorio de las repercusiones de la legislación española en los trabajadores a tiempo parcial, no puede considerarse un obstáculo jurídico que limite las posibilidades de trabajar a tiempo parcial. Por tanto y a juicio del Tribunal de Justicia, la Ley española que regula el cálculo de las pensiones de incapacidad permanente es conforme con el Derecho de la Unión.

b) La expulsión de los extranjeros irregulares en España:
sentencia Zaizoune

En España es muy oneroso llegar al Tribunal Supremo especialmente en el ámbito contencioso-administrativo y, de manera especial, en materia de extranjería. Esto ha hecho que importantísimos asuntos que todos los días se deciden en primera instancia y se criban en apelación deban decidirse conforme a criterios de unos y otros Tribunales Superiores de Justicia sin que exista una solución uniforme que correspondería dar al Tribunal Supremo. Esto explica que los jueces de instancia y de apelación hayan resuelto recurrir al Tribunal de Justicia.

Precisamente en materia de extranjería se viene discutiendo en España desde hace más de diez años sobre las sanciones administrativas que procede imponer a los extranjeros en situación irregular: multa o expulsión. En una primera etapa, cuando todavía se llegaba al Tribunal Supremo, este creó una doctrina sobre los denominados hechos negativos. De este modo en los supuestos en que la infracción administrativa de estancia irregular iba acompañada de otras circunstancias negativas, como el historial delictivo o estar indocumentado, justificaban la expulsión.

En 2009 la *sentencia Zurita García y Choque Cabrera* (C-261/08 y C-348/08, EU:C:2009:207) el Tribunal de Justicia había respondido a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia sobre la interpretación del Reglamento 562/2006 relativo al cruce de personas por las fronteras. A juicio del Tribunal de Justicia, cuando un nacional de un tercer país, en este supuestos dos bolivianos, se encuentra en situación irregular en España porque no cumple los requisitos relativos a la

duración de la estancia aplicables, la autoridades españolas no están obligadas a expulsarlo.

Sin embargo, en 2015 la *sentencia Zaizoune* (C-38/14) llega a la conclusión de que en caso de estancia irregular solo procede la expulsión. La cuestión prejudicial de la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia Vasco se refería a la Directiva 2008/115/CE sobre el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. En este caso el marroquí Samir Zaizoune había sido expulsado y en primera instancia el Juzgado de San Sebastián había sustituido la expulsión por una multa. No obstante, la pregunta del Tribunal vasco de apelación pretendía saber si la Directiva permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una multa que, además, resulta incompatible con la expulsión.

A juicio del Tribunal de Justicia, el objetivo de la Directiva 2008/115 es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación por lo que prevé la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio. De modo que, salvo en los supuestos excepcionales previstos por la Directiva, las autoridades nacionales deben adoptar una decisión de retorno. Es más, cuando se hubiese adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado y este no hubiese respetado la obligación de retorno, las autoridades nacionales tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro.

Esta obligación se impone como un deber de lealtad de los Estados miembros y en cumplimiento de las exigencias de eficacia que exige la Directiva. Por tanto, concluye el Tribunal de Justicia, la normativa española no es conforme con la Directiva 2008/15 dado que no se pueden prever excepciones que no sean las de la propia Directiva. Ni siquiera las disposiciones nacionales que sean más favorables con los extranjeros podrían aplicarse en la medida en que las mismas no serían compatibles con la Directiva.

c) Las cláusulas abusivas y los poderes del juez español: *sentencia Unicaja Banco*

Los innumerables litigios entre los consumidores y los bancos en España han terminado llegando al Tribunal de Justicia que ha pronunciado una sentencia de gran interés: *sentencia Unicaja Banco* (C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13). El Juzgado de Marchena preguntaba por la aplicación a sendos préstamos hipotecarios de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Los litigios se referían al procedimiento de ejecución hipotecaria y a si el juez está obligado a recalcular las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija unos intereses de demora a un tipo superior en tres veces el interés legal del dinero.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que, cuando se aprecie el carácter abusivo de una cláusula de un contrato, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar su contenido. De modo que el contrato debe subsistir 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, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible.

Esta solución se apoya en el carácter disuasorio de esta actuación dado que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo de la Directiva 93/13. En efecto, la otra solución contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. Los profesionales podrían verse tentados a utilizar estas cláusulas si saben que, aun cuando se anulasen, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Ahora bien, el juez nacional tiene la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. Esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias que le representarían una penalización.

En un procedimiento de ejecución hipotecaria el Tribunal de Justicia constata que la anulación de las cláusulas contractuales no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

Pues bien, a la vista de los anteriores criterios el Tribunal de Justicia considera que la Ley española 1/2013 que establece una limitación de los intereses de demora respecto de los préstamos o los créditos destinados a la adquisición de la vivienda habitual y garantizados mediante hipotecas constituidas sobre la vivienda en cuestión puede aplicarse. No obstante, cuando se aplique, el juez también puede apreciar la existencia de una cláusula abu-

siva y extraer de su eventual carácter abusivo todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a su anulación.

- d) La protección de los trabajadores en el período de prueba y en los despidos colectivos:
sentencia Nisttahuz Poclava y sentencia Rabal Cañas

La *sentencia Nisttahuz Poclava* (C-117/14) responde al Juzgado de lo Social n.º 23 de Madrid que había cuestionado la conformidad del contrato por tiempo indefinido con un periodo de prueba de un año previsto por la Ley 3/2012 con la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada.

En el caso concreto la ciudadana boliviana Grima Janet Nisttahuz Poclava fue contratada como cocinera para un restaurante y a los cinco meses se le informó de la resolución del contrato de trabajo por no haber superado el período de prueba. Impugnado el despido, el Juzgado madrileño planteó si era compatible con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y con la Directiva 1999/70.

Por lo que se refiere a la aplicación de la Carta, el Tribunal de Justicia remitió a su jurisprudencia conforme a la cual los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas. En este sentido, el Tribunal de Justicia precisa que el hecho de que el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores pueda financiarse con cargo a los fondos estructurales no es en sí mismo suficiente para considerar que la situación analizada en el litigio principal implique una aplicación del Derecho de la Unión y, en consecuencia, de la Carta.

En cuanto a la Directiva 1999/70, el Tribunal de Justicia consideró que se aplica a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador. Sin embargo, el nuevo tipo de contrato establecido por la Ley española se rige por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y por los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del período de prueba por lo que no puede calificarse de contrato de duración determinada.

En este caso, tampoco se puede equiparar el período de prueba de un año con el contrato de duración determinada porque el período de prueba sirve fundamentalmente para comprobar la aptitud y la capacidad del trabajador, mientras que el contrato de trabajo de duración determinada se utiliza cuando el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas.

Por todo lo cual, el Tribunal de Justicia considera que no es competente para responder a las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social madrileño.

La *sentencia Rabal Cañas* (C-392/13) tiene su origen en un litigio ante el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona donde se plantea la interpretación de la Directiva 98/59/CE referida a los despidos colectivos. Andrés Rabal Cañas fue despedido por una empresa participada por la sociedad estatal pública Correos que tiene dos centros de trabajo en Madrid y Barcelona. El juez barcelonés le explicó al Tribunal de Justicia las dificultades interpretativas para calificar el despido como colectivo, teniendo en cuenta bien los dos centros de trabajo bien la empresa en su conjunto.

El Tribunal de Justicia interpreta el concepto de centro de trabajo en aplicación de la Directiva 98/59/CE y para ello recuerda su jurisprudencia muy abundante en la materia. La conclusión del Tribunal de Justicia es que los conceptos de “empresa” y de “centro de trabajo” son distintos y que el centro de trabajo es, por regla general, una parte de una empresa; aunque el centro de trabajo y la empresa puedan coincidir en aquellos casos en los que la empresa no disponga de varias unidades. En efecto, el centro de trabajo designa aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido sin que resulte esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos. Asimismo, según el Tribunal de Justicia, puede constituir concretamente un “centro de trabajo”, en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas.

La legislación española es contraria a la Directiva 98/59 porque define el concepto de “despidos colectivos” utilizando como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo y esta definición supone obstaculizar el procedimiento de información y consulta dado que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de “despido colectivo” a la luz de la Directiva.

En segundo lugar y a juicio del Tribunal de Justicia, para apreciar si se ha llevado a cabo un “despido colectivo” no deben tenerse en cuenta las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada. Esta interpretación tiene su justificación en que estos contratos no se extinguen a iniciativa del empresario sino en virtud de las cláusulas que contienen o de la normativa aplicable, cuando llegan a término o cuando se realiza la tarea para la que fueron celebrados. En suma, el

objetivo de la Directiva 98/59 es evitar los despidos o reducir su número y buscar alternativas para atenuar sus consecuencias.

- e) Las respuestas prejudiciales mediante autos: los empleados públicos, la cesión de trabajadores y las marcas

El Tribunal de Justicia contesta con frecuencia con autos en supuestos que considera sencillos. Sin embargo, el interés en algunos casos desborda la modestia de la resolución judicial y responde en términos muy reseñables, por ejemplo, respecto del empleo público temporal, de la cesión de los trabajadores o incluso en materia de marcas.

El *auto León Medialdea* (C-86/14) es extraordinariamente interesante pues, aun cuando reitera jurisprudencia bien conocida, pone cerco a prácticas jurídicas muy consolidadas hasta el momento. Marta León Medialdea había sido contratada en 2001 por el Ayuntamiento granadino de Huétor Vega para trabajar en un periódico y una emisora. En 2004 el contrato se sustituyó por otro pero en 2012 el Ayuntamiento aprobó una modificación de la relación de puestos de trabajo debido al cierre de la radio local y a la reducción de personal en el periódico municipal. La amortización del puesto suponía el fin del contrato sin que se previese indemnización alguna.

El Juzgado de lo Social n.º 1 de Granada acudió al Tribunal de Justicia pidiéndole que interpretase la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada.

El Tribunal de Justicia observa, en primer lugar, que la Directiva es aplicable a una trabajadora que ha encadenado dos contratos temporales y que mantiene una “relación laboral de carácter indefinido no fijo”.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva no impone una obligación general de transformar los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. Sin embargo, la Directiva es contraria a la normativa española que permite amortizar la plaza de una trabajadora sin abonarle indemnización. Esto se debe a que los Derechos nacionales deben prever alguna medida que garantice la protección de los trabajadores frente al abuso del encadenamiento de contratos temporales. Por tanto, la única salida que indica el Tribunal de Justicia es la indemnización.

En este caso corresponde al juez nacional buscar la solución. Para ello debe tener en cuenta que las sanciones aplicadas deben tener carácter suficientemente efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de la Directiva. Es decir, el Juez de lo Social debe adoptar “una medida adecuada para sancionar el uso abusivo por parte de la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Para ello el Juez de Granada debe tener en cuenta la totalidad del Derecho español y

aplicar los métodos de interpretación reconocidos, es decir, debe hacer todo lo que esté en sus manos para garantizar la plena efectividad de la Directiva y alcanzar una solución conforme con sus objetivos.

El *auto Gimnasio Deportivo San Andrés* (C-688/13) interpreta la Directiva 2001/23/CE sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas. En este caso la cesión de los trabajadores se producía por una empresa en concurso voluntario que cedía los trabajadores a otra empresa que se comprometía a mantener la misma actividad educativa y que se había subrogado en los contratos laborales pero no en otras deudas tributarias o de la Seguridad Social.

El Tribunal de Justicia responde al Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona recordándole cuál es el principio general de interpretación de la Directiva 2001/23 conforme al cual el cesionario está obligado a mantener, después de la transmisión, las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la extinción o expiración del convenio colectivo, o hasta la aplicación de otro convenio colectivo; y la transmisión de una empresa no constituye en sí misma un motivo de despido para el cedente o para el cesionario.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia reconoce que en el caso de procedimientos de insolvencia que estén bajo la supervisión de una autoridad las legislaciones nacionales pueden prever que las obligaciones del cedente derivadas de las relaciones laborales que puedan existir antes de la transmisión o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento asegure, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, una protección como mínimo equivalente a la que garantiza la Directiva 80/987, y que, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, puedan pactarse cambios en las condiciones contractuales de empleo, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa.

Pues bien, la regla general es que el cesionario se subroga en los derechos y obligaciones de la relación laboral existente entre el trabajador y el cedente en la fecha de la transmisión de la empresa y esto se extiende a las cotizaciones al régimen legal de seguridad social correspondientes al cedente. Sin embargo, en el caso de procedimientos de insolvencia controlados por la autoridad pública no sería aplicable si así lo prevé la legislación nacional. Esta excepción solo es posible si existe un mecanismo de garantía del pago de los créditos adeudados a los trabajadores y tiene como finalidad mantener el empleo garantizando la supervivencia de la empresa en dificultades. No obstante, cada Estado es libre de establecer un régimen más beneficioso para los trabajadores que el de la Directiva. Por último, el Tribunal de Justicia puntualiza que el legislador de la Unión no ha pre-

visto normas en relación con las cargas del cedente derivadas de relaciones laborales que ya se hubieran extinguido en la fecha en que tiene lugar la transmisión.

El *auto Rossa dels Vents Assessoria* (C-491/14) resuelve una cuestión del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid sobre la facultad del titular de una marca anterior de solicitar la prohibición o cesación del uso de una marca posterior sin haber ejercitado previamente la acción de nulidad de la marca posterior.

A juicio del Tribunal de Justicia la Directiva 2008/95 sobre marcas debe interpretarse a la luz del principio de prioridad, en virtud del cual la marca anterior prima sobre la marca posterior por lo que en caso de conflicto entre dos marcas se presume que la registrada primero cumple los requisitos para obtener la protección antes que la registrada después (apartado 40).

Este principio, por tanto, resuelve la cuestión de tal modo que el derecho exclusivo del titular de una marca de prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares a su marca se extiende al tercero titular de una marca posterior, sin que sea necesaria una declaración previa de nulidad de esta última marca.

2. *Las nuevas cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales y la doctrina del Tribunal Constitucional*

El ritmo de reenvíos prejudiciales desde España sigue siendo constante y parece haber una especial sintonía de los jueces españoles con el Tribunal de Justicia, lo que contrasta con las frías y poco acogedoras formas del Tribunal Constitucional en la cuestión de inconstitucionalidad.

En esta primera mitad de 2015 se han remitido algunas cuestiones a Luxemburgo de un interés extraordinario. Por una parte, parece ya una saga la preocupación judicial por aplicar la Directiva sobre trabajo de duración determinada a los empleados públicos (*Pérez López / Servicio Madrileño de Salud*, C-16/15; *Martínez Andrés / Servicio Vasco de Salud*, C-184/15; *Castrejana López / Ayuntamiento de Vitoria*, C-197/15) o la lucha contra la discriminación por razón de edad en el acceso al empleo público (*Salaverría Sorondo / Academia Vasca de Policía*, C-258/15).

De manera esquemática me refiero a dos aspectos: el primero consiste en adivinar cuál será la interpretación que adoptará el Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de que órganos administrativos de control de la contratación pública utilicen la vía prejudicial; el segundo tiene que ver con la restricción que ya impone el Tribunal Constitucional español a la utilización del recurso de amparo para combatir la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial por los tribunales españoles.

a) ¿Quién puede plantear en España una cuestión prejudicial?: *asunto Consorci Sanitari del Maresme*

El Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, un organismo administrativo, planteó en 2014 una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en el *asunto Consorci Sanitari del Maresme* sobre la eventual participación y clasificación de las administraciones públicas en las licitaciones. Tal como resulta del *auto Consorci Sanitari del Maresme* (C-203/14, ECLI:EU:C:2015:279), la cuestión será resuelta por la Gran Sala y el Tribunal de Justicia se pronunciará sobre la admisibilidad de los reenvíos prejudiciales de este tipo de órganos.

En el auto el Tribunal de Justicia advierte de la singularidad del caso dado que este órgano administrativo conoce de un “recurso extraordinario en materia de contratación, objeto del procedimiento principal, [que] presenta un carácter facultativo, que la resolución que dirimirá dicho recurso pondrá fin a la vía administrativa y que contra tal resolución cabe, a continuación, un recurso contencioso-administrativo ordinario” (apartado 6).

Es preciso recordar que con anterioridad dos órganos administrativos españoles, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña habían planteado interesantes cuestiones prejudiciales a las que, sin mayores problemas, respondió el Tribunal de Justicia en las *sentencias Asociación Española de Banca Privada* (C-67/91, EU:C:1992:330) y *Gabalfrisa* (C-110/98, EU:C:2000:145), respectivamente.

b) ¿Qué pasa si un tribunal español no plantea una cuestión prejudicial?: STC 212/2014

El Tribunal Constitucional español se pronunció en su sentencia 212/2014, dictada por el Pleno, sobre el recurso de amparo para los supuestos en que un tribunal español no aplicase la doctrina asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni tampoco plantease una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo.

El amparo se pedía frente a una sentencia de apelación de 2012 de la Sala de lo Contencioso-administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que confirmaba en apelación una sentencia de 2010 un Juzgado de lo Contencioso-administrativo en relación con la impugnación de un concurso de méritos de funcionarios donde no se tenía en cuenta la experiencia obtenida como funcionario interino. Se alegaba ahora ante el Tribunal Constitucional que no se había aplicado la jurisprudencia deducida en la sentencia de 2011 *Rosado Santana / Junta de Andalucía* (C-177/10). Esta sentencia del Tribunal de Justicia fue invocada por vez primera por la demandante en el incidente de nulidad contra la sentencia de apelación.

El Tribunal Constitucional recuerda su jurisprudencia anterior y analiza si en el caso concreto ha habido violación de los derechos reconocidos en la Constitución española en su dimensión de tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1) y del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2).

El Tribunal Constitucional considera que el Tribunal de apelación sevillano ofrece argumentos que “no incurren en arbitrariedad ni adolecen de falta de razonabilidad, pues, al fin y al cabo, la referida argumentación explícita de manera suficiente las consideraciones de índole jurídica que sustentan la decisión finalmente adoptada, de cuyo contenido se desprende que la desestimación de lo pretendido por la demandante no contraviene lo estatuido por la Directiva 1999/70 ni la doctrina enunciada en la reiterada STJUE”.

El Tribunal Constitucional considera mejorable la redacción del auto del Tribunal de apelación e incluso insinúa que la solución alcanzada pudiera no ser correcta; sin embargo, insiste en que “no le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión finalmente adoptada, ni tampoco alumbrar otras interpretaciones que pudieran resultar más plausibles. Los órganos judiciales son los únicos competentes, *ex art.* 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria”.

Por lo demás y respecto del derecho a un proceso con todas las garantías, el Tribunal Constitucional considera que no se ha conculcado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley dado que no haber planteado cuestión prejudicial queda extramuros de la garantía cuya lesión invoca la demandante.

No obstante, en un voto particular formulado por la magistrada Asua Batarrita se propugna otra línea jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional, tal como fue desarrollada en las sentencias 58/2004 y 78/2010 conforme a las cuales: “el no planteamiento de la cuestión prejudicial puede llevar aparejada la lesión del art. 24.2 CE por incumplimiento de la obligación de remitir al intérprete de la normativa europea el cuestionamiento sobre el alcance de una norma, salvo que sea patente que no concurre duda alguna aplicando los criterios jurisprudenciales europeos al respecto”.

En este caso la particularidad viene dada por la falta de un claro apartamiento del Tribunal sevillano de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, en instancia no se había pronunciado el Tribunal europeo y en apelación la parte recurrente no argumentó en relación con una sentencia que era reciente. Cuando lo hizo en el incidente de nulidad parece que ya era tarde para enmendar una solución que el Tribunal de Justicia había dejado aclarada.

IV. Relación de las sentencias comentadas (Tribunal de Justicia, Tribunal General y Tribunal Constitucional Español)

1. TJUE, auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea / Ayuntamiento de Huétor Vega (C-86/14, ECLI:EU:C:2014:2447) (remedios contra los abusos del encadenamiento de contratos de duración determinada).
2. TJUE, sentencia de 14 de enero de 2015, Eventech Ltd (C-518/13, EU:C:2015:9) (ventajas de los taxistas y ayudas de Estado en Londres).
3. TJUE, sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y otros (C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21) (poderes del juez y cláusulas abusivas de los contratos).
4. TJUE, auto de 28 de enero de 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés SL (C-688/13, EU:C:2015:46) (garantía en caso de cesión de trabajadores).
5. TJUE, sentencia de 5 de febrero de 2015, Grima Janet Nisttahuz Poclava / Jose María Ariza Toledano (C-117/14, EU:C:2015:60) (contrato laboral de duración determinada y un año de prueba).
6. TJUE, sentencia de 11 de febrero de 2015, Marktgemeinde Straßwalchen y otros (C-531/13, EU:C:2015:79) (evaluación medioambiental de proyectos acumulados).
7. TJUE (Gran Sala), sentencia de 24 de febrero de 2015, Sopora (C-512/13, EU:C:2015:108) (ventajas tributarias de los trabajadores fronterizos).
8. TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2015, Martens (C-359/13, EU:C:2015:118) (financiación de estudios de ciudadanos de la Unión).
9. TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2015, Shepherd (C-472/13, EU:C:2015:117) (derecho de asilo y militar estadounidense que se niega a ir a Irak).
10. TJUE, sentencia de 4 de marzo de 2015, Fipa Group Srl y otros (C-534/13, EU:C:2015:140) (quien contamina paga: responsabilidad del propietario del terreno que no fue el causante de la contaminación).
11. TJUE, auto de 10 de marzo de 2015, Rossa dels Vents Asessoria SL / U Hostels Albergues Juveniles SL (C-491/14, EU:C:2015:161) (protección de una marca frente al titular de una marca posterior).
12. TJUE, sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166) (conflicto de intereses entre el licitador y el poder adjudicador).

13. TJUE, sentencia de 26 de marzo de 2015, Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204) (criterios de adjudicación y cualificación del personal encargado de la ejecución de un contrato público).
14. TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de abril de 2015, Lourdes Cachaldora Fernández / INSS y TGSS (C-527/13, EU:C:2015:215) (igualdad de trato por razón del sexo entre trabajadores a tiempo parcial).
15. TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de abril de 2015, Consejo / Comisión (C-409/13, EU:C:2015:217) (decisión de la Comisión de retirar una propuesta de Reglamento marco).
16. TJUE, sentencia de 16 de abril de 2015, Willems y otros (C-446/12 a C-449/12, EU:C:2015:238) (datos biométricos y protección de datos personales).
17. TJUE, sentencia de 16 de abril de 2015, Gruber (C-570/13, EU:C:2015:231) (efectos administrativo de la evaluación de impacto ambiental).
18. TJUE, sentencia de 23 de abril de 2015, Zuchtvieh-Export (C-424/13, EU:C:2015:259) (bienestar de los animales y transportes que también se extiende fuera de la UE).
19. TJUE, sentencia de 23 de abril de 2015, Aykul (C-260/13, EU:C:2015:257) (no reconocimiento mutuo de permisos de conducir).
20. TJUE, sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EU:C:2015:260) (expulsión o multa de extranjeros en situación irregular).
21. TJUE (Gran Sala), auto de 24 de abril de 2015, Consorci Sanitari del Maresme / Corporació de Salut del Maresme i la Selva (C-203/14, ECLI:EU:C:2015:279) (Tribunal Catalán de Contratos Públicos y cuestión prejudicial).
22. TJUE, sentencia de 29 de abril de 2015, Léger (C-528/13, EU:C:2015:288) (donación de sangre por homosexuales).
23. TJUE, sentencia de 13 de mayo de 2015, Rabal Cañas (C-392/13, EU:C:2015:318) (despidos colectivos y centro de trabajo).
24. TJUE (Gran Sala), sentencia de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros (C-62/14) (prejudicial del Tribunal Constitucional alemán sobre la Unión Económica y Monetaria).
25. TGUE, sentencia de 12 de mayo de 2015, John Dalli / Comisión Europea (T-562/12, ECLI:EU:T:2015:270) (la dimisión de un comisario europeo).
26. TC (Pleno), sentencia n.º 212/2014, de 18 de diciembre de 2014 (ponente: González-Trevijano Sánchez) (aplicación de la jurisprudencia Rosado Santana del Tribunal de Justicia y cuestión prejudicial).

Crónica

La actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea

*Current Institutional and Economic Developments in Spain
within the Framework of the European Union*

Beatriz Iñarritu

Profesora de 'Deusto Business School'
Universidad de Deusto

Sumario: I. Introducción.—II. El Estado de la Integración. 1. Debate en el Reino Unido en relación a la Unión Europea. 2. Islandia retira su solicitud de adhesión a la UE. 3. Gobernanza económica: el Semestre Europeo 2015. 4. Debate sobre la gobernanza económica europea: la ambiciosa propuesta española. 5. Acuerdo político sobre el Plan Juncker. 6. La Comisión propone una multa a España por el falseamiento del déficit público.—III. Cuestiones generales de la actualidad económica. 1. BCE: Compra masiva de Deuda pública. 2. Mecanismo Europeo de Estabilidad: primera emisión de deuda con intereses negativos. 3. Acuerdo Transatlántico UE-EEUU: negociaciones pospuestas. 4. Competencia-ayudas públicas: investigación sobre las ayudas a las compañías eléctricas de once países y al sector bancario de cuatro países. 5. Competencia-abuso de posición de dominio: acusaciones a Google y Gazprom. 6. Bruselas recurre la decisión del Tribunal sobre las deducciones fiscales aplicadas por empresas españolas por la adquisición de empresas extranjeras. 7. Tribunal de Justicia: nuevo dictamen en contra de la Ley Hipotecaria española. 8. Competencia: autorización de compra de Jazztel por parte de Orange. 9. Inmigración: plan de acogida a solicitantes de asilo.

I. Introducción

En el primer semestre de 2015 el Banco Central Europeo ha iniciado un programa de compras masivas de deuda pública en la Eurozona con el que espera contribuir a la recuperación económica. El acuerdo sobre el Plan Juncker también favorecerá las inversiones en la UE y, aunque con retraso, las negociaciones sobre el polémico Tratado con Estados Unidos siguen adelante.

Destacan también las decisiones sobre política común de competencia que se han centrado en los últimos meses en las ayudas públicas recibidas

por los sectores eléctrico y bancario y en las prácticas abusivas de Google y Gazprom.

II. El estado de la integración

1. *Debate en el Reino Unido en relación a la Unión Europea*

Tras la victoria del partido conservador en las elecciones generales de Mayo, el ministro de Exteriores británico, Philip Hammond, depositó en la Cámara de los Comunes el proyecto de ley para la convocatoria de un referéndum con el que los ciudadanos del Reino Unido decidirán sobre su pertenencia a la UE.

El proyecto de ley obliga a celebrar el referéndum antes del 31 de diciembre de 2017 y, para entonces, el primer ministro David Cameron esperaría haber conseguido un cambio en los Tratados, sin el cual, advirtió, difícilmente podrá convencer a los ciudadanos británicos de votar por permanecer en la UE.

Aunque el gobierno británico no ha hecho públicas sus exigencias en la negociación, fuentes expertas ya han apuntado determinadas medidas como la limitación de los derechos de los inmigrantes europeos, que, en efecto, estaba recogida en el programa electoral de los tories.

En este ámbito, altos responsables de las instituciones europeas se manifestaron en defensa de la libertad de circulación de personas aunque, según matizaron, no debería servir de excusa para aprovecharse de las prestaciones y hacer “turismo de seguridad social”, tal como señaló Jyrki Kaitanen, vicepresidente de la Comisión.

Cameron pretendería conseguir alguna cláusula que le permita negar prestaciones de desempleo a los inmigrantes de la UE y compensaciones para los trabajadores con salarios más bajos, en forma de, por ejemplo, créditos fiscales.

Este sería un acuerdo muy difícil puesto que provocaría una situación discriminatoria para los ciudadanos de la Unión, y el voto unánime de los Veintiocho para modificar los Tratados sería complejo. Además, las concesiones no se harán en un solo sentido, sino que habría que pactar una reciprocidad.

También señalan fuentes cercanas al gobierno británico que posiblemente Cameron defenderá la posibilidad de que la Cámara de los Comunes pueda vetar las normas comunitarias; también este cambio será difícil puesto que los otros 27 parlamentos exigirían la misma posibilidad. Y entonces la UE correría el riesgo de quedar paralizada. Y Londres también querría que se elimine de los Tratado la cláusula que establece que el propósito de la UE es avanzar hacia “una unión cada vez más estrecha”, o al menos que se exima al Reino Unido de cumplirla.

2. *Islandia retira su solicitud de adhesión a la UE*

En Marzo el gobierno conservador islandés retiró la candidatura del país para ingresar en la Unión Europea (UE).

Islandia había solicitado formalmente su ingreso en la UE en 2009, cuando el gobierno de este país estaba en manos de una coalición de socialdemócratas y verdes. Pero en los años siguientes, el proceso se vio dificultado por discrepancias persistentes, especialmente en materia de pesca y agricultura.

La situación se agravó en 2013 con la llegada al poder del actual gobierno conservador en Islandia, que lidera el primer ministro Sigmundur David Gunnlaugsson, hasta que las negociaciones quedaron prácticamente congeladas. El actual ejecutivo considera que puede defender mejor los intereses de su país sin formar parte de la UE.

3. *Gobernanza económica: el Semestre Europeo 2015*

A lo largo de los seis primeros meses de 2015, en el llamado “Semestre Europeo” se han dado los pasos previstos, los Exámenes Exhaustivos, los Planes nacionales y las Recomendaciones Específicas por país.

La Comisión publicaba el 26 de Febrero los Informes-País que incluían los Exámenes Exhaustivos de 16 Estados miembros, los que, según el “Informe del Mecanismo de Alerta” de Noviembre, debían ser analizados en profundidad en el marco del “Procedimiento de Desequilibrios Macroeconómicos 2015”.

Respecto al Informe de España, la Comisión Europea valoraba los esfuerzos por reducir el déficit por debajo del 3 % del PIB, un objetivo fijado para 2016, aunque al mismo tiempo advertía de que el país presentaba desequilibrios macroeconómicos, por lo que pidió “acciones decisivas”.

“En España ha habido mejoras, pero aún hay riesgos”, dijo en rueda de prensa el comisario europeo de Asuntos Económicos y Financieros, Pierre Moscovici, quien precisó que el país seguiría siendo sometido a la supervisión comunitaria.

En un comunicado, el ejecutivo comunitario precisaba que “pese a algunas mejoras en el proceso de reequilibrio de la balanza por cuenta corriente, los riesgos relacionados con los altos niveles de deuda pública y privada y la posición internacional de inversión negativa siguen mereciendo mucha atención en el contexto de desempleo muy elevado. La necesidad de actuar para reducir los riesgos de los efectos adversos en la economía española, dado su tamaño, y de contagios negativos a la Unión Económica y Monetaria es particularmente importante”, añadía la Comisión.

En abril, los gobiernos nacionales remitieron a la Comisión sus respectivos Planes de Estabilidad y Convergencia y Planes Nacionales de Reforma.

Según las nuevas previsiones incluidas en el Plan de Estabilidad español 2015-18, España conseguirá corregir el déficit público en 2018, once años después de que se comenzara a generar en 2008. Entonces conseguiría una brecha entre gastos e ingresos públicos de un mínimo 0,3% del PIB.

Este camino será posible gracias al incremento en los ingresos públicos que, a su vez, será posible gracias al crecimiento económico previsto.

Para 2016, el objetivo no varía respecto a las previsiones anteriores y se mantiene en el 2,8%, lo que implicaría cerrar el procedimiento abierto por Bruselas a España por déficit excesivo.

El Plan prevé, asimismo, una paulatina reducción del gasto público desde el 43,6% del PIB del año pasado al 38,4% en 2018 (casi cinco puntos porcentuales), aunque no será debido a nuevos recortes en el gasto sino al mayor ritmo de crecimiento del PIB. La estimación remitida a Bruselas prevé, asimismo, un nivel de ingresos públicos del 38,1% del PIB en 2018, unos siete puntos menos que la media europea (45%). Esta brecha se explica por el gran número de deducciones y bonificaciones en los impuestos, y por el enorme peso del fraude y de la economía sumergida.

Este menor nivel de ingresos públicos condiciona el techo del gasto público español, que también es muy inferior al gasto medio en la UE (en torno al 48% del PIB de media).



Objetivos de déficit 2015-2018

(% PIB)	Objetivos				
	2014*	2015	2016	2017	2018
Administración Central	-3,50	-2,9	-2,2	-1,1	-0,2
Seguridad Social	-1,06	-0,6	-0,3	-0,2	-0,1
CCAA	-1,66	-0,7	-0,3	-0,1	0,0
CCLL	0,53	0,0	0,0	0,0	0,0
Total AAPP	-5,69	-4,2	-2,8	-1,4	-0,3
Gastos AAPP	43,5	42,0	40,6	39,5	38,4
Ingresos AAPP	37,8	37,8	37,8	38,0	38,1

Fuente: Plan de Estabilidad de España 2015-18.

La reducción del déficit previsto por el gobierno permitiría reducir la deuda. En 2015 el endeudamiento de las Administraciones alcanzaría su cota máxima hasta llegar al 98,9% del PIB, para iniciar un descenso paulatino hasta el 93,2% en 2018. Se trata de un nivel todavía muy elevado y alejado del objetivo del 60% que impone Bruselas y que España se comprometió a cumplir en 2020 en la Ley de Estabilidad Presupuestaria.

Por su parte, el Plan Nacional de Reformas español contemplaba cuatro ámbitos de actuación para este año: el impulso de las políticas activas de empleo, la moderación de las cotizaciones sociales de las empresas, las medidas de apoyo al trabajo autónomo y la reforma de la Formación Profesional para acelerar la creación de empleo juvenil.

Y en mayo, las Recomendaciones de la Comisión para España se agrupaban en cuatro temas: el control del déficit público, la conclusión de la reestructuración del sector bancario, la mejora de la eficiencia del mercado laboral y la aplicación de las reformas pendientes que faciliten el trabajo de las empresas.

La propuesta de este año resultaba ser menos específica y detallada que en años anteriores. Según Pierre Moscovici, comisario de Asuntos Económicos, Bruselas quiere ser “menos intrusiva” y es por ello que “las recomendaciones son ahora más amplias y estratégicas de lo que solían ser”, afirmó.

Sin embargo, el ejecutivo europeo se mostró especialmente crítico en el apartado fiscal, ya que afirmaba ver “riesgo de que España no cumpla con las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento”, que obligan a situar el déficit público por debajo del 3% y la deuda en niveles inferiores al 60% del PIB.

Según la Comisión Europea, el esfuerzo fiscal previsto para España entre 2013 y 2016 estará por debajo del nivel recomendado, y “nuevas reformas estructurales serán necesarias en 2015 y 2016”. Según las estimaciones del gobierno español, el déficit de este año se situará en el 4,2% del Producto Interior Bruto (PIB) y el del que viene en el 2,8%, pero la Comisión prevé cifras superiores, al 4,5% y 3,5%.

Otro de los puntos en los que más incidía Bruselas es el mercado laboral. En las recomendaciones alertaba de que el elevado desempleo de larga duración y la elevada segmentación del mercado laboral seguían “dañando la productividad”. Advertía de que “en algunos sectores y compañías puede ser necesario en el corto plazo que los salarios crezcan por debajo de la productividad para crear empleos y alcanzar nuevas mejoras de productividad”. El documento también señalaba que el porcentaje de la población con empleo temporal continuaba incrementándose en 2014, hasta alcanzar el 24% y cebándose especialmente en los jóvenes y trabajadores poco cualificados.

4. *Debate sobre la gobernanza económica europea: la ambiciosa propuesta española*

Los líderes europeos decidieron, en el Consejo Europeo de Octubre de 2014, reflexionar sobre la gobernanza del euro y dirigieron un mandato al presidente de la Comisión Europea para trabajar en la “preparación de nuevos pasos hacia una mejor gobernanza económica en la Eurozona”. Esta tarea debía ser realizada en estrecha colaboración con el presidente de las cumbres del Euro, el presidente del Eurogrupo y el presidente del Banco Central Europeo.

Los cuatro presidentes presentaron el 12 de Febrero una “nota analítica” en la que valoraban el estado de la Unión Económica y Monetaria (UEM), identificaban sus principales fallos que han salido a la luz con la crisis y describían las medidas adoptadas hasta entonces para hacerles frente. Con este análisis, la nota preparaba el terreno para el posterior debate sobre los futuros pasos a dar en la mejora de la Unión Económica.

Siguiendo este planteamiento, los diferentes países de la Eurozona han ido enviando sus propuestas; Francia y Alemania remitieron a Bruselas un documento conjunto, e Italia hizo lo mismo a mediados de Mayo. En ambos casos la ambición por introducir grandes cambios parece haberse relajado, quizás por la llegada de la recuperación económica y los documentos planteaban propuestas de menor alcance y a muy largo plazo.

Sin embargo, la aportación de España apunta hacia cambios de calado ante la constatación de que Europa sigue siendo “vulnerable a choques asimétricos”, tal como refleja el documento enviado a la Comisión el 27 de Mayo.

El gobierno de Mariano Rajoy se muestra especialmente crítico con el papel del BCE al señalar en el documento que “la orientación de la política monetaria única ha demostrado ser inadecuada para determinados Estados miembros en los últimos años y ha generado choques asimétricos”. “En algunos países, la política monetaria fue excesivamente expansiva, y creó condiciones financieras que promovieron el excesivo endeudamiento y la acumulación de desequilibrios”, apunta también el documento en clara referencia a la burbuja inmobiliaria española.

El documento también señala que en la Eurozona no existe suficiente movilidad laboral, circunstancia que amplificó los problemas puesto que “los desequilibrios no pudieron ser absorbidos con un trasvase de trabajadores entre países, sino por ajustes en el número de empleados y desempleados en cada país”.

Y destaca también que la fragmentación del Mercado Interior ha dificultado el éxito de la Unión Monetaria, siendo especialmente destacable la fragmentación del sector bancario minorista que, al igual que las carencias en la movilidad laboral, agravó la acumulación de los desequilibrios.

Según el gobierno español, el rediseño de la política económica común exigiría:

- alcanzar niveles suficientes de movilidad laboral,
- alcanzar una Unión Fiscal sólida que incluya tres elementos: la transferencia de soberanía a la Unión en políticas de ingresos y gastos nacionales, un presupuesto común en la Eurozona e instrumentos de deuda comunes,
- y completar el mercado interior y, en particular, solventar la fragmentación del mercado financiero asegurando una integración adecuada del sector bancario minorista.

Madrid propone un enfoque gradual, inspirado en el proceso de convergencia de Maastricht que culminó con la adopción de la moneda única.

La participación de cada Estado en las diferentes fases estaría condicionada al cumplimiento de los nuevos criterios de convergencia definidos.

En una primera fase, en el horizonte de 2017, el gobierno español plantea mejorar y reforzar los procesos de coordinación de políticas económicas, aumentar la movilidad laboral entre países y completar la Unión Bancaria.

En una segunda fase, prevista para 2019, el gobierno plantea un cambio en el mandato del Banco Central Europeo. Aunque el primer objetivo de Fráncfort debe seguir siendo la inflación, España propone hacer explícita una segunda meta relacionada con su contribución a la prevención de divergencias macroeconómicas y desequilibrios entre países.

También propone la creación de una capacidad fiscal común de naturaleza cíclica y vinculada a la inversión pública con una capacidad de endeudamiento limitada. La emisión de deuda estaría sujeta a condiciones estrictas y dependería de las necesidades cíclicas, de tal forma que la deuda emitida en los “malos tiempos” debería ser reabsorbida en los “buenos tiempos”.

Los progresos en la integración económica deberían acompañarse con una integración política más profunda. En esta fase, sería necesaria una autoridad responsable de la política económica de la zona euro, algo así como un Ministro de Finanzas de la eurozona. Dicha autoridad sería responsable de la capacidad fiscal limitada, estaría al cargo de la coordinación y supervisión del proceso de convergencia y promovería el análisis de la gestión de la deuda pública.

En una tercera fase, más allá de 2020, Madrid propone que la capacidad fiscal limitada de paso a una verdadera Unión Fiscal que integre los tres elementos centrales: la transferencia de soberanía en cuanto a las políticas fiscales de ingresos y gastos al nivel europeo de decisión, un presupuesto común de la zona euro y la creación de instrumentos comunes de deuda.

5. *Acuerdo político sobre el Plan Juncker*

Las instituciones europeas lograron a finales de Mayo desbloquear el llamado plan Juncker que permitirá movilizar, previsiblemente, 315.000 millones de euros de inversión pública y privada entre 2015 y 2017.

El llamado Fondo Europeo de Inversiones Estratégicas (FEIE), que eventualmente podría estar operativo a finales del verano de 2015, funcionará con una dotación de 16.000 millones de euros procedentes del presupuesto comunitario y con 5.000 millones de euros del Banco Europeo de Inversiones (BEI).

Los 16.000 millones estarán provisionados al 50%, es decir, con 8.000 millones de euros. Inicialmente, la garantía del Fondo debía constituirse con 2.000 millones del margen de los presupuestos anuales de la UE, con 3.300 millones del programa “Conectar Europa” de infraestructuras y con otros 2.700 millones de Horizonte 2020 de investigación e innovación.

Sin embargo, el Parlamento Europeo defendía reducir el impacto sobre estos dos programas comunitarios incluidos en el presupuesto de la UE, y finalmente logró reducir dicho impacto en 1.000 millones de euros, siendo sustituidos por 543 millones del margen no utilizado del presupuesto de 2014 y 457 millones del de 2015.

De esta forma, y según el acuerdo político alcanzado, el fondo de garantía del FEIE se nutrirá de 3.000 millones de euros del remanente de los presupuestos anuales, de 2.800 millones de “Conectar Europa” y de 2.200 millones de Horizonte 2020.

Los representantes del Parlamento Europeo y del Consejo consiguieron, por fin, poner fin a varios meses de conflicto sobre el modelo de financiación planteado por la Comisión Europea para su plan de inversiones.

6. *La Comisión propone una multa a España por el falseamiento del déficit público*

La Comisión Europea aprobó formalmente el 7 de Mayo una propuesta de imponer a España una multa de 18,93 millones de euros por la manipulación y “negligencia grave” respecto a las estadísticas del déficit y la deuda en la Comunidad Valenciana, falseamiento que se prolongó durante más de 20 años, entre 1988 y 2011 y que sólo se corrigió en 2012.

Se trata de la primera vez que el ejecutivo comunitario tomaba la decisión de sancionar a un Estado miembro por falsear sus estadísticas basándose en las nuevas normas de la UE que se aprobaron en 2011 a raíz del caso de Grecia. Por ello, y por el carácter no retroactivo de la legislación, la multa se refiere sólo al periodo 2011-2012.

El caso se originó en Mayo de 2012, cuando las autoridades españolas informaron a Eurostat, la agencia estadística de la Unión, de que el déficit de 2011 tenía que revisarse al alza cuatro décimas de PIB (unos 4.000 millones) por la detección de gastos no registrados en Valencia y Madrid.

Eurostat investigó y descartó problemas en el caso de Madrid. No ocurrió lo mismo con la Comunidad Valenciana, donde se detectó una partida de gasto sanitario oculto. Comprobó que la intervención general de esa administración “había enviado sistemáticamente información incorrecta a lo largo de muchos años”.

En su decisión de multar a España, Bruselas tuvo en cuenta una serie de “factores atenuantes” que le llevaron a reducir el importe de la multa, cuyo valor de referencia inicial era de 94,65 millones de euros. En particular, concluía que la tergiversación de las cifras “no fue intencionada sino que se debió a una negligencia grave de una entidad que actuó por su cuenta”.

En concreto, el informe de la Comisión apuntaba como único responsable a la Intervención General de la Comunidad Valenciana, que había ignorado los informes del Tribunal de Cuentas valenciano y los avisos de la Consejería de Sanidad. Además, valoraba positivamente que las autoridades españolas hubieran cooperado plenamente en la investigación y que hubiera puesto fin a las irregularidades. La multa tiene así un carácter meramente simbólico y queda muy lejos del máximo previsto en la legislación de la UE, que en el caso de España sería 2.000 millones de euros (el 0,2% del PIB).

“Nuestra investigación ha concluido que la comunidad autónoma de Valencia cometió una negligencia grave al no registrar gastos sanitarios”, señaló la comisaria responsable de Eurostat, Marianne Thyssen. “Valencia ha informado incorrectamente sobre el gasto sanitario y ha enviado datos incorrectos sobre el gasto público a las autoridades estadísticas españolas. Como resultado de esto, durante mucho tiempo, los datos enviados por España a Eurostat en el contexto del procedimiento por déficit excesivo no eran plenamente correctos”, agregó.

La multa todavía tiene que ser aprobada por los ministros de Economía de la UE por mayoría cualificada, en una votación en la que no podrá participar el titular español, Luis de Guindos.

III. Cuestiones generales de la actualidad económica

1. *BCE: Compra masiva de Deuda pública*

El BCE puso en marcha en Marzo un programa de compras de deuda pública y privada a gran escala, conocido como “Flexibilización Cuantita-

tiva” (QE, “Quantitative Easing” en inglés) que ya había sido anunciado en Enero por el presidente de la institución, Mario Draghi.

Esta “medida no convencional” de política monetaria prevé que el Banco realice estas compras a un ritmo de 60.000 millones de euros al mes hasta finales de septiembre de 2016. El presidente del BCE señalaba que este programa contribuiría a conseguir un “rebote de la inflación” y a reducir las primas de riesgo (los tipos de interés que pagan los países por su deuda en términos de diferencial respecto los intereses de los bonos alemanes) hasta llegar incluso a tipos de interés negativos. En Marzo Alemania ya cobraba intereses a quienes invertían en su deuda a plazos de hasta cinco años e incluso la deuda española entraba en territorio negativo para los plazos más cortos.

Además, el Banco confiaba en que esta medida mejore las condiciones de financiación de empresas y particulares.

La intervención del BCE debía realizarse a través de los Bancos Centrales de los países de la Eurozona, quienes, desde Marzo de 2015, están comprando bonos con una calificación mínima BBB en los mercados secundarios, aunque con la condición, impuesta por Alemania, de que únicamente el 20% del riesgo de las compras se mutualiza. De esta forma, la mayor parte de las posibles pérdidas o ganancias que se produzcan se integrarán directamente en los balances de cada uno de los Bancos Centrales nacionales.

Las compras en los 19 meses de duración del programa sumarán 1,14 billones de euros, y en torno a 100.000 millones serán compras de bonos españoles, lo que significa alrededor del 10% de la deuda pública.

La decisión del BCE, que se produjo cinco años después de que comenzara la crisis de deuda en la Eurozona, fue calificada de “decisión histórica”, puesto que suponía el esperado cambio de rumbo de Frankfurt. El estímulo, superior al billón de euros, deberá permitir que el dinero deje de fluir hacia la deuda pública y se canalice hacia otras actividades, lo que facilitará la recuperación y el paulatino regreso a mayores niveles de inflación.

2. Mecanismo Europeo de Estabilidad: primera emisión de deuda con intereses negativos

En Marzo, el Mecanismo Europeo de Estabilidad, MEDE, colocó 3.000 millones de euros en deuda a dos años y medio con un tipo de interés del $-0,07\%$, lo que significó la primera emisión con tipos negativos del fondo de rescate permanente de la Eurozona.

La operación había registrado una gran demanda y las órdenes de inversores de todo el mundo superaron los 9.000 millones de euros, lo que se tra-

dujo en unas declaraciones de satisfacción por parte del director financiero del Fondo, Christophe Frankel, quien señaló que “la fortaleza y la alta calidad de las solicitudes muestran que, de nuevo, hemos cumplido las demandas de los inversores”.

3. Acuerdo Transatlántico UE-EEUU: negociaciones pospuestas

El Pleno del Parlamento Europeo decidió el 10 de junio posponer su autorización a la Comisión Europea para avanzar en las negociaciones con Estados Unidos encaminadas a concluir el acuerdo de libre comercio (TTIP por sus siglas en inglés, *Transatlantic Trade and Investment Partnership*) entre los dos principales bloques comerciales del mundo.

“En vista de que se han recibido más de 200 enmiendas a las recomendaciones sobre el TTIP se ha decidido que la votación que se iba a celebrar hoy ya no se va a realizar”, explicó el Parlamento mediante un comunicado. La división de los eurodiputados la personifican, por un lado, los populares, liberales y reformistas que apoyan sin fisuras el acuerdo y, por otro, los grupos más a la izquierda como los verdes o la izquierda europea que rechazan el tratado. De esta forma, la llave para continuar la negociación está en manos de los socialdemócratas que se muestran divididos al respecto, lo que ha llevado al Parlamento Europeo a posponer la votación.

A finales de Mayo la comisión de Comercio Internacional de la Eurocámara sí había aprobado esta autorización, aunque la comisaria de Comercio, Cecilia Malmström se mostró pesimista sobre la posibilidad de cerrar el acuerdo antes de finalizar 2015.

Los eurodiputados habían establecido algunas “líneas rojas” como la protección de los servicios públicos europeos, el respeto a los estándares medioambientales, la transparencia en las negociaciones, una mayor participación de la sociedad civil en el proceso y el rechazo al Tribunal de arbitraje en los términos en que lo planteaba Washington.

Fuentes del Parlamento ya destacaron entonces el “esfuerzo” de la comisaria Malmström por hacer más transparentes las negociaciones y, también, la “positiva” modificación del Tribunal que la política sueca ha planteado.

La principal polémica que, en efecto, ha generado el Tratado de Libre Comercio es la creación de dicho Tribunal de arbitraje, ante la posibilidad de que las multinacionales pudieran recurrir y revocar leyes estatales justificándose en la protección de sus inversiones, circunstancia que ha sido interpretada como una pérdida de soberanía de los Estados a favor de las grandes corporaciones americanas.

Ante dicha polémica, la propuesta de la Comisión en relación a esta corte ha experimentado dos modificaciones importantes. Por una parte, se

plantea que los miembros del Tribunal deberán ser personas libres de conflictos de interés y con cualificación jurídica en sus países. Se trataría de evitar que las mismas personas actúen como jueces en un arbitraje y como abogados en otros, o que, tras mediar en un conflicto acaben posteriormente en el consejo de administración o a sueldo de la empresa sobre la que tomaron una decisión. Y la segunda novedad es la posibilidad de establecer un tribunal de apelación permanente con capacidad de confirmar o revocar el resultado del arbitraje.

Otro punto que ha desatado las críticas al Tratado es la eventual importación de carne hormonada o de transgénicos de EE UU en países europeos donde no están autorizados. En este tema, la Comisión Europea ya ha anunciado su intención de aprobar en un futuro próximo un proyecto legislativo sobre comercialización de productos transgénicos que permitirá a cualquier socio europeo vetar su entrada aunque estén autorizados en el resto del continente. Y aunque el objetivo inicial de las conversaciones era la supresión de todos los aranceles aduaneros, las dos partes ya tienen encima de la mesa una extensa lista de “productos agrícolas e industriales calificados como sensibles”, que quedarían o bien excluidos de la liberalización o sujetos a periodos transitorios más largos.

Por otra parte, desde muchos colectivos sociales se ha insistido en la idea de la fuerte desregulación del mercado laboral estadounidense (sin salario mínimo ni derecho a la huelga) y su posible traslación al mercado europeo. Recalcan estas fuentes que Estados Unidos solo han refrendado dos de los ocho convenios de la Organización Internacional del Trabajo (los contrarios a la esclavitud o al trabajo esclavo). No lo ha hecho todavía en lo referente a la negociación colectiva ni al derecho de organización y asociación.

Para el ejecutivo español este acuerdo de libre comercio con la primera economía mundial tiene “carácter estratégico”, teniendo en cuenta que Estados Unidos es el sexto cliente mundial de las exportaciones españolas y es también el primer socio comercial de España fuera de la UE, con un flujo total de intercambios de bienes y servicios de 20.913 millones de euros en el último ejercicio.

Por lo que respecta a las inversiones, España se ha convertido en el noveno país con mayor volumen de inversión en Estados Unidos, en donde ya están presentes más de 700 compañías españolas que dan empleo a 70.000 personas. Por su parte, este país es el segundo inversor extranjero en nuestro país, con un stock acumulado cercano a los 40.000 millones de euros y en 2014 ocupó el primer lugar en inversiones productivas con 3.516 millones de euros, lo que supuso el 19,9 por ciento de la inversión bruta total.

Los informes de la Administración comercial española destacan como sectores económicos potencialmente más beneficiados por el TTIP al automóvil, la aeronáutica, la energía y la agroalimentación.

4. *Competencia-ayudas públicas: investigación sobre las ayudas a las compañías eléctricas de once países y al sector bancario de cuatro países*

La Comisión Europea anunció a finales de Abril su intención de investigar las ayudas públicas concedidas a las compañías eléctricas en España y en otros 10 países, para garantizar que no se haya favorecido a determinados productores energéticos ni se hayan establecido barreras que obstaculicen el flujo entre Estados europeos.

Estas ayudas están dirigidas a apoyar las inversiones de las eléctricas destinadas a cubrir los potenciales déficits energéticos futuros y a garantizar, por tanto, la disponibilidad constante de producción eléctrica y evitar apagones. El objetivo es que el suministro satisfaga siempre la demanda y que la UE pueda tener un mercado “interconectado, integrado y seguro”.

Sin embargo, Bruselas pretende averiguar si estos llamados “*mecanismos de capacidad*”, introducidos por gran parte de los gobiernos europeos para apoyar la inversión en las centrales eléctricas no distorsionan la competencia o rompen el mercado único europeo al levantar barreras a competidores externos.

Además de España, el resto de países investigados son Francia, Alemania, Italia, Polonia, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Irlanda, Portugal y Suecia. En todos estos países existen mecanismos de capacidad o planes para ponerlos en marcha.

Y aunque la Comisión reconoce que tales medidas pueden estar justificadas, sus Directrices de 2014 también incluían criterios para evaluar si los mecanismos de capacidad se ajustan a las normas sobre ayudas estatales. Los Estados miembros han de poder demostrar que las medidas son necesarias y deben cerciorarse de que los mecanismos de capacidad no distorsionan la competencia en el mercado único de la UE, no favoreciendo, por ejemplo, a determinados productores o tipos de tecnología ni poniendo obstáculos que impidan el flujo de electricidad entre países de la UE.

“Los gobiernos tienen un interés legítimo de garantizar que haya un suministro suficiente de electricidad y que los hogares y la industria no sufran apagones”, señaló la comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, pero también dejó claro que su papel es garantizar que “las medidas públicas para impulsar las inversiones en el suministro de electricidad no favorezcan indebidamente a determinados productores o tecnologías, o creen trabas al comercio a través de las fronteras nacionales”.

Se trata de la primera investigación sectorial que el ejecutivo comunitario lanza en materia de ayudas públicas y aunque inicialmente se centrará en 11 Estados miembros, fuentes de la institución señalaron que se reserva el derecho de ampliarla a otros países.

Otro sector investigado por las ayudas públicas recibidas es el bancario. A comienzos de Abril, la Comisión Europea decidía iniciar una investigación preliminar para determinar si las garantías que ha concedido España a los activos fiscales diferidos de la banca con el fin de que computen como capital de máxima calidad constituyen ayudas públicas ilegales. La petición de información de Bruselas, que inicialmente no es una investigación formal, afecta además a Grecia, Italia y Portugal, que también utilizan este tipo de incentivos fiscales.

Los activos fiscales diferidos (DTA, por sus siglas en inglés) consisten en apuntar como un activo en el balance del banco los futuros ahorros en impuestos por tener pérdidas, aunque este ahorro sólo puede materializarse cuando la entidad vuelva a obtener beneficios.

Las normativas europea e internacional establecen que estos activos deben deducirse del capital de máxima calidad de los bancos, de manera que para evitar esta deducción los DTA deberían estar garantizados. Y fueron estas garantías las que, en efecto, aprobó el gobierno de Rajoy a través de un decreto. Aunque el ejecutivo cifró estas garantías en 30.000 millones, la cifra real superó los 40.000 millones, según los datos publicados por los propios bancos.

“Necesitamos estudiar cómo funcionan estas medidas fiscales en cada Estado y decidir si se consideran ayudas públicas o no”, explicaba un portavoz del ejecutivo comunitario.

Aunque otros países como Alemania o Francia han utilizado los DTA en el pasado, la Comisión resaltaba en Abril que son los cuatro países del sur de la UE “los únicos” que los siguen utilizando como beneficio fiscal.

La supresión del aval público obligaría a los bancos a sustituir, en el cómputo del capital de máxima calidad, los avales públicos por otros recursos, es decir, les obligaría a cumplir los ratios de solvencia con capital precedente del mercado.

La banca española, por su parte, manifestó que ese cambio debía supeditarse a la supresión de otras excepciones similares de las que se beneficia el resto del sector europeo. El Banco Central Europeo estima que, de hecho, gracias a esas excepciones, la banca europea (incluida la española), sumó 126.200 millones de euros en capital de máxima calidad, mejorando su ratio de solvencia en más de un punto.

5. Competencia-abuso de posición de dominio: acusaciones a Google y Gazprom

En Abril, la Comisión Europea hizo pública su acusación a Google de abuso de posición dominante por favorecer sus productos en las búsquedas

en internet; y anunciaba también el inicio oficial de otra investigación anti-monopolio contra su sistema operativo para móviles, Android.

La comisaria de competencia, Margrethe Vestager, señalaba durante la presentación de los cargos contra el gigante norteamericano que, tras cinco años de investigación preliminar, la acusación se había centrado en un aspecto muy concreto como es la discriminación que Google realiza en las búsquedas de su servicio de comparación de precios. El buscador, señalaba la comisaria, coloca sistemáticamente en los primeros puestos sus propios servicios especializados de comparaciones de precios independientemente del tipo de búsqueda, “algo que no parece reflejar sus méritos”, alegaba Vestager.

En esta primera etapa del procedimiento, la firma tecnológica tendrá derecho a defenderse y la Comisión podrá reconsiderar su postura, pero en el caso de que Bruselas confirme su acusación, podría imponer una sanción equivalente al 10% de su facturación anual, es decir, unos 6.200 millones de euros, y la obligación de que Google realice cambios estructurales en su buscador para poner fin al abuso de su dominio.

Se trata, en efecto, de una pieza separada puesto que Bruselas también anunciaba la apertura de una investigación para determinar si Google vulnera la competencia en el mercado comunitario al llegar a acuerdos con los fabricantes de móviles para que utilicen su sistema operativo Android que incluye un buen número de aplicaciones y servicios de Google. Y también analizará si la compañía americana ha impedido que estos fabricantes de móviles inteligentes y tabletas desarrollen y comercialicen versiones modificadas y potencialmente rivales de Android.

Independientemente de estos dos casos, la Comisión señaló que “sigue investigando activamente” otras tres objeciones que plantea a Google, como son la copia de contenidos de webs rivales, la exigencia de exclusividad con los editores al obligarles a mostrar los anuncios de Google en las búsquedas y las restricciones que la compañía impone para que los anunciantes puedan trasladar sus campañas a otras plataformas.

También en Abril la Comisión Europea anunciaba que había notificado al gigante ruso del gas Gazprom sus acusaciones por presunto abuso de posición dominante en el mercado del suministro y la distribución de gas en Europa central y oriental.

Según el ejecutivo comunitario, Gazprom habría compartimentado el mercado del gas en esa región “reduciendo la capacidad de reventa transfronteriza de sus clientes”, lo que le permitiría “facturar precios no equitativos en algunos Estados miembros de la UE”. La Comisión también sospecha que la posición dominante de Gazprom le habría permitido “subordinar el suministro de gas a la obtención de compromisos distintos de parte de los mayoristas” en las infraestructuras que transportan el gas.

“El gas es un bien esencial para nuestra vida cotidiana”, declaraba la comisaria de Competencia, Margrethe Vestage. “

La Comisión había iniciado una investigación preliminar contra Gazprom en agosto de 2012 y retuvo estos cargos sobre las presuntas prácticas anticompetitivas de la empresa en los mercados de Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Eslovaquia.

6. *Bruselas recurre la decisión del Tribunal sobre las deducciones fiscales aplicadas por empresas españolas por la adquisición de empresas extranjeras*

Un nuevo capítulo en la batalla judicial sobre las ayudas millonarias concedidas por el gobierno español a grandes multinacionales se inició en Enero cuando la Comisión Europea decidió recurrir la sentencia del Tribunal General de la UE que avaló la norma que permitía a empresas de la talla de Telefónica, Banco Santander, Iberdrola o Abertis aplicar importantes deducciones fiscales por la adquisición de otras compañías en el exterior.

La posición del ejecutivo comunitario contra estas ayudas no es nueva puesto que ya había declarado ilegal esta práctica, y en Octubre de 2014 obligó al gobierno español a recuperar las ayudas a estas grandes corporaciones, aunque un mes después, el Tribunal de Luxemburgo hizo público un fallo contrario a las tesis de Bruselas.

La Comisión consideraba que el régimen fiscal español sobre la adquisición de participaciones en empresas extranjeras, basado en una interpretación administrativa de la norma del Impuesto de Sociedades, no se ajustaba a las normas sobre ayudas estatales de la UE al otorgar unos beneficiarios fiscales de manera selectiva respecto a las empresas que realizan adquisiciones nacionales.

Tras el dictamen de la Comisión, las empresas que se habían beneficiado de la interpretación administrativa se veían obligadas a reembolsar los beneficios fiscales y, aunque ni el gobierno español ni Bruselas habían develado el nombre de las compañías afectadas, sí trascendió que, entre ellas, se encontraban Telefónica, Banco Santander e Iberdrola.

Sin embargo, apenas un mes después, el 7 de Noviembre, el Tribunal comunitario emitía dos resoluciones a los recursos presentados por el Banco Santander y por Autogrill España. Los jueces señalaban en su sentencia que la Comisión no había logrado demostrar que el régimen fuera selectivo y que estaba diseñado para conceder ventajas fiscales exclusivamente a grandes empresas. El Tribunal contradecía, así, el dictamen de la Comisión, una decisión especialmente insólita puesto que muy rara vez sucede que la

Corte comunitaria anula las decisiones del ejecutivo comunitario en el ámbito de las ayudas de Estado.

7. Tribunal de Justicia: nuevo dictamen en contra de la Ley Hipotecaria española

Uno de los Abogados generales del Tribunal de Justicia de la UE, Maciej Szpunar, emitió un dictamen el 13 de Mayo en el que señalaba que el plazo de un mes para recurrir los desahucios en España, tal como establece la ley hipotecaria de 2013, “no es razonable”. “El plazo de un mes no es adecuado para preparar e interponer un recurso eficaz”, afirmaba el letrado.

Y aunque la opinión del abogado de la corte no es vinculante, sí se considera especialmente significativa de cara a la deliberación que los magistrados europeos debían comenzar a continuación para hacer pública la sentencia definitiva en los meses siguientes.

El principal problema, sin embargo, no parece residir en el plazo de un mes, que en cualquier caso se considera insuficiente, sino en el hecho de que la legislación española equipara la publicación de la ley en el BOE a una notificación de carácter procesal.

La directiva de la UE sobre cláusulas abusivas “se opone a una disposición nacional como la española” porque, según Szpunar “lo que plantea problemas es precisamente el hecho de que el plazo comience a correr a partir del día siguiente al de la publicación del texto legal en el BOE, sin haber sido notificado a las partes demandadas en los procedimientos de ejecución”. En este plazo sin que exista notificación, las familias desahuciadas ven dificultado “en exceso” el ejercicio de sus derechos como consumidores.

La decisión de Mayo se suma a la media decena de sentencias negativas que el Tribunal de Justicia acumula ya contra la legislación hipotecaria española. La Comisión Europea está negociando con las autoridades españolas la introducción de nuevos cambios en la norma y no descarta interponer un procedimiento de infracción.

8. Competencia: autorización de compra de Jazztel por parte de Orange

La Comisión Europea autorizó en Mayo la compra de la operadora española de telecomunicaciones Jazztel por parte de la francesa Orange, aunque con condiciones para “garantizar una competencia efectiva” en el mercado español de acceso fijo a internet. La operación, valorada en 3.400 millones de euros, fusionará al tercer y cuarto proveedor de servicios de telecomunicaciones fijas en España.

“Algo muy importante antes de aprobar la absorción de Jazztel por parte de Orange era asegurarse de que los consumidores españoles no tendrían que soportar precios más elevados por el acceso fijo a internet”, señaló la comisaria europea a cargo de políticas de competencia, Margrethe Vestager.

Tras un análisis previo de la operación, la Comisión concluía que la reducción de cuatro a tres operadores en el mercado español (la nueva surgida de la absorción, Movistar y Vodafone) hubiese desalentado la aparición de nuevos proveedores de servicios por “las elevadas inversiones necesarias para introducirse en el mercado minorista” de servicios de acceso a internet fijo; fue por ello que Orange hizo una serie de propuestas que fueron aceptadas por Bruselas para autorizar la operación.

En primer lugar, se comprometió a vender una red de fibra óptica que alcanza de 700.000 a 800.000 unidades “Esta red de alta velocidad abarca trece municipios urbanos situados en cinco de las mayores ciudades españolas: Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla y Málaga”, indicaba la Comisión.

Orange propuso asimismo que el comprador de la red de fibra óptica tenga acceso mayorista a la red de ADSL de Jazztel durante un periodo de hasta ocho años para un número ilimitado de abonados y planteó su compromiso de permitir al comprador competir inmediatamente en el 78% del territorio español.

El tercer compromiso planteado por la empresa francesa es que si el comprador no dispone de acceso a una red de telecomunicaciones móviles, incluidos los servicios de 4G, Orange deberá facilitar al comprador acceso mayorista a tales servicios móviles en condiciones competitivas y, en cualquier caso, en condiciones tan favorables como las que Orange ya otorga a Jazztel.

“Las medidas correctivas tomadas en su conjunto garantizan que un cuarto proveedor de ámbito nacional pueda introducirse en el mercado español y competir eficazmente”, concluía la Comisión en su comunicado.

9. *Inmigración: plan de acogida a solicitantes de asilo*

La Comisión Europea anunció el pasado 27 de Mayo un plan para acoger en los países miembros a 40.000 solicitantes de asilo sirios y eritreos llegados a Grecia e Italia en los últimos meses.

A España le correspondería acoger a 4.288 personas en dos años, es decir, el 10,72%, mientras que Reino Unido, Irlanda y Dinamarca quedarían exentos de ningún compromiso por las disposiciones específicas que, en esta materia, prevén los Tratados comunitarios.

Aunque el ejecutivo comunitario prefiera no hablar de “cuotas”, el reparto propuesto ha desatado una encendida polémica entre los Estados, en particular por la oposición de países como Francia, España, Polonia, las repúblicas bálticas y Hungría, que discrepan de los criterios seguidos para calcular la recepción de asilados en los Estados europeos (un 40% dependiendo del PIB, un 40% del número de habitantes, un 10% del desempleo y un 10% de los esfuerzos anteriores en la acogida de inmigrantes).

Madrid ya ha reiterado su desacuerdo con el este sistema de reparto puesto que considera que la tasa de paro tendría que tener un peso mayor, y por tanto España debería acoger un número menor de demandantes de asilo.

La decisión final, que en todo caso deberá ser adoptada por los Estados miembros mediante el sistema de mayoría cualificada, se articulará por el llamado “mecanismo de emergencia” que prevé el Tratado de funcionamiento de la UE en su artículo 78.3 sobre situaciones en las que “uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países”.

Junto con este Plan, Bruselas también planteaba que los Veintiocho acepten voluntariamente a otras 20.000 personas en situación de emergencia en todo el mundo (y en especial África y Oriente Medio) que demandan asilo en Europa. En este caso, a España le correspondería la acogida de 1.549 personas.

Cuadernos Europeos de Deusto



Bizkaiko Foru
Aldundia
Diputación
Foral de Bizkaia



Deusto

Publicaciones
Universidad de Deusto



Lifelong
Learning
Programme

Centro de Excelencia Jean Monnet en Derecho de
la Unión Europea y Relaciones Internacionales