

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 65/2021

DOI: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021>

Cuadernos Europeos de Deusto está incluida en:
Deusto Journal of European Studies is included in:



Scopus[®]

SJR

latindex

Dialnet *plus*

DOAJ DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS

EBSCO *host*

ÍnDICES
CSIC

Google
Académico

OCLC
WorldCat[®]

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 Acción Exterior de la Diputación Foral de Bizkaia, que ha hecho posible la publicación del presente número.

Organización editorial:

Dirección:

Beatriz Pérez de las Heras (Universidad de Deusto, España)

Dirección-Adjunta:

M.ª Luz Suárez Castiñeira (Universidad de Deusto, España)

Consejo de Redacción:

Francisco Aldecoa Luzárraga (Universidad Complutense de Madrid, España)

Alberto Alemanno (HEC Paris, Francia)

Cristina Arenas Alegría (Universidad de Deusto, España)

Steffen Bay Rasmussen (Universidad de Deusto, España)

Javier Bilbao Ubillos (Universidad del País Vasco, España)

Karolina Boronska-Hryniewiecka (Wroclaw University, Polonia)

Marta Casado Abarquero (Universidad de Deusto, España)

David Fernández Rojo (Universidad de Deusto, España)

Pablo Antonio Fernández Sánchez (Universidad de Sevilla, España)

Igor Filibi López (Universidad del País Vasco, España)

Peter Gjortler (Riga University, Letonia)

Inmaculada Herbosa Martínez (Universidad de Deusto, España)

Javier Larena Beldarrain (Universidad de Deusto, España)

Ainhoa Lasa López (Universidad del País Vasco, España)

Enrique Linde Paniagua (UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Nerea Magallón Elosegui (Universidad del País Vasco, España)

Francesco Ricci (Universidad LUM Jean Monnet de Casamassima, Italia)

Mariola Urrea Corres (Universidad de la Rioja, España)

Consejo Asesor:

Joana Abrisketa Uriarte (Universidad de Deusto, España)

Cristina Churruca Muguruza (Universidad de Deusto, España)

Juan Luis Crucelegui (UNCTAD, Suiza)

Augustin Fuerea (Nicolae Titulescu University of Bucharest, Rumanía)

Beatriz Iñarritu Ibarreche (Universidad de Deusto, España)

María Nagore Casas (Universidad de Deusto, España)

José Palacio González (Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo)

Secretaría Técnica:

Noemí Angulo Garzaro

Administración y Secretaría:

estudios.europeos@deusto.es

La versión digital de Cuadernos Europeos de Deusto se encuentra en régimen de «Open Access» desde 2017.

La edición impresa pueda solicitarse a través de la plataforma de la revista: <http://ced.revistas.deusto.es/>

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.

Indexada en ESCI (desde 2019), SCOPUS (desde 2017),

y en las bases de datos ISOC y EBSCO.

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

ISSN-e: 2445-3587

Depósito legal: BI - 620-91

Deusto Journal of European Studies is a university journal focused in the study of the European Union from an interdisciplinary perspective. It mainly seeks to disseminate knowledge about the different aspects (historical, political, legal, economic, social, cultural issues, etc.) of the European construction process, as well as to encourage reflection and critical assessment of the main factors that determine its evolution and transformation.

Deusto Journal of European Studies is very grateful to Diputación Foral de Bizkaia (regional government of Biscay) for its sponsorship and financial support which has made possible the edition of this issue.

Deusto Journal of European Studies is indexed in ESCI (since 2019) and SCOPUS (since 2017). It is also included in LATINDEX Catalogue, as well as in ISOC and EBSCO.

Editorial Team

Editor-in-Chief

Beatriz Pérez de las Heras, University of Deusto, Spain

Deputy Editor-in-Chief

M.ª Luz Suárez Castiñeira, University of Deusto, Spain

Editorial Board

Francisco Aldecoa Luzárraga, Complutense University of Madrid, Spain

Alberto Alemanno, HEC Paris, France

Cristina Arenas Alegría, University of Deusto, Spain

Steffen Bay Rasmussen, University of Deusto, Spain

Javier Bilbao Ubbillos, University of the Basque Country, Spain

Karolina Boronska-Hryniewiecka, Wrocław University, Poland

Marta Casado Abarquero, University of Deusto, Spain

David Fernández Rojo, University of Deusto, Spain

Pablo Antonio Fernández Sánchez, University of Seville, Spain

Igor Filibi López, University of the Basque Country, Spain

Peter Gjortler, Riga University, Latvia

Inmaculada Herbosa Martínez, University of Deusto, Spain

Javier Larena Beldarrain, University of Deusto, Spain

Ainhoa Lasa López, University of the Basque Country, Spain

Enrique Linde Paniagua, National Distance Education University (UNED), Spain

Nerea Magallón Elosegui, University of the Basque Country, Spain

Francesco Ricci, LUM University Jean Monnet of Casamassima, Italy

Mariola Urrea Corres, University of La Rioja (UR), Spain

Advisory Board

Joana Abrisketa Uriarte, University of Deusto, Spain

Juan Luis Crucelegui, UNCTAD, Switzerland

Augustin Fuerea, Nicolae Titulescu University of Bucharest, Romania

Beatriz Iñarritu Ibarreche, University of Deusto, Spain

María Nagore Casas, University of Deusto, Spain

José Palacio González, Court of Justice of the European Union (CJEU), Luxembourg

Technical Secretary

Noemí Angulo Garzaro

Contact:

Email: estudios.europeos@deusto.es

Access and Copyright

Print version: Print copies of any issue of the Journal are sold on demand.

Digital version (online): Unrestricted access to the digital content of any Issue of this Journal is free upon its publication. The content can freely be downloaded, copied and distributed only for non-commercial purposes. More details are available at <http://ced.revistas.deusto.es>

ISSN (Print) 1130-8354

ISSN (Online) 2445-3587

URL <http://ced.revistas.deusto.es>

Printed in Spain

Legal deposit: 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 la primera página se incluirá el título del artículo, en castellano y en inglés, nombre del autor, filiación académica, dirección de correo electrónico.

—La segunda página recogerá un sumario, un resumen en castellano y un *abstract* en inglés, de 200 palabras máximo cada uno, 3-5 palabras clave en castellano y en inglés.

—Extensión máxima: 25 páginas, tamaño Dina 4.

—Párrafos: interlineado 1,15, justificado y primera línea sangrada con tabulador.

—Tipo y tamaño 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...

Manual de estilo Chicago-Deusto

Para la incorporación de citas y referencias bibliográficas, los autores seguirán el sistema denominado «notas y bibliografía» del Manual de estilo Chicago-Deusto, <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>

La versión en inglés del Manual está disponible en http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

Notas y bibliografía: ejemplos

—Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada.

—En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

1. Libro

Un autor

—Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

—Duch, *Mito...*, 15.

—Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

—Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

Dos autores

—Orfelio G. León e Ignacio Montero, *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación* (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993).

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

Tres autores

—Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*

Borrego Nieto, Julio, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.

Cuatro o más autores

En la nota se cita solo el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

—Natalia Ojeda *et al.*, *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

—Ojeda *et al.*, *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

—Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

—Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

Editor, traductor o compilador además de autor

—Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

18 Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

Capítulo u otra parte de un libro

—Josefina Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», en *La ciudad del futuro*, ed. por Antonio Bonet Correa (Madrid: Instituto de España, 2009), 177-217.

19 Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», 180.

Gómez Mendoza, Josefina. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España, 2009.

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

—James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

—Rieger, introducción, XXXIII.

Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado.

En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

—Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

—Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

Libro consultado en línea

- Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrezordonez>.
- Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.
- Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.
- Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

2. Artículo de revista

2.1. Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la bibliografía, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

- María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.
- Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», 115.

Hernández Guerrero, María José. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1 (2011): 101-118.

2.2. Artículo en una revista en línea

- Ángeles Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española», *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.
- Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional», 475.

Feliu Albadalejo, Ángeles. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...») en lugar de en una nota y, normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo:

- Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote», *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.
- Stolberg y Pear, «Wary Centrists...».

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

4. Reseña del libro

- David Kamp, «Deconstructing Dinner», reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.
- Kamp, «Deconstructing Dinner».

Kamp, David. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

5. Tesis o tesina

- Francisco José Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro» (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145, <http://hdl.handle.net/10201/17600>.
- Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo», 130-132.

Hernández Rubio, Francisco José. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

- Silvia Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo» (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).
- Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción».

Rodríguez Vázquez, Silvia. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...») o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

—«McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts», McDonald's Corporation, acceso el 19 de julio de 2008, <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

McDonald's Corporation. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio de 2008. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») en lugar de en una nota y, generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir *seud.* después del nombre aparentemente ficticio.

—José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, «Hacer los deberes», *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacerlos-deberes/#comments>.

Blog de Lengua española. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía:

—Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

—Mike Milanovic (director ejecutivo de Cambridge ESOL), en conversación con el autor, septiembre de 2011.

En lo que se refiere a las entrevistas, sea cual sea su forma, la cita normalmente comienza por el nombre de la persona entrevistada. El entrevistador, en caso de mencionarse, figura en segundo lugar:

—Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

—Spock, entrevista.

10. Obra registrada en bases de datos

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos:

Choi, Mihwa. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

En los documentos legales y públicos, las menciones a la documentación se hacen generalmente en el cuerpo del texto. En otras materias, especialmente académicas, que usan como fuente documental textos legales y públicos, se mencionan tanto en el cuerpo del texto como en nota.

—Asunto C-38/14, Mr. Jones versus Secretariat of State, Judgment of the Court of 23 June 2015, ECLI:EU:C:2015:222.

Norma jurídica

- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (BOJA núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).
- Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (BOE núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).
- Reglamento (UE) n.º 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores (DOUE L 241 de 27 de mayo de 2011).

Proceso de evaluación y publicación. Los trabajos dirigidos a las secciones de Estudios y Otros 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.

Política antiplagio

Cuadernos Europeos de Deusto (CED) mantiene una política antiplagio que vela para que todos los trabajos publicados sean inéditos, garantizando así la originalidad de todos los manuscritos. Como principal herramienta antiplagio, CED se sirve del sistema Turnitin para avalar la publicación de contribuciones científicas novedosas y de impacto.

Derechos de autor

El autor cede a la Universidad de Deusto los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción del trabajo que somete a publicación en *Cuadernos Europeos de Deusto* (CED) en cualquier tipo de soporte, incluida la cesión para su inclusión en las bases de datos en las que esta revista está indexada y en el repositorio institucional de la Universidad de Deusto.

El acceso al contenido digital de cualquier número de *Cuadernos Europeos de Deusto* es gratuito, en régimen de *open access*. Los trabajos podrán leerse, descargarse, copiar y difundir, sin fines comerciales y según lo previsto por la ley inmediatamente después de la publicación de cada número.

Asimismo, los trabajos editados en *Cuadernos Europeos de Deusto* pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en CED, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

Aviso legal

Es responsabilidad exclusiva de los autores el contenido de sus respectivos trabajos publicados en esta Revista. 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.

Más información: <http://ced.revistas.deusto.es>

Cuadernos Europeos de Deusto

No. 65/2021

DOI: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021>

Sumario / Contents

Presentación / Introduction

Beatriz PÉREZ DE LAS HERAS 17

Estudios

Agnes KASPER y Vlad VERGYNORA, The EU's cybersecurity: a strategy narrative of a cyber power or a confusing policy for a local common market? 29

Nuno ALBUQUERQUE MATOS, Judicialization of Economic and Monetary Union: between a rock and a soft place? 73

Javier LION BUSTILLO, La Unión Europea, el Líbano y los refugiados sirios 107

Joaquín SARRIÓN ESTEVE, Apuntes sobre la autoridad de la *res iudicata* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 133

Miguel Ángel ACOSTA SÁNCHEZ, La Asociación Internacional de Gendarmerías y Fuerzas Policiales con Estatuto Militar (FIEP): ¿un instrumento a disposición de la gestión integrada de fronteras europeas? 161

Jurisprudencia

David ORDÓÑEZ SOLÍS, Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 193

Crónica

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

229

Presentación

Introduction

Introduction

Beatriz Pérez de las Heras

Editor-in-Chief of *Deusto Journal of European Studies*

beatriz.perez@deusto.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021pp19-21>

Abstract: The conclusion of the trade agreement with United Kingdom, the post-Covid 19 recovery plans, the vaccination process and the launch of the Conference on the Future of Europe are some of the relevant events that have determined the first months of 2021 in the European Union (EU). In this evolving and changing context in which uncertainty is opening way to hope, the EU continues to face major challenges that are not new and will persist in the post-Covid era, among them climate change, external border management, immigration and threats to international security.

Keywords: Cybersecurity, economic and monetary union, Syrian refugees, *res iudicata*, integrated external borders management.

The onset of 2021 in the EU has been marked by the beginning of a new relationship with the United Kingdom as a third country, the initiation of a mass vaccination campaign in Europe and the development of post-Covid 19 recovery plans. Immersed in this whirlpool of difficulties, challenges and ambitions, the EU is committed to looking to the future by undertaking a thorough revision of the Treaties that would allow consolidating the European construction process in the coming decades. This dynamic of self-assessment and foresight has already begun with the establishment of the Conference on the Future of Europe on 9 May 2021.

In this context of crossroad, this issue 65/2021 of *Deusto Journal of European Studies* includes five contributions about some of the issues and challenges that the EU will continue to face in the coming years.

Agnes Kasper, Senior Lecturer of Law and Technology in Tallinn University of Technology (Estonia), and **Vlad Vernygora**, Lecturer in International Relations at Tallinn University of Technology and PhD in Social Sciences at the University of Lapland (Finland), address the issue of cybersecurity. With the title “The EU’s cybersecurity: a strategy narrative of a cyber power or a confusing policy for a local common market?”, the study highlights how in the last decade the EU has been developing a strategic narrative to address the cyber threat to security. Given this

narrative and the EU's participation in bilateral and multilateral fora addressing this challenge, the article argues that the EU could transform itself into a global cybersecurity power.

Nuno Albuquerque Matos, PhD candidate at the Global School of Law of Portuguese Catholic University (Lisbon), places his analysis in the context of the Economic and Monetary Union. Under the title “Judicialization of Economic and Monetary Union: between a rock and a soft place?”, the author specifically highlights the role played by the European Central Bank (ECB), in recent years of strong economic recession, through various stimulus plans, such as the Outright Monetary Transactions and Public Sector Purchase Programs. Both initiatives were contested by the German Constitutional Court with the argument that they exceeded the ECB's powers expressly attributed by the Treaty on the Functioning of the EU. Asked for a preliminary ruling, the Court of Justice of the EU endorsed the measures decided by the ECB. However, the author concludes, this degree of judicialization of the ECB's activities shows the need to advance in economic integration by transferring adequate powers on economic policy to the EU.

Javier Lión Bustillo, Lecturer at the Department of Political History, Theories and Geography in Complutense University of Madrid, analyses the EU's policy towards Syrian refugees in the context of its relations with Lebanon. Under the title “La Unión Europea, Líbano y los refugiados sirios”, the author highlights the contradiction between the objectives of the Common Foreign and Security Policy (CFSP), which pursues the political and social stability in Lebanon by promoting democracy, human rights and good governance, and those of the Area of Freedom, Security and Justice (FSJA), which seeks to ensure that Syrian refugees remain in neighbouring countries and prevent their resettlement in EU Member States. However, the growing presence of Syrian refugees in Lebanon has contributed precisely to increasing tensions in a country already hit by political instability and widespread poverty. This situation shows, according to the author, the need to establish a coherent link between the objectives of the CFSP and the FSJA.

Joaquín Sarrión Esteve, *Ramón y Cajal* Researcher at the UNED, reviews the Court of Justice of the EU (CJEU)'s case law about the principle of *res judicata* force in relation to the EU law primacy and internal effectiveness. Under the title “Apuntes sobre la autoridad de la *res iudicata* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, the author highlights the possible incompatibility that national jurisdictions' firm decisions may arise with respect to EU law that enjoys absolute primacy in areas of EU power. Against this background, the author analyses some relevant judgments of the CJEU in this regard. He concludes that, in general,

the force of *res judicata* limits the possibility of reviewing final judicial decisions, although the CJEU's case law has showed a casuistic approach up to now, according to the circumstances. In this sense, the CJEU does not totally rule it out, as is the case of an area of EU exclusive competence.

Miguel Ángel Acosta Sánchez, Associate Professor of Public International Law and International Relations at the University of Cadiz offers an analysis of the International Association of Gendarmeries and Police Forces with Military Status (FIEP) as a singular case of cooperation between EU Member States and third countries in the control of irregular immigration and international crime. Under the title “The International Association of Gendarmeries and Police Forces with Military Status (FIEP): an instrument available for integrated European borders management?”, the author analyses the FIEP as a new framework for border control towards irregular immigration. Unlike other cooperation structures, such as the European Gendarmerie Force (Eurogendfor) or the European Border and Coast Guard Agency (Frontex), the FIEP includes police forces from third countries as full members, mainly from the southern shore of the Mediterranean. The study also assesses the compatibility of the FIEP with other police structures, as well as its potential contribution to the development of an integrated management of the EU's external borders.

About the autor

Beatriz Pérez de las Heras is Professor of European Union Law and Jean Monnet Chair on European Integration at the University of Deusto (UD). PhD in Law (UD), she accomplished post-graduate studies at the Centre Européen Universitaire de Nancy (France), where she obtained the DESS and DEA en Droit Communautaire. She was Director of the European Studies Institute at UD from 1996 to 2009, and Academic Coordinator of the Jean Monnet Centre of Excellence on European Union Law and International Relations from 2013 to 2016. She also served as Vice-Dean for Research and International Relations at Deusto Faculty of Law from 2013 to 2015. She has been a visiting scholar at the Universities of Oregon (2009), Georgetown (2012), Fordham (2013), Boston College (2014) and Florida International University (2016). She is currently Editor-in-Chief of *Deusto Journal of European Studies* and Main Researcher of the “Integración Europea y Derecho Patrimonial” research team. She is author of various books and articles on European legal issues. As of September 2019, she is the Coordinator of the Jean Monnet Project “European Union-Asia Pacific Dialogue: promoting European Integration and mutual Knowledge across Continents” (EUNAP).

Presentación

Beatriz Pérez de las Heras
Directora de *Cuadernos Europeos de Deusto*
beatriz.perez@deusto.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021pp23-26>

Resumen: La conclusión del acuerdo de comercio con el Reino Unido, los planes de recuperación post-Covid 19, el proceso de vacunación y la puesta en marcha de la Conferencia sobre el Futuro de Europa son algunos de los acontecimientos relevantes que han marcado los primeros meses de 2021 en la Unión Europea (UE). En este contexto evolutivo y cambiante, en el que la incertidumbre va abriendo un hueco a la esperanza, la UE sigue afrontando desafíos de gran calado, que no son nuevos y que persistirán en la fase post Covid, entre ellos, el cambio climático, la gestión de las fronteras, la inmigración o las amenazas a la seguridad internacional.

Palabras clave: Ciberseguridad, unión económica y monetaria, refugiados sirios, *res iudicata*, gestión integrada de fronteras exteriores.

El inicio de 2021 en la UE ha estado marcado por el comienzo de un nuevo marco de relación con el Reino Unido como país tercero, el inicio de una campaña de vacunación masiva en Europa y la elaboración de los planes de recuperación post Covid-19.

Inmersa en este remolino de dificultades, retos y ambiciones, la UE apuesta por mirar hacia el futuro y abordar una profunda revisión de los Tratados que permita seguir consolidando el proceso de construcción europea en las próximas décadas. Esta dinámica de autoevaluación y de prospectiva ha comenzado ya con la convocatoria de la Conferencia sobre el Futuro de Europa el 9 de mayo de 2021.

En este contexto de encrucijada, este número 65/2021 de *Cuadernos Europeos de Deusto* incluye cinco contribuciones que inciden en algunos de los temas y desafíos que seguirá afrontando la UE en los próximos años.

Agnes Kasper, Profesora Adjunta de Derecho y Tecnología en la Universidad Tecnológica de Tallín (Estonia), y **Vlad Vernygora**, Profesor de Relaciones Internacionales en la Universidad Tecnológica de Tallín y Doctorando en Ciencias Sociales en la Universidad de Laponia (Finlandia), abordan el tema de la ciberseguridad. Con el título «The EU's cybersecurity: a strategy narrative of a cyber power or a confusing policy for a local

common market?»), el estudio destaca como en la última década la UE ha ido desarrollando una narrativa estratégica para abordar la amenaza cibernética a la seguridad. Teniendo en cuenta esta narrativa y la participación de la UE en los foros bilaterales y multilaterales que abordan este desafío, el artículo sostiene que la UE podría transformarse en una potencia de ciberseguridad global.

Nuno Albuquerque Matos, Doctorando en la *Global School of Law* de la Universidad Católica Portuguesa (Lisboa), sitúa su análisis en el contexto de la Unión Económica y Monetaria. Bajo el título «Judicialization of Economic and Monetary Union: between a rock and a soft place?», el autor destaca, en concreto, el papel jugado por el Banco Central Europeo (BCE) en los últimos años de fuerte recesión económica, con la puesta en marcha de varios planes de estímulo, como los Programas de Transacciones Monetarias Directas y de Compra del Sector Público. Ambas iniciativas fueran cuestionadas por el Tribunal Constitucional Alemán al considerar que superaban el marco de competencias del BCE atribuidas por el Tratado de Funcionamiento de la UE. Consultado en reenvío prejudicial, el Tribunal de Justicia de la UE avaló las medidas decididas por el BCE. No obstante, concluye el autor, este grado de judicialización de las actividades del BCE evidencia la necesidad de avanzar en la integración económica, para lo que es preciso que los Estados miembros transfieran a la UE las oportunas competencias en política económica.

Javier Lión Bustillo, Profesor Ayudante Doctor en el Departamento de Historia, Teorías y Geografía Políticas de la Universidad Complutense de Madrid, analiza la política de la UE de acogida de los refugiados sirios en el contexto de sus relaciones con el Líbano. Bajo el título «La Unión Europea, el Líbano y los refugiados sirios», el autor destaca la contradicción entre, por una parte, los objetivos de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), que persigue la estabilidad política y social del Líbano, promoviendo la democracia, los derechos humanos y la buena gobernanza y, por otra, los del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), que intenta que los refugiados sirios permanezcan en los países vecinos y evitar su reasentamiento en los Estados miembros de la UE. Sin embargo, la presencia cada vez mayor de refugiados sirios en Líbano ha contribuido precisamente a incrementar las tensiones en un país de por sí aquejado por la inestabilidad política y la pobreza generalizada. Esta situación evidencia, según el autor, la necesidad de establecer un nexo coherente entre los objetivos de la PESC y del ELSJ.

Joaquín Sarrión Esteve, Investigador *Ramón y Cajal* en la UNED, revisa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) relativa al principio de cosa juzgada (*res judicata*) con respecto a otro principio del Derecho de la UE, como es el de primacía y efectividad interna. Bajo el tí-

tulo «Apuntes sobre la autoridad de la *res iudicata* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», el autor destaca la posible incompatibilidad con el Derecho de la UE que pueden suscitar las sentencias firmes de las jurisdicciones nacionales, debido a su fuerza de cosa juzgada, en particular en casos de error o mala interpretación. Con estas premisas, el artículo analiza algunos pronunciamientos relevantes del TJUE a este respecto, para concluir que, en términos generales, la autoridad de cosa juzgada limita, en efecto, las posibilidades de revisar las decisiones judiciales firmes, si bien el TJUE ha adoptado hasta el momento una posición casuística, dependiendo de las circunstancias. Por tanto, la instancia judicial europea no descarta la necesidad de dicha revisión en algunos supuestos, como son aquellos que afecten a materias de competencia exclusiva de la UE.

Miguel Ángel Acosta Sánchez, Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Cádiz, ofrece un análisis sobre la Asociación Internacional de Gendarmerías y Fuerzas Policiales con Estatuto Militar (FIEP) como un caso singular de cooperación entre los Estados miembros de la UE y países terceros en el control de la inmigración irregular y el crimen internacional. Bajo el título «La Asociación Internacional de Gendarmerías y Fuerzas Policiales con Estatuto Militar (FIEP): ¿un instrumento a disposición de la gestión integrada de fronteras europeas?», el autor analiza la FIEP como un nuevo marco para el control fronterizo de la inmigración irregular, que a diferencia de otras estructuras de cooperación como la *Fuerza de Gendarmería Europea (Eurogendfor)* o la *Agencia Europea de Guardias de Fronteras y Costas (Frontex)*, incluye como miembros de pleno derecho a fuerzas policiales de países terceros, principalmente de la ribera sur del Mediterráneo. El estudio valora también la compatibilidad de la FIEP con otras estructuras policiales, así como su contribución al desarrollo de una gestión integrada de las fronteras exteriores de la UE.

Sobre la autora

Beatriz Pérez de las Heras es Catedrática de Derecho de la Unión Europea y Titular de la Cátedra Jean Monnet en Integración Europea en la Universidad de Deusto (UD). Doctora en Derecho por la UD, realizó estudios de postgrado en el Centre Européen Universitaire de Nancy, donde obtuvo los diplomas de DESS y DEA en Droit Communautaire. Fue Directora del Instituto de Estudios Europeos de la UD, de 1996 a 2009, así como Coordinadora Académica del Centro de Excelencia Jean Monnet en Derecho de la Unión Europea y Relaciones Internacionales, de 2013 a 2016. Desempeñó, así mismo, el puesto de Vicedecana de Investigación y Rela-

ciones Internacionales en la Facultad de Derecho, de 2013 a 2015. Ha realizado diversas estancias como investigadora visitante en las Universidades americanas de Oregon (2009), Georgetown (2012), Fordham (2013), Boston College (2014) y Florida International University (2016). Desde 2009 dirige la revista *Cuadernos Europeos de Deusto* y es Investigadora Principal del equipo de investigación «Integración Europea y Derecho Patrimonial en un contexto global». Es autora de numerosas publicaciones sobre cuestiones jurídicas europeas. Desde septiembre de 2019 es la Coordinadora del proyecto «Jean Monnet Network European Union-Asia Pacific Dialogue: promoting European Integration and Mutual Knowledge across Continents» (EUNAP).

Estudios

The EU's cybersecurity: a strategic narrative of a cyber power or a confusing policy for a local common market?¹

*Política de ciberseguridad de la Unión Europea (UE):
¿narrativa estratégica propia de una ciber potencia
o discurso ambiguo para el mercado común?*

Agnes Kasper

Tallinn University of Technology, Estonia
agnes.kasper@taltech.ee

Vlad Vernygora

University of Lapland, Finland
vvernygo@ulapland.fi

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021pp29-71>

Recibido el 20 de noviembre de 2020
Aceptado el 18 de mayo de 2021

Summary: I. Introduction.—II. The EU and its actions on cybersecurity. 1. Policy landscape: cyber everywhere. 2. The EU's cybersecurity policy. 3. Cyber power as a measurable phenomenon.—III. Crafting a discussional framework. 1. Communication as a power resource of a non-conventional empire. 2. Strategic narratives: a “salad” made out of soft power, discourses, and practicality.—IV. EU cyber (power) narratives.—V. The EU's external engagement in the field. 1. Global cyber diplomacy of the EU. 2. Asia-Pacific focus of the EU: a cybersecurity context.—VI. Discussion and conclusion.

Abstract: In the last decade, cybersecurity has swiftly turned into a strategic issue and became an important horizontal policy area in the EU, which is treated in this article as one of the four contemporary political empires. These days, the policy arguably encompasses both internal and external aspects, often making it difficult to assess the level of its actual effectiveness as well as outreach. Initially, the EU's introverted vision on the issue drove the policy to focus on cyber resilience and strategic autonomy. Evidently, the EU's strategic narrative that could assist it in leading the process of creating an open, free, stable and secure cyberspace in the digital decade, in the context

¹ This work was carried out with the support of the Erasmus+ programme of the European Union, CASPA Project (Erasmus+ 2020-1-EE01-KA203-077958). The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use that may be made of the information contained therein.

of international security, is emerging. Thus, this contribution is to test the argument that the EU, utilizing an imperial paradigm (consciously or not), is gradually becoming a global steering power in cybersecurity. In this article, firstly, we identify and examine the process of formation of the EU's narratives about (its) cyber power. Secondly, we establish a discussion framework to highlight the methodological relevance of the imperial paradigm, cyber power Europe and Strategic Narrative Theory for a multidisciplinary debate on global geo-strategic redesign, in which the EU takes part. Thirdly, we look into bilateral and multilateral forums and processes that deal with cybersecurity and in which the EU participates, in order to understand more specifically how the EU is projecting its cyber-power narratives internationally and how cybersecurity-associated challenges impact current dynamics in other policy domains in the field of international relations.

Keywords: Cybersecurity, Strategic Narrative Theory, EU Strategic Narratives, Cyber Power Europe, Cyber “Maastricht”, Contemporary Empires.

Resumen: *En la última década, la ciberseguridad se ha convertido en asunto estratégico y del ámbito político horizontal de la UE, Unión que este artículo considera uno de los cuatro imperios políticos contemporáneos. Cabe afirmar que hoy en día la política abarca asuntos internos y externos, lo cual a menudo dificulta estimar su eficacia y alcance con precisión. La introversión de la UE sobre el tema le llevó en un principio a centrarse en la ciber-resiliencia y la autonomía estratégica. Sin embargo, en el contexto de la seguridad internacional, se ha hecho evidente que la UE comienza a desarrollar una narrativa estratégica que podría ayudarle a liderar la creación de un ciberespacio abierto, libre, estable y seguro para la década digital. Por tanto, este escrito examina si la UE, utilizando un paradigma imperial (conscientemente o no), se ha ido constituyendo gradualmente en una potencia de ciberseguridad global. Para comenzar, identificamos y estudiamos el proceso de formación de las narrativas de la UE sobre (su) poder cibernético. En segundo lugar, establecemos un marco de discusión, resaltando la relevancia metodológica que tienen para el debate multidisciplinario sobre el reordenamiento geo-estratégico mundial, en el que participa la UE, el paradigma imperial de la ciber-potencia Europa, y la Teoría de la Narrativa Estratégica. Por último, analizamos los foros y actividades bilaterales y multilaterales que se ocupan de la ciberseguridad y en los que la UE toma parte, con el fin de aclarar la forma en que proyecta sus narrativas como poder cibernético a nivel internacional, y el modo en que los desafíos asociados a la ciberseguridad afectan las dinámicas actuales de otros ámbitos políticos en el campo de las relaciones internacionales.*

Palabras clave: *ciberseguridad, Teoría de la Narrativa Estratégica, narrativas estratégicas de la UE, Ciber-potencia Europa, Ciber “Maastricht”, Imperios contemporáneos.*

I. Introduction

Cybersecurity and communication are processes with inherent potential for yielding power. The European Union (EU) is evidently engaged in doing both, gradually building its cyber powers and issuing both strategic and other messages for the global audience to react to. However, considering the EU's real and perceived leverage in the field of international relations, these processes are not conducted for nothing but, most definitely, for the benefit of steering the entity towards reaching its tactical and strategic goals. In this research, generally, we make an attempt to dot the *i*'s and cross the *t*'s on those messages that the EU formulates about its cyber powers, underlining the entity's non-conventional status in the current international system. For the purposes of the analysis, we focus on the policy statements, official communications (or lack thereof) and also publicly available internal documents of the EU related to dimensions of cyber power in the EU's context. On a more concrete note, this contribution is visualised to complete a "sequel", which was commenced by our previously published research on the EU and its stance on cybersecurity.² We have explored the theoretical foundations of the policy utilizing the toolboxes of neofunctionalism, liberal intergovernmentalism, post-functionalism and the imperial paradigm to construct a "Cyber Maastricht" model, based on the pillars of "Resilience", "Deterrence", and "Defence & International Relations".³

Building on this earlier research, this article considers whether there is a conceptual interlinkage between the EU's evident status of a contemporary political empire⁴ with a global mission, its detectable capabilities of being a cyber power, and the entity's declared as well as strategic plan on leading the process of strengthening international cooperation in cyberspace.⁵ Structurally, this article firstly identifies and

² Agnes Kasper and Vlad A. Vernygora, "Towards a 'Cyber Maastricht': Two Steps Forward, One Step Back," in *The Future of the European Union: Demisting the Debate*, eds. Mark Harwood, Stefano Moncada, and Roderick Pace (Msida: Institute for European Studies, 2020), 186-210.

³ Kasper and Vernygora, 202-205.

⁴ Jan Zielonka, *Europe as Empire. The Nature of the Enlarged European Union* (Oxford: Oxford University Press, 2006); Noel Parker, "Theoretical Introduction: Spaces, Centers, and Margins," in *The Geopolitics of Europe's Identity: Centers, Boundaries, and Margins*, ed. Noel Parker (New York: Palgrave, 2008), 3-23; Magali Gravier, "The Next European Empire?" *European Societies* 4, no.5 (2009), 627-647.

⁵ High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, "Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace" (JOIN (2013) 1 final, Brussels 2013).

examines EU-originated plans and actions on cybersecurity through the prism of the entity's strategic narratives about (its own) cyber powers, which, adopting Klimburg's Integrated Capability Model,⁶ are measurable in principle. There is an assumption here that the EU has at least some abilities to shape the world's cybersecurity landscape, interlinking its activities with the process of constructing its strategic identity, system, and policy narratives, which can also be identified.

Secondly, the discussion highlights the methodological relevance of the Strategic Narrative Theory's postulates⁷ and the theory-associated analytical instrumentarium for a multidisciplinary debate on global geo-strategic redesign. For the EU, such a debate is of immense importance, since the entity, despite being increasingly treated as a contemporary empire, represents a non-conventional member of the United Nations (UN)-based international system. Whatever the latter can be symbolised by, but, arguably, it cannot be symbolised by what Hardt and Negri called "a single logic of rule"⁸ as being *fait accompli*. Such a state of affairs cannot be detected at present, but it can be described as a desirable point of geo-strategic "arrival" for the EU (as well as China, Russia, and the United States).

Thirdly, before discussing the findings and then concluding, this contribution examines bilateral and multilateral *fora* which focus on cybersecurity, and in which the EU directly participates, projecting (even if unintentionally) its cyber-power strategic narratives globally (and, more specifically, to the Asia-Pacific region). The process of strategising the EU's communication with the world on the issue of cybersecurity has already begun, and this contribution is among the first to analytically detect and highlight the emergence of a new multi-faceted strategic narrative within the EU that has to now focus more on leading global engagement and, most probably, providing a unifying functional platform for cooperation on the issue. The EU's identity, system and policy narratives on the three dimensions of (its) cyber power are presented in *Table 2.* in the last chapter.

⁶ Alexander Klimburg, "The Whole of Nation in Cyberpower," *International Engagement on Cyber: Establishing International Norms and Improved Cybersecurity*, a Special issue of *Georgetown Journal of International Affairs* (Georgetown University Press, 2011), 171-179.

⁷ Alister Miskimmon, Ben O'Loughlin, and Laura Roselle, *Strategic Narratives: Communication Power and the New World Order* (New York, London: Routledge, 2013); Laura Roselle, Alister Miskimmon, and Ben O'Loughlin, "Strategic Narrative: A New Means to Understand Soft Power," *Media, War & Conflict* 7, no.1 (2014), 70-84.

⁸ Michael Hardt and Antonio Negri, *Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000), xii.

II. The EU and its actions on cybersecurity

1. Policy landscape: cyber everywhere

The EU has portrayed itself as a “force for good” that promotes respect for personal freedom, human dignity, solidarity, market economics, democracy and the rule of law, although the pre-eminence of its own norms is also implied in its interactions with others.⁹ Continuing the implementation of its ambitious plan on the Digital Single Market, where cybersecurity is an enabling factor, the EU is now engaged in ‘Shaping Europe’s Digital Future’¹⁰ using its economic power, coordinative functions and normative appeals. The strategy boldly emphasises the importance of the external dimension in this context and observes that the EU-originated model has become an inspiration globally and “[m]any countries around the world have aligned their own legislation with the EU’s strong data protection regime”,¹¹ all of which leads to the overt aim of the EU becoming a digital regulatory superpower. However, one may claim that this can only be a possibility if the EU manages to explicitly formulate its conceptual understanding of what strategic autonomy really means for the entity to eventually become a true digital superpower in its own right.

Cybersecurity is a cross-cutting issue in the European Commission’s action plans and it features in the EU’s data¹² and artificial intelligence strategies,¹³ in the new industrial strategy,¹⁴ SME strategy,¹⁵ “A Global Strategy for the European Union’s Foreign and Security Policy”,¹⁶ and in the updated Cyber Defence Policy Framework.¹⁷ While the above illustrates well how a comprehensive multi-dimensional cybersecurity

⁹ Cristian Nițoiu, “The Narrative Construction of the European Union,” *External Relations, Perspectives on European Politics and Society* 14, no.2 (2013), 247 (240-255).

¹⁰ European Commission, “Shaping Europe’s Digital Future” (COM (2020) 67 final, Brussels, 2020c).

¹¹ European Commission, 2020c.

¹² European Commission, “A European Strategy for Data” (COM (2020), 66 final, Brussels, 2020b).

¹³ European Commission, White Paper, “On Artificial Intelligence – A European Approach to Excellence and Trust” (COM (2020), 65 final, Brussels, 2020a).

¹⁴ European Commission, “A New Industrial Strategy for Europe” (COM (2020) 102 final, Brussels, 2020d).

¹⁵ European Commission, “An SME Strategy for a Sustainable and Digital Europe” (COM (2020) 103 final, Brussels, 2020e).

¹⁶ European External Action Service, “Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe. A Global Strategy for the European Union’s Foreign and Security Policy” (Brussels, 2016).

¹⁷ Council, “EU Cyber Defence Policy Framework” (14413/18, Brussels, 2018d).

approach looks, this should not be mistaken for an integrated approach. The EU's 2017 Cybersecurity Strategy¹⁸ makes it clear that the primary responsibility in this policy area rests with individual Member States and that the EU's role is supportive, coordinative and advisory.¹⁹ While this approach, internally, raises problems on its own, the actual challenge is much greater since the EU continues to struggle with issues of strategic autonomy and technological sovereignty in its external relations. However, the new 2020 EU's Cybersecurity Strategy for the Digital Decade²⁰ reflects an ambitious plan on increasing coherence within the policy and with other policy areas, distinctly setting the tone for the EU's engagement with the rest of the world, demonstrating its cyber powers, and defining a non-military, but unyielding approach to cybersecurity.

2. EU's cybersecurity policy

In noticeable details, the cybersecurity policy of the EU began to emerge from the mid-1990s, originally focusing only on specific areas such as telecommunications and personal data protection. Normatively, the EU was also keeping an eye on and following the emergence of the 2001 Council of Europe (CoE) Convention on Cybercrime,²¹ while its competences in areas relating to criminal matters were evolving under the Area of Freedom, Security and Justice that was formally established in 1999.²² The 9/11 terrorist attacks prompted more attention to the security of critical infrastructures, and several EU-level initiatives addressing the security of their underlying information systems and networks testified to the increasing concern about the new challenges technological

¹⁸ European Commission, "Resilience, Deterrence and Defence: Building Strong Cybersecurity for the EU" (JOIN (2017), 450 final, Brussels, 2017).

¹⁹ Agnes Kasper and Holger Mölder, "The EU's Common Security and Defence Policy in Facing New Security Challenges and Its Impact on Cyberdefence," in *The EU in the 21st century. Challenges and Opportunities for the European Integration Process*, eds. David Ramiro Troitiño, Tanel Kerikmäe, Ricardo Martín De la Guardia, and Guillermo Á Pérez Sánchez (Springer, 2020), 291 (271-294).

²⁰ European Commission, "EU Security Union Strategy" (COM (2020) 605 final, Brussels, 2020j).

²¹ Council of Europe, "Convention on Cybercrime" (ETS No. 185, Budapest, 2001).

²² Nataliia Oliievska, David Ramiro Troitiño, and Tanel Kerikmäe, "Internal Security: Terrorism and Criminality Fostering Integration in the EU," in *The EU in the 21st century. Challenges and Opportunities for the European Integration Process*, eds. David Ramiro Troitiño, Tanel Kerikmäe, Ricardo Martín De la Guardia, and Guillermo Á. Pérez Sánchez (Springer, 2020), 86 (85-100).

developments bring. Yet, it took until 2008 when cybersecurity clearly arose as a serious strategic issue.²³

The EU's 2013 Cybersecurity Strategy²⁴ defined the main priority areas and direction for further efforts, and had a strong focus on addressing threats emanating from the economic sphere. However, the document's revised version in 2017 had a palpable political and defence undertone added to the scheme of actions, pointing towards cyber threat vectors as both state and non-state actors: "they are often criminal, motivated by profit, but they can also be political and strategic".²⁵ The intensification of discussions and focus on politically sensitive issues came as no surprise, but rather as a natural process in pursuit of the implementation of the 2013 Strategy. Since that point, the EU had made its first significant steps towards cyber defence cooperation, adopting the first EU cyber defence policy framework in 2014,²⁶ updated in 2018.²⁷ Also, as a result of continued reflections on state-sponsored cyber attacks and other consequential problems, the proposal for the development of joint EU diplomatic responses against coercive cyber operations was tabled in 2016 in the Council of the EU,²⁸ leading to the adoption of the EU Cyber Diplomacy Toolbox in 2017²⁹ and clearly indicating the strong external element in the overall cybersecurity policy of the EU. The 2020 Cybersecurity Strategy for the Digital Decade³⁰ goes even further, addressing political and military threats and devising a more integrated and, in many respects, externally expansive policy, while also aiming to shield the EU from external dependencies and threats. This approach is exhibited in the title of the Strategy's second part: "Thinking global, acting European".³¹ Where resilience-building and focus on the internal market remain dominant, matching

²³ Agnes Kasper, "EU Cybersecurity Governance – Stakeholders and Normative Intentions Towards Integration," in *The Future of the European Union: Demisting the Debate*, eds. Mark Harwood, Stefano Moncada, and Roderick Pace (Msida: Institute for European Studies, 2020), 169-170 (166-185).

²⁴ European Commission, "Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace" (JOIN (2013), 1 final, Brussels, 2013).

²⁵ European Commission, 2017.

²⁶ Council, "EU Cyber Defence Policy Framework" (15585/14, Brussels, 2014).

²⁷ Council, 2018d.

²⁸ Council, "Non-Paper: Developing a Joint EU Diplomatic Response Against Coercive Cyber Operations" (5797/2/16, Brussels, 2016).

²⁹ Council, "Draft Council Conclusions on a Framework for a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities ('Cyber Diplomacy Tool-box') – Adoption" (9916/17, Brussels, 2017).

³⁰ European Commission, 2020j.

³¹ European Commission, 2020j.

the very character of the EU, its initiatives on operational capacity building at the EU level and hands-on international engagement substantially increased both in quantity as well as depth in comparison with the previous strategic document.

The above overview demonstrates the growing concern for economic, socio-political, diplomatic, and military aspects of cybersecurity at the EU level, and that the entity has a comprehensive approach to cybersecurity policy, encompassing areas from electronic communications through electronic signatures and trust services, to the fight against cybercrime and R&D in cyber defence.³² Cybersecurity is a diverse policy area, which falls under the more general digital and global strategy frameworks of the EU, hence presumptively aspires for normative appeals. Intriguingly, the EU understands the context, evidently influencing third countries in how they should design their digital and cyber policies, or, as in the particular case of the “General Data Protection Regulation” (GDPR), simply designing a major policy for the rest of the world to use. Therefore, the question can be raised as to how this policy is supported in terms of narrating the EU's cyber power(s). The EU has consciously defined its contribution to global cybersecurity, and discussions in the Council took place in 2019 about the narrative in preparation to the then upcoming talks in the UN on cyber issues in the context of international security, suggesting the EU to focus on communication efforts to a) prevent conflicts; b) promote cooperation and c) build stability in cyberspace.³³ However, it is evident that there is more analytical depth in both the EU's cyber powers and a range of narrative, associated with these particular powers, than the Council managed to outline it. The following sub-chapter attempts to clarify the picture, in structural terms at least.

3. *Cyber power as a measurable phenomenon*

In order to shape the global cybersecurity landscape, the EU has to be relying on its strengths or powers, while projecting these in the process of cooperation with different non-EU others. The entity's

³² Agnes Kasper and Alexander Antonov, “Towards Conceptualizing EU Cybersecurity Law,” *ZEI Discussion Paper C 253/2019* (Bonn: Center for European Integration Studies, Universität Bonn, 2019), this and following links accessed 30 March 2021 [https://www.zei.uni-bonn.de/dateien/discussion-paper/DP-C253-Kasper_Antonov.pdf].

³³ European External Action Service, “Narrative Paper on an Open, Free, Stable and Secure Cyberspace in the Context of International Security” (9764/1 (2019), rev.1 of 5, Brussels, 2019a).

achievements in the field of political economy —arguably, the most solid foundation for initiating and leading any kind of global change— can hardly be disputed. Jean-Claude Juncker, for example, portrayed the EU as “a trade power” and “the world’s biggest single market” that “has trade agreements with 70 countries around the world, covering 40% of the world’s GDP” and “accounting for a fifth of the world’s economy”.³⁴ Cyber power, however, is different from any other, and its dimensions are more about a tightly interlinked system of already existing capabilities. While several approaches to explaining and, to an extent, measuring the concept of cyber power in general, and the cyber power of Europe³⁵ in particular, are known, this research adopts Klimburg’s Integrated Capability Model, while still recognising the value in other (possible) approaches.

The Model construes cyber power in terms of integrated capabilities – that of government, system and national levels.³⁶ In this view, capabilities refer to abilities, which manifest in some action, and a political entity has cyber power if it has the ability to shape aspects of the global cybersecurity landscape. These actions are visible in and are accompanied by communicative acts, which, when necessary, can also mean cooperative activities (*Table 1*). Characteristically for this contribution’s discussional framework, the dimensions of cyber power outlined in the Model and fully supported by the EU’s global outreach also align with the three types (or levels) of strategic narrative to be touched upon in the following part of this article. When discussing the findings, this analytical point leads us toward establishing an issue-specific schema where the cyber power-associated dimensions are interlinked with the Strategic Narrative Theory’s instrumentarium, having cybersecurity-focused strategic communication as a base.

³⁴ Jean-Claude Juncker, “State of the Union 2018. The Hour of European Sovereignty,” *The European Commission*, 2018, [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-speech_en_0.pdf].

³⁵ Myriam Dunn Cavelty, “Europe’s Cyber-Power,” *European Politics and Society* 19, no.3 (2018), 304-320.

³⁶ Klimburg.

Table 1

European cyber power in the framework of the Integrated Capability Model

Dimension of Power	Ability to	Examples
Integrated government capability	— Deliver joint action	— ENISA/EU Cybersecurity Agency — EC3 (European Cybercrime Centre)
	— Attack and defend in cyberspace	— NIS (Network and Information System) Cooperation Group — 5G cybersecurity toolbox
	— Draft policy positions	— Blueprint for cyber crisis management — Cyber-defence capabilities
	— Share operational resources	— CERT/CSIRT network — Cyber exercises — NIS strategies — Police Directive
		— 4Party MoU (EDA, EC3, EU-CERT, ENISA) — ESDC cyber courses
Integrated system capability	Work through international alliances and partnerships	— Cyber Diplomacy Toolbox
		— Bilateral cyber dialogues and agreements
		— External cyber capacity building
		— Involvement of the EU in international <i>fora</i>
		— Cooperation with NATO, UN, CoE, OSCE — Horizontal cooperation with non-state and hybrid organisations (FIRST, ICANN)
Integrated national capability	Use non-state cyber elements in direct support of policy (work together with infrastructure operators, software and hardware manufacturers, hackers, researchers, activists)	— EP3R (European Public-Private Partnership for Resilience)
		— R&D programmes
		— Cybersecurity standardisation and certification (Cybersecurity Act)
		— NIS framework
		— GDPR
		— European Cybersecurity Network and Competence Centre — Cyber hygiene and awareness raising

Source: adapted by authors from Klimburg and Dunn Cavelty.

As for the EU's cyber power in itself, it is seemingly not based on coercion, but rather on the idea of cooperation, collaboration and persuasion for taking part in the cyber-game (Dunn Cavelty). Thus, examining the manifestations, examples, context and "stories" relating to these elements of

cyber power can potentially lead toward detecting an EU (or even European) narrative about cyber power. For that, especially when it comes to a credible scheme that directly requires an integrated approach with regards to communication/cooperation (with NATO, OSCE, or ASEAN, for example), the EU's real, perceived and prospective power will, by necessity, be in need of being genuinely endorsed by a more unified EU with a sounder issue-specific strategic narrative.

II. Crafting a discussion framework

This research has an ever-increasing range of moderators, which effectively simplifies the process of data-gathering. For example, in June 2020, Commission President Ursula von der Leyen openly called out China for “targeting EU hospitals and health care institutions with cyberattacks during the coronavirus crisis”.³⁷ A few days prior, the importance of the Asia-Pacific dimension within the global debate on cybersecurity was reinforced by Australian Prime Minister Scott Morrison who noted that a number of Australian organisations (both governments and businesses) were targeted by a sophisticated foreign “state-based” hacker, and that “there are not a large number of state-based actors that can engage in this type of activity”.³⁸ Initially, discourse wise, the Australian side used the “You-Know-Who” diplomatic construct for a message formation, but, considering the worsening state of Australia-China interactions, a myriad of China-focused topics immediately made headlines in Australian media. On the local level of the EU, Estonian President Kersti Kaljulaid, keeping in mind that her country was the first that had to face a cyber-war, argued that “states are responsible for their activities in cyber-space [...] [and] their internationally wrongful cyber operations just as they would be responsible for any other activity based on international treaties or customary international law”.³⁹

³⁷ Ursula von der Leyen, “Von der Leyen Calls Out China for Hitting Hospitals with Cyberattacks,” *Politico*, 2020b, [https://www.politico-eu.cdn.ampproject.org/c/s/www.politico.eu/article/eu-calls-out-china-for-hitting-hospitals-with-cyberattacks/amp/].

³⁸ Scott Morrison, quoted in Georgia Hitch and Andrew Probyn, “China Believed to be Behind Major Cyber Attack on Australian Governments and Businesses,” *ABC News*, 2020, [https://www.abc.net.au/news/2020-06-19/foreign-cyber-hack-targets-australian-government-and-business/12372470].

³⁹ Kersti Kaljulaid, “President of the Republic at the Opening of CyCon 2019,” *Office of the President*, 2019, [https://president.ee/en/official-duties/speeches/15241-president-of-the-republic-at-the-opening-of-cycon-2019/].

Considering the above, the process of data gathering for this article is a reasonably straight-forward exercise, being methodologically operated by the rules of meticulous normative discourse analysis and process tracing. The main variables of this research —the EU's strategic plans and actions on cybersecurity and the current level of the entity's direct involvement in international cooperation on the issue— allow for enhancing all types of epistemological platforms. The material's discussion framework, however, is an academic *nouveauté*, which features a significant degree of multifacetedness. In general, it makes use of the postulates of Strategic Narrative Theory that, principally, does not go against an easily justifiable assumption that the EU has some capabilities to influence a range of core aspects of the global cybersecurity landscape, while solidifying its own identity, system, and policy narratives. Thus, the analytical “twist” here is about interlinking the popular theory concretely with the EU's cyber power(s), rather than rehashing the discussion of the entity's “soft power” (from where the Strategic Narrative Theory materialised into being one day). After all, as noted, cyber power is measurable, and this feature of the phenomenon adds practicality to the whole discussion. A good degree of measurability could also be considered a definite methodological bonus to the process of observing how the EU formulates and projects its strategic narratives to ensure their welcome reception elsewhere. At the same time, a polemic on a cyber power Europe that “manufactures” plenty of strategic narratives evidently does not bring a student of international relations closer to what the EU really is and how it communicates with the world. A *secret académique de Polichinelle* about the EU's imperial nature and the entity's participation in the process of redesigning the international system are of definite help on this occasion though.

1. *Communication as a power resource of a non-conventional empire*

As it was noted before, the EU is not alone in trying to make a substantial difference in the field. These days, arguably, the focus of key agents and entities is on re-development of the international system. Indeed, the EU, has long been discussed and depicted as a normative power,⁴⁰ whatever it might mean, and its political (but almost never geo-strategic) ethos of conflict prevention, reconciliation, collective action and sustainable peace has informed the entity's external action throughout its existence. The point being that the “base” for the post-World War II (WWII) international system,

⁴⁰ Ian Manners, “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?” *Journal of Common Market Studies* 40, no.2 (2002), 235-258.

became an archaic element of the difficult past, let alone the then convenient concept of the “world’s five policemen”.⁴¹ Arguably, the geo-strategic spirit of Yalta belongs to history – even at first glance, the Russian Federation is no match to the former Soviet Union in almost all possible respects, Chiang Kai-shek and Mao Zedong are in no ideological competition any more, both France and Britain are by far no super-powers, and global interrelations are featured by the existence of powerful actors like the EU, NATO, OPEC, or ASEAN, which would never be visualised to exist in 1945.⁴²

In this context, Bisley, predicting the nature of a problem that the UN-bound international order would be facing, argued that “the assumptions of great power managerialism” was “severely challenged by contemporary circumstances”.⁴³ Therefore, openly or latently, China, the EU, Russian Federation, and the USA are working “overtime” to revitalise the good old imperial paradigm, perhaps trying to re-frame the Lacanian “social bond” they have always had with their peripheries (often meaning the rest of the world) and erasing the imperial paradigm from the dialectic of perceived negativity, all for the visible enjoyment of students of international relations. Indeed, there is a sizable segment of current academic research — Howe,⁴⁴ Terrill,⁴⁵ Zielonka,⁴⁶ Motyl,⁴⁷ Parker,⁴⁸ Gravier,⁴⁹ Dimitrova,⁵⁰

⁴¹ Serhii Plokhyy, *Yalta: The Price for Peace* (New York: Viking Penguin, 2010).

⁴² Vlad Vernygora, “A Place for Ukraine in a More Cohesive European Union: Synergising the Two Different Integrations,” eds. Liubov Akulenko and Dmytro Naumenko (Ukrainian Centre for European Policy, 2019), 20, [<https://ukraine-office.eu/en/a-place-for-ukraine-in-a-more-cohesive-european-union-synergising-the-two-different-integrations/>].

⁴³ Nick Bisley, *Great Powers in the Changing International Order* (Lynne Rienner Publishers, 2012), 182.

⁴⁴ Stephen Howe, *Empire: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

⁴⁵ Ross Terrill, *The New Chinese Empire* (Sydney: UNSW Press, 2003).

⁴⁶ Zielonka, 2006; Jan Zielonka, “America and Europe: Two Contrasting or Parallel Empires?” *Journal of Political Power* 4, no.3 (2011), 337-354; Jan Zielonka, “Empires and the Modern International System,” *Geopolitics* 17, no.3 (2012), 502-525; Jan Zielonka, “The International System in Europe: Westphalian Anarchy or Medieval Chaos?” *Journal of European Integration* 35, no.1 (2013), 1-18.

⁴⁷ Alexander J. Motyl, “Thinking about Empire,” in *After Empire: Multiethnic Societies and Nation Building*, eds. Karen Barkley and Mark von Hagen (Oxford: Westview Press, 1997), 19-29; Alexander J. Motyl, *Revolutions, Nations, Empires: Conceptual Limits and Theoretical Possibilities* (New York: Columbia University Press, 1999); Alexander J. Motyl, *Imperial Ends: The Decay, Collapse, and Revival of Empires* (New York: Columbia University Press, 2001).

⁴⁸ Parker, 2008; Noel Parker, “Empire as a Geopolitical Figure,” *Geopolitics* 15, no.1 (2010), 109-132.

⁴⁹ Gravier.

⁵⁰ Bohdana Dimitrova, “Imperial Re-bordering of Europe: The Case of the European Neighbourhood Policy,” *Cambridge Review of International Affairs* 25, no.2 (2012), 249-267.

Vernygora,⁵¹ Vernygora *et al.*,⁵² and others— that observes contemporary empires and detects a particular degree of peculiarity in the relationships between an empire's centre and its periphery, which on an increasingly high number of occasions represents the rest of the globe.

In order to adequately respond to a number of diverse challenges, an empire has to practice different types of strategic communication with the world. In imperial terms, “communication”, by necessity, means “cooperation” or, in some cases, “enforcement of cooperation” —but the scheme of/for actions needs to be formulated each time.⁵³ Evidently, an imperial “conversation” that Russia is having with Ukraine can be classified as a hybrid war.⁵⁴ However, when China strategically designates a European region to cooperate with (the so-called 16+1, if Lithuania is not counted, framework as an integral part of the Belt and Road Initiative/BRI), it can relate to a different type of cooperation— more associated with ruthless functionalism, socio-political construct building and some neo-functional tendencies.⁵⁵ For the European continent, of course, the latest Chinese imperial “march” adds plenty of neoteric peculiarities into the EU-centric process of *intra-* continental European integration, but, as suggested, it also motivates “the EU to think more strategically”,⁵⁶ and arguably compliments the fact that “Beijing has become an indispensable actor in the post-Soviet space”⁵⁷

⁵¹ Vlad Vernygora, “The Unbearable Lightness of Permanent Integration: Why Does the EU Need to Answer its Ukrainian Question?” *The Australian and New Zealand Journal of European Studies* 5, no. 2 (2013), 92-94; Vlad Vernygora, “The Belt and Road: Gently Rebuffing Geo-Politics?” in *China-CEEC Cooperation and the “Belt and Road Initiative”*, eds. Ping Huang and Liu Zuokui (China Social Sciences Press, 2016), 1-12.

⁵² Vlad Vernygora, David Ramiro Troitiño, and Sigrid Västra, “The Eastern Partnership Programme: Is Pragmatic Regional Functionalism Working for a Contemporary Political Empire?” in *Political and Legal Perspectives of the EU Eastern Partnership Policy*, eds. Tanel Kerikmäe and Archil Chochia (Springer International Publishing, 2016), 7-22.

⁵³ Vlad Vernygora and Elizaveta Belonosova, “A Modern Empire and Its Public Diplomacy: On Russia's Communication with Estonia,” a Special issue of *New Zealand Slavonic Journal* 53-54 (2019-2020), 59-93, eds. Natalia Chaban, Henrietta Mondry, and Evgeny Pavlov. Published in 2021..

⁵⁴ Gjorgji Veljovski, Nenad Taneski, and Metodija Dojchinovski, “The Danger of ‘Hybrid Warfare’ From a Sophisticated Adversary: the Russian ‘Hybridity’ in the Ukrainian Conflict,” *Defense & Security Analysis* 33, no.4 (2017), 292-307.

⁵⁵ Vernygora, 2017.

⁵⁶ Andris Sprūds, “Towards a Balanced Synergy of Visions and Interests: Latvia's Perspectives in 16+1 and Belt and Road Initiatives,” a Special issue of *Croatian International Relations Review* 23, no. 78 (Zagreb: Institute for Development and International Relations, 2017), 50 (37-56), eds. Senada Šelo Šabić and Vlad Vernygora.

⁵⁷ Konstantinas Andrijauskas, “The Grand Strategic Nature of China's Current International Infrastructure-related Projects,” in *China-CEEC Cooperation and the “Belt and Road Initiative”*, eds. Ping Huang and Liu Zuokui (China Social Sciences Press, 2016), 36 (27-38).

regardless of what Russia, the EU, and the United States might be thinking of it.

Back to the theme, the EU's initial introverted vision on cybersecurity turned into a comprehensive "conversation", focusing on both internal and external aspects such as cyber resilience, capacity building and strategic autonomy. The latter concept came from one of the biggest geo-strategic debacles in the EU's history — "A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy"⁵⁸— that unsuccessfully attempted to deliver the EU's strategic "message" when the United Kingdom EU membership referendum's results had just been announced. However, the 2017 and 2020 Cybersecurity Strategies managed to "get back on track" and underline a few points on strengthening international cooperation and creating effective cyber deterrence. Moreover, a high-level panel at The Riga Conference,⁵⁹ working under the Chatham House Rule, seriously discussed the conceptual vagueness of the EU's strategic autonomy. A legitimate question was asked then on whether or not the EU should become more strategically responsible rather than autonomous. Another side of the same question was related to the possible outreach —how far, geographically or in any other understanding, can or should the EU go in terms of communicating in strategic terms? For example, the Russian Federation, the EU's geo-strategic "competitor", has already made its call on geography when the country's President Vladimir Putin suggested that Russia's border "doesn't end anywhere".⁶⁰ The cyber world, naturally, also does not comprehend geography— in this sense and on this occasion, Hardt and Negri with their "there is no more outside"⁶¹ are objectively spot on. Thus, there is a likelihood that, with its more articulated as well as internationally recognised stance on cybersecurity, the EU can avoid becoming geo-strategically irrelevant.⁶² This is where, methodologically, a strategic message of a cyber power, in order to be effective, requires quite a process to go through-to be formulated, projected, and then positively received.⁶³

⁵⁸ European External Action Service, 2016.

⁵⁹ The Riga Conference, "Night Owl Session: EU Strategic Autonomy vs. EU Strategic Responsibility?" (Riga, 11 October 2019).

⁶⁰ Vladimir Putin, quoted in "Russia's Border Doesn't End Anywhere, Vladimir Putin Says," *BBC*, 2016. [<https://www.bbc.com/news/world-europe-38093468>].

⁶¹ Hardt and Negri, 186-190.

⁶² Kasper and Vernygora, 204.

⁶³ Roselle *et al.*, 78-79.

2. *Strategic narratives: a 'salad' made out of soft power, discourses, and practicality*

"In the beginning was the [...]"⁶⁴ concept of "soft power". Having coined it, Nye produced a compelling double-sided narrative on the concept, indirectly giving jobs to thousands of political scientists and directly arguing that a) "[t]he United States cannot obtain the outcomes it wants on trade, antitrust, or financial regulation issues without the agreement of the European Union, Japan, China, and others" and b) "[a] country may obtain the outcomes it wants in world politics because other countries admiring its values, emulating its example, aspiring to its level of prosperity and openness want to follow it".⁶⁵ A few years later, the same author offered a seminal elaboration on how soft power is (or can be) interlinked with "public diplomacy",⁶⁶ and the analytical "ball" on the issue started rolling. Indirectly, this work was expended upon by Zielonka who elegantly discussed "the role of pride, glory, morality or religious zeal" in the field of international relations, while arguing that the "export of 'good' governance"⁶⁷ represents the essence of the EU's imperial civilising mission. However, Roselle *et al.* did the rest, having suggested that it would still be hard to "(1) identify soft power resources, (2) identify the processes through which soft power operates, and (3) understand under what conditions soft power resources can be used to support foreign policy".⁶⁸ Their argument was that, in a "chaotic world", a substantial assistance in making sense of soft power should be arriving from the communicational side; more specifically, from our understanding of "a compelling narrative" as "a power resource", since "people may be drawn to certain actors, events, and explanations that describe the [...] specifics of a policy".⁶⁹

Having extrapolated Burke's⁷⁰ major study into the field of international relations, Roselle *et al.* offered the following classification of component parts of narratives, namely "character or actors", "setting/environment/space", "conflict or action", and "resolution or suggested resolution", underlining the point that "a narrative about the international

⁶⁴ A part of the initial line from *The Gospel of John*.

⁶⁵ Joseph S. Nye, *Soft Power: The Means to Success in World Politics* (New York: Public Affairs, 2004), 4-5.

⁶⁶ Joseph Nye, "Public Diplomacy and Soft Power," *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 616, no.1 (2008), 10-30.

⁶⁷ Zielonka, 2012, 504 and 511.

⁶⁸ Roselle *et al.*, 74.

⁶⁹ Roselle *et al.*, 74.

⁷⁰ Kenneth Burke, *Language as Symbolic Action: Essays on Life, Literature, and Method* (Los Angeles: University of California Press, 1966).

system that stresses the importance of international cooperation to confront those who break norms about [for example] chemical weapons, highlights ‘acceptable’ behavio[*u*]r in the international system”.⁷¹ For the theme of this research, such a classification is a great “gift” that assists in the process of placing the right element of a narrative’s cycle into the right analytical “basket” where component parts of the same type are already placed. Arguably, it is good news for an entity (the EU?) that would be ever on a quest to strategically narrate its cyber power —the actors are already in the first row watching the unlimited space of the cyber domain, while getting engaged in numerous conflicts and working on (or awaiting for) a solution on how to walk the walk in cyber world. The theory’s practical applicability in terms of framing up and/or analysing a co-operational platform was, however, more precisely outlined by Miskimmon *et al.* in a larger volume where strategic narratives were presented at three different levels— national (or identity), system, and issue (or policy).⁷² In a way, the idea existing behind the scheme is nearly self-explanatory, but, as already noted, this classification is useful for this article in the process of interlinking it with the dimensions of cyber power.

It deserves to be mentioned that the theory has been extensively “employed” in the process of analysing the images of NATO as a cooperative security actor in media and elite discourses of Australia, Japan, Mongolia, New Zealand, and the Republic of Korea.⁷³ The body of serious literature applying Strategic Narrative Theory to the EU grows as well. For example, a study on “broader narratives of the EU as a diplomatic and security actor, in conflicted societies”⁷⁴ made a significant contribution to perceptions studies in the EU’s designated immediate neighbourhood. Kurowska’s research on the highly contested politics of cyber norms made the point that the EU’s “cyber diplomacy” could, in principle, engage in “strategic narrative contestation in order to shape the process of Internet governance more meaningfully and contemporaneously”.⁷⁵ Therefore, the

⁷¹ Roselle *et al.*, 75-76.

⁷² Miskimmon *et al.*

⁷³ Chaban, Natalia, Paul Bacon, Joe Burton, and Vlad Vernygora, “NATO Global Perceptions – Views from the Asia-Pacific Region,” a Special issue of *Asian Security* 14, no. 1 (Taylor and Francis, 2018), eds. Natalia Chaban, Paul Bacon, Joe Burton, and Vlad Vernygora.

⁷⁴ Chaban, Natalia, Alister Miskimmon, and Ben O’Loughlin, “Understanding EU Crisis Diplomacy in the European Neighbourhood: Strategic Narratives and Perceptions of the EU in Ukraine, Israel and Palestine,” a Special issue of *European Security* 28, no. 3 (2019), 235 (235-250), eds. Natalia Chaban, Alister Miskimmon, and Ben O’Loughlin.

⁷⁵ Xymena Kurowska, “The Politics of Cyber Norms: Beyond Norm Construction Towards Strategic Narrative Contestation,” *EU Cyber Direct* (2019), [https://eucyberdirect.eu/wp-content/uploads/2019/05/xymena-kurowska-politics-of-cyber-norms-march-2019-eucyberdirect.pdf].

theory-associated instrumentarium can arguably be considered “durable” enough to frame a solid platform for discussion on the EU’s prospective leading role in the process of shaping the global cybersecurity environment.

IV. EU cyber (power) narratives

With the basic terminological postulates outlined, it is time to put the grand empirical picture together and identify different narratives the EU may have formulated (or be in the process of formulating) about its cyber power (its integrated government, system and national cyber capabilities). First, this article’s focus is internal, however the EU’s *intra*-world is undeniably interlinked with external issues. Cybersecurity-associated concerns became noticeable on the EU-level by the mid-1990s, remaining concentrated on the idea of the European Single Market for a long period. Personal data protection and data security were the first to make it to EU level politics and resulted in the 1995 Personal Data Protection Directive where security enjoyed some limited attention.⁷⁶ Under the first pillar of the EU, created by the Maastricht Treaty, telecommunication sector regulation necessitated consideration of security. In 1994, a set of high-end recommendations to the European Council —the Bangemann Report on “Europe and the Global Information Society”— pointed out the importance of encryption in the context of e-commerce and personal data protection, suggested the need for international standards, and urged the creation of an appropriate legal framework. The material argued that, due to the cross-border nature of cyberspace, “a solution at the European level is needed which provides a global answer to the protection of encrypted signals and security”.⁷⁷

In 1994, the Corfu-hosted Summit of the European Council took a note on the Bangemann Report and addressed the challenges of the information society in its Presidency Conclusions, stating that “it is primarily for the private sector to respond to this challenge”.⁷⁸ At the same time, the European Council also considered that “the importance and complexity of

⁷⁶ European Parliament and the Council, “Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data” (95/46/EC, Strasbourg, 1995), Art. 17.

⁷⁷ “Europe and the Global Information Society —Recommendations to the European Council, Conference G7— Raport Bangemann” (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1994), 22-23, [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/44dad16a-937d-4cb3-be07-0022197d9459/language-en>].

⁷⁸ European Council, “Presidency Conclusions,” (6/94, Corfu, 1994).

the issues raised by the new information society justify the setting up of a permanent co-ordination instrument to ensure that the various parties involved — public and private— are working along the same lines”, and committed to Community level action stating that “the necessary regulatory framework has to be established as soon as possible”.⁷⁹ These first steps in the field of cybersecurity⁸⁰ defined the overall attitude of the EU on the issue for years to come: a permanent coordination instrument was conceived, from which the integrated government cyber capability could emerge; the initiative emphasised the role of the private sector, which can be used as a basis to integrate national cyber capabilities to support potential EU-level policies on the theme. Even so, it was clear that the policy remained internally focused, and integrated system cyber capabilities would likely be working indirectly through economic policy.

In 1999, the Tampere-hosted Summit addressed the need for an EU-wide fight against criminal activity and underscored the body’s commitment “to reinforcing the fight against serious organised and transnational crime”,⁸¹ making a specific reference to high tech crime. Indeed, cybersecurity started entering international relations in the end of 1990s (in particular, with the Russian Federation’s proposal for a convention on information security at the UN). However, the EU’s structure and competences did not make it possible to make a significant impact and meaningfully engage with international actors as a single entity, even though, under the second pillar, the EU became active in the fight against cybercrime. The 2001 Commission Communication “Network and Information Security: Proposal for A European Policy Approach” clarified how the EU viewed the structure of the problem, having noted that “[s]ecurity is be-coming a key priority because communication and information have be-come a key factor in economic and societal development”.⁸² Hence, the EU made another step beyond the well-functioning Single Market, recognising for the first time that three policy areas — network and information security, cybercrime, and data protection/telecom framework—are closely interrelated. In retrospect, this document is worth noting for presenting network and information security as a national security concern because, as stated, “information systems and communication networks have become a critical factor for other infrastructures (e.g. water

⁷⁹ European Council, 1994.

⁸⁰ It should be noted that the notion of “cybersecurity” was not used in early policy documents, and its terminological usage remains somewhat inconsistent to date.

⁸¹ European Council, “Presidency Conclusions” (Tampere, 1999), [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm].

⁸² European Commission, “Network and Information Security: Proposal for a European Policy Approach” (COM (2001), 298 final, Brussels, 2001).

and electricity supply) and other markets (e.g. the global finance market)".⁸³ While the material's analysis, from a vertical perspective, mainly depicted non-governmental actors and their roles in cyberspace, it also mentioned horizontal issues such as a certain level of dependence on the USA's export control policy, as well as the ECHELON scandal and potential damage to public sector and industry.⁸⁴ Via this document, the Commission proposed a comprehensive policy, where the external dimension became an integral element of assessment, and international cooperation – an indispensable part of narratives about cybersecurity.

However, it took years for this ambitious approach of the Commission to gain traction, and the proposal for measures that correspond to the integrated system capability remained modest. It merely stated that the Commission would "reinforce the [ongoing] dialogue with international organisations and partners on network and information security",⁸⁵ and seemingly relied on the spontaneous engagement of the private sector in international *fora*. A palpable deliverable in integrated government cyber capabilities was the establishment of the European Network and Information Security Agency (ENISA) in 2004, which was tasked to "assist the Commission and the Member States, and in consequence cooperate with the business community, in order to help them to meet the requirements of network and information security, thereby ensuring the smooth functioning of the internal market".⁸⁶ The Agency's objective was to "enhance the capability of the Community, the Member States and, as a consequence, the business community to prevent, address and to respond to network and information security problems",⁸⁷ however this would be achieved via providing assistance and delivering advice, developing high levels of expertise and stimulating cooperation between public and private actors.⁸⁸

A significant shift in the EU's view about the international order in the cyber domain was also set in motion after 9/11. The 2003 European Security Strategy, "A secure Europe in a better world", made a reference to an emerging cyber threat, although within the context of discussing the conventional security threat of terrorism, and stated that "[i]ncreasingly, terrorist movements are well-resourced, connected by electronic networks,

⁸³ European Commission, 2001.

⁸⁴ European Commission, 2001, 11-12.

⁸⁵ European Commission, 2001, 27.

⁸⁶ European Parliament and the Council, "Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing the European Network and Information Security Agency" (EC 460/2004, Strasbourg, 2004), Art. 1(2).

⁸⁷ European Parliament and the Council, 2004, Art. 2(1).

⁸⁸ European Parliament and the Council, 2004, Art. 2(2-3).

and are willing to use unlimited violence to cause massive casualties”.⁸⁹ In 2006, a further push from the European Commission in the form of a Communication on “A strategy for a secure information society – Dialogue, partnership and empowerment” emphasised the importance of research and development through the Sixth and Seventh Framework Programmes and related projects⁹⁰, as well as the active role of the EU in international fora addressing these topics.⁹¹ Then the European Commission recognised that a breach in network and information security “can generate an impact that transcends the economic dimension”, and in this context it pointed out that security is a prerequisite for guaranteeing fundamental rights online and that linked critical infrastructures are at risk due to their dependence on information and communication technologies.⁹²

A clear turning point in the framing of cybersecurity came when Javier Solana reported on the implementation of the European Security Strategy and concluded that “[cyber]attacks against private or government IT systems in EU Member States have given this a new dimension, as a potential new economic, political and military weapon”.⁹³ This was not, however, an invention of the EU as, following the two-month long cyber attack against Estonia in 2007, cybersecurity had become a mainstream topic in international relations.⁹⁴ As a direct reflection of the cyber war, in May 2008, the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence was established in Tallinn.⁹⁵

Arguably, the EU's understanding of cybersecurity has incrementally developed from a narrow sectoral issue into a comprehensive view. Although the actorness of the EU and the coherence of its policy still remain as debated topics,⁹⁶ the changes introduced by the Lisbon Treaty

⁸⁹ Council, “European Security Strategy. A Secure Europe in a Better World” (15895/03, Brussels, 2003), 30.

⁹⁰ Including integrating national cyber capabilities and engaging the non-governmental sector in responding to cyber threats, etc.

⁹¹ European Commission, “A Strategy for a Secure Information Society – Dialogue, Partnership and Empowerment” (COM (2006), 251 final, Brussels, 2006).

⁹² European Commission, 2006.

⁹³ Javier Solana, “Report on the Implementation of the European Security Strategy – Providing Security in a Changing World,” *European Communities*, 2009, [https://www.consilium.europa.eu/media/30823/qc7809568enc.pdf].

⁹⁴ Liis Vihul, “International Law of Cyber Defence,” in *Handbook of Cybersecurity*, ed. Jochen Rehr (Federal Ministry of Defence of the Republic of Austria, 2018), 28 (27-34).

⁹⁵ NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, “The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence is a Multinational and Interdisciplinary Cyber Defence Hub” (Tallinn, 2020), [https://ccdcoc.org/].

⁹⁶ Helena Carrapiço and Andre Barrinha, “The EU as a Coherent (Cyber)security Actor?” *Journal of Common Market Studies* 55, no.6 (2017), 1254- 1272.

created a geo-strategic climate, from where the process of moving forward with an ambitious cybersecurity policy became possible. The following years have been referred to as a “cyber awakening”,⁹⁷ and references to internationally significant cyber incidents started featuring in various communications by the EU and the entity’s leadership. In a 2009 press-release on the Transport, Telecommunication and Energy Council meeting, the then “[r]ecent events such as the cyber-attacks against Estonia in 2007 and the fractures in transcontinental cables in 2008” were referred to and used to “show the vulnerability of modern information networks and underline the importance of protective measures aimed at ensuring continuation of critical services”.⁹⁸

The EU intensively focused on combating cybercrime, leading to the adoption of the “Botnet Directive”⁹⁹ and the creation of the European Cybercrime Centre (EC3) to support Member States and EU institutions in building an operational as well as analytical capacity for investigations and cooperation with international partners.¹⁰⁰ In addition, several other documents addressed cybersecurity and critical information infrastructure protection in tandem, such as the Commission Communication on “Protecting Europe from large scale cyber-attacks and disruptions: enhancing preparedness, security and resilience”,¹⁰¹ and the Council Conclusions on Critical Information Infrastructure Protection “Achievements and next steps: towards global cyber-security” (CIIP).¹⁰² Finally, in November 2012, the EU’s Foreign Affairs Council welcomed pooling and sharing projects supported by the European Defence Agency, including areas of Cyber Defence, and raised the cyber issue again in the context of defence industry and market.¹⁰³ By 2013, cybersecurity became a strategic issue to include all

⁹⁷ Heli Tiirmaa-Klaar, “Two Generations of EU Cybersecurity Strategies,” in *Handbook of Cybersecurity*, ed. Jochen Rehr (Federal Ministry of Defence of the Republic of Austria, 2018), 18 (18-26).

⁹⁸ Council, “2949th Council Meeting, Transport, Telecommunications and Energy” (10850/09 (Presse 169), Luxembourg, 2009).

⁹⁹ European Parliament and the Council, “Directive of the European Parliament and of the Council on Attacks Against Information Systems and Replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA” (2013/40/EU, Strasbourg, 2013).

¹⁰⁰ Council, “Draft Council Conclusions on the Establishment of a European Cybercrime Centre” (10603/12, Brussels, 2012a).

¹⁰¹ European Commission, “Protecting Europe from Large Scale Cyber-Attacks and Disruptions: Enhancing Preparedness, Security and Resilience” (COM (2009), 149 final, Brussels, 2009).

¹⁰² Council, “Critical Information Infrastructure Protection ‘Achievements and Next Steps: Towards Global Cyber-security’ (CIIP)” (10299/11, Brussels, 2011).

¹⁰³ Council, “3199th Council Meeting Foreign Affairs” (16062/12 (Presse 467), Brussels, 2012b), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/PRES_12_467].

EU major competence areas, viewed as a whole-of-government approach as formulated in the 2013 Cybersecurity Strategy.¹⁰⁴

On a concrete note of a particular strategic narrative's formulation, the 2013 Cybersecurity Strategy evidently depicted a new global environment that has emerged gradually and influences most aspects of everyday life. Arguably, economies, social interactions, exercise of fundamental rights depend on the seamless functioning of the underlying information and communication technologies, where malicious activities, misuse and accidents are considered as major threats to economic growth, safety and respect of fundamental rights online. The document did not make a clear distinction between the origin of these threats, thereby acknowledging that the boundaries between external and internal policies were increasingly blurred in cyberspace. However, it specified a range of threat agents to go after: cybercriminals, state actors engaging (sponsoring) in controversial cyber operations and governments misusing cyberspace for surveillance and exerting control over their citizens. The EU identified itself as the guardian of the highest possible freedom and security for the benefit of all, and it lay out five priorities to this end, all of which formed the subject of discourse previously in one way or another. Nevertheless, in 2013, they were formulated under one policy umbrella and extended more broadly, stretching the EU's competences further into increasingly sensitive policy domains. These priorities included the focus on network and information security, framed as achieving cyber resilience; reducing cybercrime; developing cyber defence policy and related capabilities; developing the industrial and technological resources for cybersecurity; and establishing a coherent international cyberspace policy for the EU and promoting core EU values.¹⁰⁵

Since the global cyber-threat environment evolved in 2016-2017, the EU's strategic stance on the issue has also been upgraded and formulated in the "Joint Communication on Resilience, Deterrence and Defence: Building strong cybersecurity for the EU".¹⁰⁶ The focus of the strategy somewhat shifted from the predominantly economic focus to emphasise that cyberspace is a source of serious political and military threats, capable of jeopardising "the very functioning of our democracies, our freedoms and our values".¹⁰⁷ Hence cyber threats "come from both non-state and state actors: they are often criminal, motivated by profit, but they can also be political and strategic" and "state actors are increasingly meeting their geopolitical goals not only through

¹⁰⁴ European Commission, 2013.

¹⁰⁵ European Commission, 2013.

¹⁰⁶ European Commission, 2017.

¹⁰⁷ European Commission, 2017.

traditional tools like military force, but also through more discreet cyber tools, including interfering in internal democratic processes".¹⁰⁸ While referring to recognisable international cyber incidents (ransomware campaigns,¹⁰⁹ cyber operations against critical infrastructure,¹¹⁰ disinformation campaigns, *et cetera*), and pointing out that the economic impact of cybercrime increased fivefold in the period from 2013 to 2017, the EU started formulating and projecting a single important message about the cyber environment: the existing system is increasingly unpredictable at all levels.

Integrated government capabilities have been at the core of the EU's approach, for which ENISA was established and since transformed into a more powerful Cybersecurity Agency by the 2019 Cybersecurity Act.¹¹¹ Although ENISA's new powers and competence come with limitations, it represents the cornerstone of the integrated government capability, together with the NIS Directive.¹¹² ENISA/Cybersecurity Agency also has some tasks in the field of international relations and defence. Therefore, this institutional setup implies that in the new cyber order the internal and external issues are commingled, nevertheless enabling more joint action on the level of governments. ENISA/Cybersecurity Agency embodies the generation of cyber power in both tackling diverse cyber-related issues (sectoral and horizontal), aims to engage national level and private actors in the policy processes, and liaises between actors and sectors (for example concluded an agreement with Europol and EDA, exhibiting its integrated national cyber capabilities). However, this is not yet the ultimate solution, since the strategies and the architecture of the legal framework still makes it clear that Member States are mainly responsible for cybersecurity, and the EU has a supporting, coordinating and advisory role, while the role of the private sector is also strongly emphasized.

While at the integrated system level the EU presents itself as a stabiliser, a civilising and pragmatic actor accepting value pluralism and seeking order and stability in cyberspace, the recent focus on the militarisation of cyberspace and its defence focus in the 2017 Cybersecurity Strategy managed to formulate a number of questions about the concept of strategic autonomy

¹⁰⁸ European Commission, 2017.

¹⁰⁹ The WannaCry, Petya and NotPetya malwares rampaged across the globe in 2017.

¹¹⁰ Stuxnet, Black-Energy and other malwares disrupted critical infrastructures in preceding years.

¹¹¹ European Parliament and the Council, "Regulation of the European Parliament and of the Council on ENISA (the European Union Agency for Cybersecurity) and on information and communications technology cybersecurity certification and repealing Regulation (EU) 526/2013 (Cybersecurity Act)" ((EU) 2019/881, Strasbourg, 2019).

¹¹² European Parliament and the Council, "Directive of the European Parliament and of the Council Concerning Measures for a High Common Level of Security of Network and Information Systems Across the Union" ((EU) 2016/1148, Strasbourg, 2016).

and the role of the EU. The lack of clarity about its strategic autonomy or rather dual view of the future — a reminder of the story about Schrödinger's cat in the box — as well as the fact that true competence and deep expertise in cybersecurity resides outside the EU (at a national level in France, Germany and the Netherlands, for instance) is what lies behind the current modest role of the EU in 'hard' cyber defence.

It could be suggested that it occurs because the EU still does not mind "entertaining" the "inborn" intergovernmental nature of its Common Foreign and Security Policy (CFSP). Moreover, as argued, the status quo is being reinforced by France, the pre-COVID-19 EU's "front-runner in the process of establishing a new vision on a new Europe"¹¹³ In May 2019, for example, *La République En Marche*, the political party of the French President Emmanuel Macron, published an important programming document, *Projet Renaissance*. The material had a range of proposals on major issues, namely "increased investment in environmental policy, imposing a tax on Big Tech across Europe, and moves toward a European army".¹¹⁴ In terms of geo-strategy, *Projet Renaissance*, however, was very shy in formulating a prospective strategic narrative on the EU's more articulated global position in the international system. Speculatively, as suggested, "President Macron has a distinctly modest attitude towards making CFSP have a louder voice in global affairs [...] because France reserves this role ... for France".¹¹⁵ This is positive news for Yalta-1945 to "come back from the dead", but the EU is not to be found among decision-makers in that system.

It could be argued that via its current level of integrated system capability and ability to work through alliances, the EU relies on its normative and market powers to make a difference in how the international "cyber game" is played. The 2020 Cybersecurity Strategy is clear on the principal instruments deployed — regulation as well as investment and policy instruments,¹¹⁶ — setting out a plan to engage in all kinds of international rule-setting, starting from international standardisation to responsible state behaviour in cyberspace, from international law's application in cyberspace to additional protocol to the Budapest Convention, not ignoring frameworks on protecting and promoting fundamental and human rights. More so, the document also reveals plenty on the EU's plan to form EU Cyber Diplomacy Network in order to promote the EU vision of cyberspace, exchange information, and regularly coordinate on developments in cyberspace.

¹¹³ Vernygora, 2019, 21.

¹¹⁴ Rym Momtaz, "Macron Unveils Plan for Europe," *Politico*, 2019, [<https://www.politico.eu/article/macron-plan-europe-tech-renaissance/>].

¹¹⁵ Vernygora, 2019, 21.

¹¹⁶ European Commission, 2020j.

The 2020 Cybersecurity Strategy can be regarded as a noticeable step forward in demonstrating the EU's growing cyber power to the global audience. Significant improvements in abilities to deliver a joint action or attack and defend in cyberspace, draft policy positions and share operational resources are planned based on existing practices. Some of the most tangible examples of such existing integrated government capabilities is the implementation of the cyber sanctions regime and imposition restrictive measures in the form of travel bans and asset freezes on more than one occasion;¹¹⁷ the recent agreement on the establishment of the new Cybersecurity Competence Center and network aimed to pool expertise in cybersecurity across the EU;¹¹⁸ or the decision to turn EMPACT (European Multidisciplinary Platform Against Criminal Threats) into a permanent tool to continue disrupting criminal activities related to attacks against information systems, particularly those following a crime-as-a-service business model and working as enablers for online crime.¹¹⁹ The EU's plan to set up the Military CERT-Network may prove to be a particularly ambitious, but, if implemented, it should significantly increase the level of cooperation between the Member States and contribute to EU cyber power (perhaps, also with ability to attack in cyberspace) and the plan to develop an EU position on the application of international law in cyberspace (whereas until just recently most states were reluctant to publicly state their positions at all).

V. The EU's external engagement in the field

1. *Global cyber diplomacy of the EU*

The external dimension has been a core element of the EU's cybersecurity-related policies from the outset, although the actual competences of the EU, as discussed, has not always made it possible to actively engage in certain

¹¹⁷ Council, "EU Imposes the First Ever Sanctions Against Cyber-Attacks" (Brussels, 2020a), [<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/07/30/eu-imposes-the-first-ever-sanctions-against-cyber-attacks/>]; Council, "Malicious Cyber-Attacks: EU Sanctions Two Individuals and One Body Over 2015 Bundestag Hack" (Brussels, 2020b), [<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/10/22/malicious-cyber-attacks-eu-sanctions-two-individuals-and-one-body-over-2015-bundestag-hack/>].

¹¹⁸ Council, "New Cybersecurity Competence Centre and Network: Informal Agreement with the European Parliament" (Brussels, 2020c), [<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/12/11/new-cybersecurity-competence-centre-and-network-informal-agreement-with-the-european-parliament/>].

¹¹⁹ Council, "Cybersecurity: How the EU Tackles Cyber Threats" (2021), [<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/cybersecurity/>].

activities. The international link was emphasised in the context of critical information infrastructure (CII) protection in the 2009 Communication “Protecting Europe from large scale cyber-attacks and disruptions: enhancing preparedness, security and resilience”, stating that “[n]o country is an island... [and] the global nature of CII, and in particular of the Internet, requires a common global approach to security and resilience” and that “[i]t is via a strong EU coordination that a direct impact can be made at the international level”.¹²⁰ In addition, the international level policy was also one of the five main points in the 2013 EU Cybersecurity Strategy where it explicitly formulated that its “cyberspace policy” is, in fact, “international”, and that “the EU will seek to promote openness and freedom of the Internet, encourage efforts to develop norms of behaviour and apply existing international laws in cyber-space”.¹²¹ The same strategic document also underlined that the EU will be working “towards closing the digital divide, and will [be] actively participat[ing] in international efforts to build cybersecurity capacity”, while the entity’s “international engagement in cyber issues will be guided by the EU’s core values of human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and the respect for fundamental rights”.¹²² This can be considered a clear indication of the EU’s global civilising mission and intention to formulate the issue-specific narrative internationally.

The external aspects of cybersecurity are also elaborated or referred to in several documents, general and specific where a predominantly *intra*-oriented view is presented in terms of cyber resilience, however adding that “the EU will enhance its cyber security cooperation with core partners such as the US and NATO”.¹²³ In this context, it is worth mentioning that 21 Member States of the EU are NATO members as well, and many clusters of interactions between NATO and its partners across the globe (Afghanistan, Australia, Colombia, Iraq, Japan, the Republic of Korea, Mongolia, New Zealand, and Pakistan) include cooperation in the field of cybersecurity.¹²⁴

In principle, significant developments have taken place since the original Global Strategy was published, and now the EU evidently possesses an important range of specific instruments dealing with cyber diplomacy,¹²⁵

¹²⁰ European Commission, 2009.

¹²¹ European Commission, 2013.

¹²² European Commission, 2013.

¹²³ European External Action Service, 2016.

¹²⁴ NATO, “Relations with Partners Across the Globe” (Brussels, 2017 (last updated)), [https://www.nato.int/cps/en/natohq/topi_cs_49188.htm]; Chaban *et al.*, 2018.

¹²⁵ Council, “Council Decision Concerning Restrictive Measures Against Cyber-Attacks Threatening the Union or its Member States” (7299/19, Brussels, 2019b).

industrial policy concerning the security of new technologies¹²⁶ *et cetera*. However, the Union has also exercised self-restraint in its external relations and in the context of its own guidelines.¹²⁷ While it has generally condemned the malicious use of information communications, including the WannaCry and NotPetya malware, it has not publicly attributed attacks (despite many countries having done so) until recently. Intriguingly, for a massively powerful entity with distinct imperial characteristics, the Council of the EU explained that “[i]t is not for the Council to comment on national governments’ decisions, based on all-source intelligence, to publicly attribute cyber attacks to a state actor”,¹²⁸ effectively admitting a significant gap in the EU’s integrated system and government cyber capability. Condemnation of malicious cyber activities by the EU remained abstract, typically being worded such as in a declaration of Josep Borrell that the EU and its Member States “condemn [...] malicious behaviour in cyberspace”, “[a]ll perpetrators must immediately refrain from conducting such irresponsible and destabilising actions”, “call[ing] upon every country to exercise due diligence and take appropriate actions against actors conducting such activities from its territory”.¹²⁹

As a significant element of the EU’s cybersecurity policy, capacity building is an important tool with internal and external effects – an effective means in the contemporary imperial *repertoire* to e.g., export “good governance”. Considering global interconnectedness, capacity building in third countries contributes to the cyber resilience of the EU and is also an influential foreign policy tool in many other respects. In 2018, the Council of the EU issued guidelines on external EU cyber capacity building and stressed the role of cyber capacity building “in partner countries and regions as a strategic building block of the EU’s cyber diplomacy efforts to promote and protect human rights, gender digital equality, the rule of law, security, inclusive growth and sustainable development, and as a key dimension of the EU’s Digital4Development strategy”.¹³⁰ The document

¹²⁶ European Commission, “Commission Recommendation on Cybersecurity of 5G Networks” (C (2019), 2335 final, Brussels, 2019).

¹²⁷ Council, “Council Document on Implementation of the Framework for a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities – Attribution of Malicious Cyber Activities” (6852/1/19, Brussels, 2019a).

¹²⁸ Council, “Preliminary Draft Reply to Question for Written Answer E-001005/2018 – Marietje Schaake (ALDE) ‘Attribution of the NotPetya attack’ (8641/18, Brussels, 2018a).

¹²⁹ Josep Borrell, “Declaration by the High Representative Josep Borrell, on Behalf of the European Union, on Malicious Cyber Activities Exploiting the Coronavirus Pandemic,” *Council of the EU*, 2020b, [<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/30/declaration-by-the-high-representative-josep-borrell-on-behalf-of-the-european-union-on-malicious-cyber-activities-exploiting-the-coronavirus-pandemic/>].

¹³⁰ Council, “EU External Cyber Capacity Building Guidelines” (10496/18, Brussels, 2018c).

refers to the 2015 Conclusions on Cyber Diplomacy and to the values and principles set out in the 2013 EU Cybersecurity Strategy, which “should serve as the underlying framework for any external cyber capacity building action”,¹³¹ and the EU appears to identify with the role of the moderator of economic and societal prosperity. It is advised, for example, that actions taken, and the common and comprehensive cooperation with international partners, reflect the understanding that existing international law and norms apply in cyberspace; fundamental rights and freedoms are protected and safeguarded by design; the strengthening of democratic and multi-stakeholder internet governance models; support for principles of open access to the internet for all; and that a shared responsibility approach be taken that entails involvement and partnership across public authorities, the private sector and citizens and promotes international cooperation.¹³² Therefore, in its capacity building efforts the EU, arguably, aims at exporting these norms not forcibly but via proposing them for consideration, while building alliances to effectively resist and take on opposing or significantly diverging approaches of China or Russia. Indeed, as argued, major powers of the world seem to have serious disagreements about the conceptual core of cybersecurity,¹³³ and the EU evidently focuses on engaging in dialogues in different *fora* concerning the issue. At the same time, the entity now openly takes part in a cyber power competition both in technological and non-technological terms. At the international level, the EU's presence and push for influence is visible, for example, in the UN-associated platforms and during regional consultations with OSCE, the CoE, OAS, and ASEAN.

In December 2018, the UN General Assembly established a Group of Governmental Experts (GGE) on cyberspace in the context of international security, and, in June 2019, consultations were held with EU Member States. The GGE Chair summarised the exchange where “participants emphasised the need to highlight the opportunity cost of not having a functioning global internet and the increasing instability in cyberspace”, great concern was expressed about “lower level ICT-threats”.¹³⁴ Another central theme was the norms of responsible State behaviour, and

¹³¹ Council, 2018c.

¹³² Council, 2018c.

¹³³ Anders Henriksen, “The End of the Road for the UN GGE Process: The Future Regulation of Cyberspace,” *Journal of Cybersecurity* 5, no. 1 (2019).

¹³⁴ United Nations, “Summary of Consultations with European Union Member States, 19-20 June, Brussels,” Regional Consultations series of the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security, 2019, [<https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2019/12/collated-summaries-regional-gge-consultations-12-3-2019.pdf>].

“participants stressed that norms agreed in previous GGEs should not be revisited and that progress be made on questions relating to their implementation”, putting out practical suggestions that could show-case how a state is “implementing the voluntary norms of responsible State behaviour, confidence building and other measures recommended by previous GGEs”.¹³⁵ Emphasis was placed “on the point that confidence-building measures [...] can also serve important political functions, integral to formulating a common stability framework for cyberspace”, and participants discussed “the moderating role of the EU in intergovernmental processes, that it should act as a force for good in the world and in the promotion of a rules-based and human rights-based cyberspace”.¹³⁶ As a peculiar feature of the consultations, multi-stakeholder exchanges were held, engaging think-tanks and civil society representatives who discussed state-centric and civil society-centric pathways, expressing clear preferences for the latter, and criticism was expressed that the “EU needs to redirect its approach to steering change and better communicate the value of the EU’s normative agenda, including through leading by example”.¹³⁷

On the strategic bilateral level, besides the more mature cyber cooperation with the US and Canada, the EU is also into projecting of its powers in EU-Brazil, EU-Japan, EU-Republic of Korea, and EU-India cyber dialogues, while, apparently, having a troubled cyber cooperation framework with China. In the latter situation, since “China has already become a fully-fledged European power”,¹³⁸ the agenda is far more comprehensive and, evidently, includes the BRI (together with the 16+1/17+1), Huawei/5G, and the latest pandemic-associated issues. These processes are put in context with the words of Internal Market Commissioner Thierry Breton who noted that the EU “has the strongest industry in the world”, adding that its “companies — big and small— provide us with jobs, prosperity and strategic autonomy” and that “[m]anaging the green and digital transitions and avoiding external dependencies in a new geopolitical context requires radical change – and it needs to start now”.¹³⁹ This was in addition to the Commissioner’s previous statement that “Europe¹⁴⁰

¹³⁵ United Nations, 2019.

¹³⁶ United Nations, 2019.

¹³⁷ United Nations, 2019.

¹³⁸ Emilian Kavalski, “China’s ‘16+1’ is Dead? Long Live the ‘17+1’,” *The Diplomat*, 2019, [<https://thediplomat.com/2019/03/chinas-161-is-dead-long-live-the-171/>].

¹³⁹ Thierry Breton, “Making Europe’s Businesses Future-Ready: A New Industrial Strategy for a Globally Competitive, Green and Digital Europe,” *European Commission*, 2020b, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_416].

¹⁴⁰ Characteristically for many decision-makers who represent the EU’s major bodies, Commissioner Breton, in fact, used “Europe” as a linguistic equivalent for “the EU”.

has everything it takes to lead the 'big data' race, and preserve its technological sovereignty, industrial leadership and economic competitiveness to the benefit of European consumers".¹⁴¹ Due to the above unease in the relations, we elaborate on cyber issues on the table with the Asia-Pacific region.

2. *Asia-Pacific focus of the EU: a cybersecurity context*

If ASEAN–EU relations, both actual and perceived, are the subject of one of the most productive segments of academic research on both sides, the EU's (as well as its Member States') activity on the Asia-Europe Meeting (ASEM), which came into existence in 1996, - is not generating much academic "excitement" in the European continent.

The EU needs to exhibit its persistence in order to project its strategic narratives and secure partnerships in the Asia-Pacific, which, as a broad region, has "grown up" geo-strategically in the most remarkable way since 1996. Therefore, in 2018, the EU announced its intentions to deepen security cooperation with Asia. The Council of the EU considered that among others, cybersecurity is a key area for enhanced security engagement, and outlined the immediate priorities and core elements of action, namely "[e]nhanc[ing] cooperation in the field of cyber security in favour of a global, open, free, stable and secure cyber-space" and "[d]eepening cooperation to investigate and prosecute cyber-crime in line with the Budapest Convention and work with Asian partners on the application of international law in cyberspace and the implementation of norms of responsible state behaviour and on cyber capacity building".¹⁴² Later on, the ASEM Foreign Ministers' Meeting, chaired by Josep Borrell, issued a statement confirming these priorities, and also highlighting the need for protection of human rights and freedoms online, and adding the importance of development and implementation of confidence building measures in this area as well.¹⁴³

The EU has been engaged in dialogues with strategic partners including political dialogue on cybersecurity and information society

¹⁴¹ Thierry Breton, "Shaping Europe's Digital Future: Commission Presents Strategies for Data and Artificial Intelligence," *European Commission*, 2020a, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_273].

¹⁴² Council, "Enhanced EU Security Cooperation in and with Asia" (9265/1/18, Brussels, 2018b).

¹⁴³ ASEM Foreign Ministers' Meeting, "Chair's Statement," Madrid, 2019, [<https://www.consilium.europa.eu/media/41868/2019-12-16-asem-fmm-chair-s-statement.pdf>].

dialogue with India,¹⁴⁴ cyber dialogue and dialogue on ICT policy with Japan,¹⁴⁵ cyber dialogue and information society dialogue with the Republic of Korea.¹⁴⁶ With both Japan and the Republic of Korea, the EU's geo-strategic "conversation" is supported by a Free Trade Agreement – on both occasions (with the Japanese side, the document is even called "Economic Partnership Agreement"), the relationships in trade can be evidently considered highly successful and mutually beneficial.¹⁴⁷ Nevertheless, cybersecurity is not trade, and two major common elements are present in the process: the focus on applicability of international law and norms to cyberspace, and combating cybercrime. Characteristically for this specific cooperation and its content, of these countries, only Japan is a member of the Council of Europe Cybercrime Convention (Budapest Convention), which serves as an effective framework for making a difference in practice.

Having experienced a decades-long period of predominantly positive interactions with ASEAN, the EU is now in the middle of implementation of the ASEAN-EU Plan of Action 2018-2022, in which, under the heading of 'Combating terrorism, transnational crimes, address other non-traditional security issues,' the two sides agreed to cooperate "on issues related to cyber security, including in combating cybercrime".¹⁴⁸ The EU's substantive engagement in cybersecurity is also visible within the ARF's framework. During the first cybersecurity-focused ARF meeting in Kuala Lumpur, on 25-26 April 2018, an initiative was tabled on creating practical avenues for consultation and information sharing among ARF participants on measures to protect critical infrastructure from malicious ICT acts, co-

¹⁴⁴ European External Action Service, "Fifth European Union-India Cyber Dialogue Takes Place in Brussels" (Press releases, Brussels, 2018b), [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-home-page/55452/fifth-european-union-india-cyber-dialogue-takes-place-brussels_da].

¹⁴⁵ European External Action Service, "Joint Elements from the 4th EU-Japan Cyber Dialogue – 11 June 2019" (Press releases, 2019b), [https://eeas.europa.eu/topics/economic-relations-connectivity-innovation/64848/%E2%80%9Cjoint-elements%E2%80%9D-4th-eu-japan-cyber-dialogue-%E2%80%93-11-june-2019_en].

¹⁴⁶ European External Action Service, "4th European Union-Republic of Korea Cyber Dialogue Held in Seoul" (Press releases, Brussels, 2018a), [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-home-page/38995/press-release-4th-european-union-republic-korea-cyber-dialogue-held-seoul_en].

¹⁴⁷ European Commission, "South Korea" (2020f), [<https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/south-korea/>]; European Commission, "The EU and Japan's Economic Partnership Agreement" (2020g), [<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-japan-economic-partnership-agreement/>].

¹⁴⁸ ASEAN, "ASEAN-EU Plan of Action" (Manila, 2017), [<https://asean.org/storage/2017/08/ASEAN-EU-POA-2018-2022-Final.pdf>].

lead by the EU and Singapore.¹⁴⁹ In 2019, ASEAN and the EU issued a statement on Cybersecurity Cooperation predominantly focusing on the importance of normative frameworks, capacity- and confidence-building, and cooperation in general terms, and the mutual commitment to promote an open, secure, stable and peaceful ICT environment.¹⁵⁰ The two sides are engaged in a broader Information and Communication Technologies Dialogue, which, as the parties put it in a joint statement, can play an important role in promoting an open, secure, stable, accessible and peaceful cyberspace.¹⁵¹ Cybersecurity continues to feature in discussions also with the new EU Commission and in conjunction with the EU's "New Strategic Agenda 2019-2024". In the context of solidifying the process of strategic narratives' formation, the document points out that the EU "must protect [its] societies from malicious cyber activities, hybrid threats and disinformation originating from hostile State and non-State actors", and "[a]ddressing such threats requires a comprehensive approach with more cooperation, more coordination, more resources and more technological capacities".¹⁵² However, recent developments may create new challenges in the light of the EU's declared threat perceptions, its newly found plainspoken criticism and the inclination of several ASEAN members to sign up for the political vision of cyber sovereignty promoted by China.

Objectively, be it for the EU or any other major actor in the field of international relations, there is no easy answer when it comes to China-originated issues. In 2012, the EU and China managed to establish a cyber taskforce, but since then China has been perceived as one of the primary sources of cyber threats in Europe, and cooperation is focused mainly on confidence building measures.¹⁵³ As a particular feature of this relationship, the EU has been accused of applying double standards, because it appears to forget its principles on human rights, democracy and national minorities

¹⁴⁹ ASEAN Regional Forum, "Co-Chairs Summary Report, 1st ASEAN Regional Forum Inter-Sessional Meeting on Security of and the Use of Information and Communication Technologies." Kuala Lumpur, 2018, [<http://aseanregionalforum.asean.org/wp-content/uploads/2019/01/ANNEX-12.pdf>].

¹⁵⁰ ASEAN, "ASEAN-EU Statement on Cybersecurity Cooperation" (Bangkok, 2019), [<https://asean.org/storage/2019/08/ASEAN-EU-Statement-on-Cybersecurity-Cooperation-FINAL.pdf>].

¹⁵¹ Council, "Joint Statement of the 22nd EU-ASEAN Ministerial Meeting" (Brussels, 2019c), [<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/01/21/joint-statement-of-the-22nd-eu-asean-ministerial-meeting/>].

¹⁵² Council, "A New Strategic Agenda 2019-2024" (Brussels, 2019d), [<https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024-en.pdf>].

¹⁵³ Thomas Renard, "EU Cyber Partnerships: Assessing the EU Strategic Partnerships with Third Countries in the Cyber Domain," *European Politics and Society* 19, no. 3 (2018), 321-337.

when dealing with China.¹⁵⁴ While there is a difference between claimed rights and granted rights, and the balance of power is a dynamic phenomenon which will always lean to one side, for example to the side of those who wield more economic power,¹⁵⁵ the EU's identity narrative as an advocate for the protection of human rights (online or offline) has not been notable in its dealings with China. Relations have rather been more compounded by the EU's empowerment to screen foreign direct investments from non-EU countries on grounds of security or public order, and the discussions around the strategic and legal implications of the potential reliance on Chinese technology in the rollout of 5G.¹⁵⁶ In the cyber taskforce's latest meeting on 13 January 2020, the two sides went no further than exchanging views on issues including the overall situation in cyberspace, international rule-making processes, 5G and the digital economy.¹⁵⁷

On the ground, pre-Brexit and pre-pandemic EU-China trade averaged over EUR 1 billion a day.¹⁵⁸ However, the astonishing level of the EU's trade deficit with China —EUR 164 billion in 2019¹⁵⁹— and the obvious lack of analytical comprehension on the EU's side of how China strategises its BRI in Europe where the EU is the power, were put aside by an indignation expressed by the Commission President. Ursula von der Leyen openly accused China of conducting hostile cyber operations and “a rise of online disinformation” against EU-situated entities and citizens, noting that “this cannot be tolerated”.¹⁶⁰ In his turn, Josep Borrell has also painted a

¹⁵⁴ David Ramiro Troitiño, David, Tanel Kerikmäe, and Archil Chochia, “Foreign Affairs of the European Union: How to Become an Independent and Dominant Power in the International Arena,” in *The EU in the 21st century. Challenges and Opportunities for the European Integration Process*, eds. David Ramiro Troitiño, Tanel Kerikmäe, Ricardo Martín De la Guardia, and Guillermo Á. Pérez Sánchez (Springer, 2020), 218 (209-230).

¹⁵⁵ Evert van der Zweerde “Democratic Repertoires of Political Legitimization,” in *Russia and the EU – Spaces of Interaction*, eds. Andrey Makarychev and Thomas Hoffmann (Routledge, Taylor & Francis Group, 2018), 9-26.

¹⁵⁶ Kadri Kaska, Henrik Beckvard, and Tomáš Minárik, “Huawei, 5G and China as a Security Threat,” *CCDCOE*, Tallinn, 2019, [<https://ccdcoe.org/uploads/2019/03/CCDCOE-Huawei-2019-03-28-FINAL.pdf>].

¹⁵⁷ Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China, “The 7th China-EU Cyber Taskforce Was Held in Beijing,” 2020, [https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjb_663304/zizjg_663340/jks_665232/jkxw_665234/t1731937.shtml].

¹⁵⁸ European Commission, “China” (2020h), [<https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/china/>].

¹⁵⁹ Eurostat, “China-EU trade in goods: €164 billion deficit in 2019,” 2020, [<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-new/s/-/DDN-20200320-1>].

¹⁶⁰ Ursula von der Leyen, “Statement by President von der Leyen at the Joint Press Conference with President Michel, Following the EU-China Summit Videoconference,”

sobering picture about EU-China relations, explaining in an interview that “Europe has been ‘a little naïve’ in its relationship with China but its approach is becoming more realistic”.¹⁶¹ As a result, the EU’s changed attitude towards China has been summarised in “Defending EU interests and values in a complex and vital partnership”,¹⁶² and this remains the *status quo* thus far.

VI. Discussion and conclusion

This paper’s data-gathering was bound by an issue-specific claim to be tested – the idea to see whether or not the EU is in the process of utilising its inborn imperial paradigm to gradually become a globally-acknowledged power in cybersecurity, which can be considered an important element of the multidisciplinary debate on global geo-strategic redesign. The EU (as well as NATO, for example) does not belong to the Yalta-1945 international system, which objectively no longer exists. Indeed, there is a competition in the field, and the other contemporary empires, with or without acknowledging their high-profile geo-strategic status, are working to provide the world with a “single logic” on how to manage the cyber domain – the only thing is that, as noted, it is a matter of allowing a particular precedency to lead the way, but everything will be coming with a different set of ethics and political philosophy.

In the meantime, since the beginning of the 1990s, the world is “living” practically without an international system in place, there is still a need to communicate with different states and organisations. For a powerful actor like the EU, “communication” often has to be strategic, often synonymised with “cooperation” or even “enforcement of cooperation” – in scholarly terms, an empire’s ultimate survival is always at stake. Keeping this premise in mind, a consideration that the postulates of Strategic Narrative Theory can be useful in the process of detecting the EU’s actions on influencing the global cybersecurity environment is academically justified. Not many experts in the field will deny an important context-associated

European Commission, 2020a, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1162].

¹⁶¹ Josep Borrell, “Europe Has Been ‘Naive’ About China, Says Josep Borrell,” *Politico*, 2020a, [<https://www.politico.eu/article/europe-has-been-naive-about-china-josep-borrell/>].

¹⁶² European Commission. “EU-China Summit: Defending EU Interests and Values in a Complex and Vital Partnership” (2020i), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1159].

presumption that the EU has a certain range of capabilities to “produce” and, with a bit of time, solidify its own identity, system, and policy narratives on cybersecurity. However, this discussional framework needed yet another important factor to be analytically accounted for – the EU’s cyber power.

In order to provide for a more nuanced way of data classification and a higher degree of measurability (now and in the future), this research proposed linking Strategic Narrative Theory with a model of dimensions of the EU’s cyber power. Hence, after an elaborate review of the EU’s communicative acts relating to cybersecurity, the detected narratives were classified according to what dimensions of cyber power they pertain to, and whether they are identity, system or policy narratives. The aforementioned dimensions made a nearly perfect analytical “deal” with the three types of strategic narratives producing a summarising issue-specific scheme where each and every EU cyber power-associated dimension is interlinked with a particular strategic narrative, and the whole construct is firmly “standing” on cybersecurity-focused strategic communication (see *Table 2*). In this way of looking at the issue, it is always visible what the EU has already delivered in the context of linking a desired integrated capability with a corresponding strategic narrative, and where the EU is still missing out in terms of reaching a cyber power’s level. As an example of the latter, the cluster of the EU’s “Integrated Government Capability” presumes that the entity has a strategy on attacking in cyberspace – the EU has not yet been able to formulate a strategic identity narrative on the point, although it has opted for a non-military approach in its 2017 cyber diplomacy toolbox.

Table 2
Strategic narratives of European cyber power

The EU's strategic communication on cybersecurity			
Dimensions of cyber power / Strategic narrative	Identity narrative	System narrative	Policy narrative
	<i>Attack and defend in cyberspace</i>	<i>Delivering joint actions; Share operational resources</i>	<i>Drafting policy positions; share operational resources</i>
Integrated Government Capability	— The EU is a coordinator	— No cyber islands	— Reducing uncertainty requires close cooperation (“there are no cyber islands”)
	— The EU is an autonomous player with technological sovereignty	— “Whole-of-the-Union”	— Common and comprehensive action
	— The EU is a moderator of economic and societal prosperity (including protection of fundamental rights, in particular privacy and freedom of expression)	— Complex web of horizontal and vertical policy interdependencies lead to formation of new alliances, rearrangements of old ones.	— Open and secure cyberspace is a foundation for economic prosperity (European Common Market is the foundation) and development
	— The EU as a force for good (Open and secure cyberspace is a foundation for economic prosperity)	— Thinking global, acting European: Fortress Europe	— Cybersecurity entails a complex web of horizontal and vertical interdependencies with other policies
	— EU is a space where a serious fight against cybercrime is effectively put up, while maintaining the highest level of protection of fundamental and human rights		— Hope for the best but prepare for the worse

The EU's strategic communication on cybersecurity			
Dimensions of cyber power / Strategic narrative	Identity narrative	System narrative	Policy narrative
<i>Work through international alliances and partnerships</i>			
Integrated System Capability	<ul style="list-style-type: none"> — The EU is a civilizer and stabiliser: Changed security environment dictates the need for greater EU security autonomy and clear rules for the sake of predictability and economic development — The EU is a good model and moderator of economic and societal prosperity (including protection of fundamental rights, in particular privacy and freedom of expression) — EU as a force for good (Open and secure cyberspace is a foundation for economic prosperity) — EU is a global expert leader in advancing rules for secure and open cyberspace — EU is a reliable, strong and neutral partner in cybersecurity issues 	<ul style="list-style-type: none"> — Cybersecurity is a complex strategic challenge — The EU is a significant cyber actor in the international system — Thinking global, acting European: Global Europe 	<ul style="list-style-type: none"> — Complexities of cyber issues makes the EU perfectly well placed to act and support and coordinate, however the main responsibility remains with MS — System needs more trust frameworks, such as confidence building, predictable international normative frameworks, and capacity to cooperate and align action among partners (e.g., cyber capacity building) — Militarisation and non-friendly use of cyberspace by state actors (or by their proxies) needs a strategic response — Non-military cybersecurity policy is a real alternative

The EU's strategic communication on cybersecurity			
Dimensions of cyber power / Strategic narrative	Identity narrative	System narrative	Policy narrative
	<i>Using non-state cyber elements in direct support of policy (work together with infrastructure operators, software and hardware manufacturers, hackers, researchers, activists)</i>		
Integrated National Capability	<ul style="list-style-type: none"> — The EU is a democratic, smart and structuring power: Multi-stakeholder approach is taken, which is the preferred model reflecting the realities of cyberspace; while with a systematic approach, the non-state capabilities can be harnessed (cyber competence networks, PPP <i>et cetera</i>) 	<ul style="list-style-type: none"> — Cybersecurity is a shared responsibility, “whole-of-the-nation” approach: Multi-stakeholder system view is adopted, where private sector is essential, its capabilities are being harnessed User-level roles are important — “whole-of-the-society” approach—for example cyber hygiene 	<ul style="list-style-type: none"> — Technological sovereignty Dependence on external providers is increasing the unpredictability of the cyber environment and exposes the EU to unnecessary risks. — Awareness raising at individual level supports a core collective capability.

Source: created by authors via adaptation of Klimburg; Dunn Cavelt; and Miskimmon, O’Loughlin, and Roselle.

Before the EU’s 2017 Cybersecurity Strategy, which put forward a truly ambitious plan on enhancing international cooperation in creating effective cyber deterrence regardless of the sources of threats, EU-level policies on the theme were predominantly intra-oriented. Naturally, it pushed the cyber power’s integrated system cyber capabilities to effectively work indirectly through economic policies of the world’s biggest single market. In the external context, the EU used to rely on a number of reflectory international engagements, more specifically in the private sector. However, gradually, from a market-based and principled approach, the EU has arrived at a comprehensive policy that incorporates many elements from all major policy segments internally and externally including, on top of the narrow sectoral and internal market-oriented approaches, the Cyber Diplomacy Toolbox,

bilateral dialogues, involvement of the EU in international *fora*/conferences, cooperation with NATO, the UN, the CoE, OSCE, horizontal cooperation with non-state and hybrid organisations (FIRST, ICANN), which can be construed in terms of integrated system cyber capabilities. At the same time, when returning to Klimburg's clusters of cyber power, it is also clear that the EU has been paying attention to the constitutive elements, although not always as consciously as the theory would imply. The EU's cyber power as such remained contextual, depending on the depth of integration as well as the understanding of its own status as a powerful entity. There is also an issue of shifting responsibility in general cybersecurity, stating that the EU is just a coordinator, adviser, supporter, but the main responsibility lies with Member States and the private sector to secure cyberspace and build cyber resilience. However, the cybersecurity strategies of the EU and other high-level documents present a narrative mixing of "whole-of-the-nation" and "whole-of-the-Union" approaches.

Based on the data and analysis presented above, we can conclude with confidence that the EU bears significant cyber powers and these powers are growing. However, it also becomes clear that these are mostly "soft" in nature as the EU —as such— still lacks the 'hard' cyber capabilities. Some Member States have already developed significant operational capabilities in their national security context, but these are not yet in the common pool, and most member states are responding to the militarisation of cyberspace in kind, for example, developing cyber offensive capabilities.¹⁶³ Therefore, it is completely justifiable for the EU, which is not a military organisation, to put cyber power in its own context of strategic identity narrative, relying on its persuasive, normative and economic force, its subject-matter expertise and coordinating role. In addition, it is not across but very much along the line of the EU's "imperial" mission to export good governance.

The EU's views about the nature and structure of the cyber game have developed from cybersecurity being a technical problem to a complex strategic challenge with distributed forces, and which requires maximum efforts and a whole-of-the-Union approach. In this system, the private sector is also essential and its capabilities need to be harnessed on all fronts, and responsibility for ensuring cybersecurity shared among all levels. While information and communication technologies are key enablers of economic development, reliance on them can carry significant risks, and it is now emphasised that dependence on external providers is exposing the

¹⁶³ Agnes Kasper, and Csaba Krasznay, "Towards Pollution-Control in Cyberspace: Problem Structure and Institutional Design in International Cybersecurity," *International and Comparative Law Review* 19, no. 2 (2019), 76-96.

EU to unnecessary risks. Facing increasing uncertainty is not possible without close cooperation at all levels as there are “no cyber islands,” and common and comprehensive action is required, potentially deepening integration in new areas. Furthermore, the EU is portrayed as a democratic, smart and structuring power, taking the multi-stakeholder approach which reflects cyberspace realities and systematically building cyber capabilities from the bottom-up. In the cyber game the EU is clearly a moderator of economic and societal prosperity, based on protection of fundamental rights and open and secure cyberspace. While the EU, presumably, sees itself as a significant cyber actor in the international system and, evidently, argues that complexities of cyber issues make the entity well placed to act, support and coordinate, the main responsibility for cybersecurity is still pushed down to the Member States and the private sector (even to the citizens level, to an extent), emphasising a multi-stakeholder approach as opposed to the multilateral one. Focus on the importance of regulation, international law and norms, emphasis on the protection of human rights suggest that the EU is a civilising and stabilising force, but the changed security environment dictates the need for a greater EU security autonomy (or even strategic responsibility) and clear rules for the sake of predictability and economic development.

The EU, as such, remains undecided on the precise details of its “hard” cyber power. The entity’s “imperial conversation” with the world revolves around the attractiveness of a rules-based and inclusive cyber-EU, a force for well-being and prosperity in the global village; however, tickets to this moral elite club may also be up for sale on occasion. Therefore, the EU’s strategic system narrative can, in principle, allow the entity to react in accordance to its real might. However, it can also be observed that the appetite for pooling and sharing in regards of operational capabilities and “hard” cyber power increased, as in a technology-dependent society these are *condicio sine quibus non* of an effective policy. The EU communicates this via the carefully crafted “Thinking global, acting European” concept, which reflects the following two parallel strategies: lessening the vulnerabilities and decreasing the threats, being implemented respectively as increasing cybersecurity by shielding Europe from the harmful effects of global cyberspace and increasing cybersecurity by trying to reduce the threats originating from outside the EU by international norm setting and persuasion. In this process, the cyber fortress Europe is to be created, which by default needs to engage in empire-like behaviour if it was to insist on an open and free (and secure) global cyberspace. For the EU to have a convincing geo-strategic voice on the global stage, there is a need to understand and acknowledge what it really is as a power – let it be a cyber power to commence with.

Sobre los autores

La **Dra. Agnes Kasper** es profesora adjunta de Derecho y Tecnología en el Departamento de Derecho de la Universidad Tecnológica de Tallín (TalTech). Licenciada en Negocios Internacionales, tiene un título de máster en Derecho y un título de Doctora en Dirección de Empresas, y ha recibido cursos de capacitación oficiales sobre aspectos técnicos de ciberseguridad y pruebas digitales. La Dra. Kasper ha trabajado en embajadas, organizaciones de derechos humanos y ha dirigido el departamento legal en una empresa de consultoría y desarrollo de TI. También ha actuado en calidad de asesora en consultas con gobiernos sobre temas relacionados con la ciberseguridad, así como experta externa de la Comisión Europea. Su investigación actual se centra en los aspectos regulatorios de la ciberseguridad.

Vlad Vernygora es profesor de Relaciones Internacionales en la Universidad Tecnológica de Tallín (Estonia) y candidato a Doctor en Ciencias Sociales en la Universidad de Laponia (Finlandia). Es alumno de la Universidad Nacional de Derecho Yaroslav Mudryi (Ucrania) y la Universidad de Canterbury (Nueva Zelanda). Sus intereses académicos incluyen los imperios contemporáneos y sus narrativas estratégicas, la UE y sus políticas, las interacciones de Europa con Asia-Pacífico, la OTAN y sus socios mundiales, y la Iniciativa de la Franja y la Ruta. Vlad posee el Premio de Enseñanza de la Universidad Tecnológica de Tallinn de 2015 y una nominación preseleccionada para el Premio Nacional de Enseñanza Universitaria de 2016 en Estonia. Desde octubre de 2014 hasta abril de 2017, Vlad estuvo a cargo de la parte operativa del proyecto “NATO Global Perceptions – Views from the Asia-Pacific Region” del programa “Science for Peace and Security” de la OTAN.

About the authors

Dr Agnes Kasper is a Senior Lecturer of Law and Technology in the Department of Law of Tallinn University of Technology (TalTech). She holds a BA in International Business, MA in Law and Ph.D. in Management, and received formal trainings on technical aspects of cybersecurity and digital evidence. Dr Kasper served at embassies, human rights organisations and she was leading the legal department in an IT consultancy and development company. She has also acted in advisory capacity in consultations with governments on issues relating to cybersecurity, as well as an external expert for the European Commission. Her current research focuses on regulatory aspects of cybersecurity.

Vlad Vernygora is a Lecturer in International Relations at Tallinn University of Technology (Estonia) and DSocSc Candidate at the University of Lapland (Finland). He is an alumnus of the Yaroslav Mudryi National Law University (Ukraine) and the University of Canterbury (New Zealand). His academic interests include contemporary empires and their strategic narratives, the EU and its policies, Europe's interactions with the Asia-Pacific, NATO and its global partners, and the Belt and Road Initiative. Vlad holds Tallinn University of Technology's Teaching Award of 2015 and a short-listed nomination for the 2016 country-wide University Teaching Award in Estonia. From October 2014 until April 2017, Vlad was managing the operational side of the NATO Science for Peace and Security Programme Project "NATO Global Perceptions – Views from the Asia-Pacific Region".

Judicialization of Economic and Monetary Union: between a rock and a soft place?¹

*Judicialización de la Unión Económica y Monetaria:
¿Entre la espada y la pared?*

Nuno Albuquerque Matos

PhD Candidate at Católica Global School of Law, Lisbon
nunoalbuquerquematos@gmail.com

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021pp73-106>

Recibido el 11 de noviembre de 2020
Aceptado el 26 de mayo de 2021

Contents: 1. Introduction.—2. European Central Bank unconventional policies.—3. Judicial review of ECB's action.—4. Bundesverfassungsgericht decision pursuant to Weiss.—5. Institutional consequences.—6. Back to basics: a look to the past to envision the future.—7. Conclusion

Abstract: The European Central Bank has been active since the sovereign debt crisis that struck European Union Member States by putting in place several asset-purchasing programmes such as Outright Monetary Transactions and Public Sector Purchase Programme. As much as these decisions have proven the pivotal importance of this institution within the monetary union, they have also spurred controversy on potentially having exceeded the competences attributed to the Union. The German federal constitutional court heard challenges to both and requested the Court of Justice to decide on their validity within the framework of a preliminary ruling. The decision of the former court to declare the Public Sector Purchase Programme *ultra vires* —in this way countering the preliminary ruling decision— as well as its argumentation could produce many institutional consequences to both the European Central Bank and Court of Justice of the European Union. Finally, it has shown the limits of European Union integration and will inevitably propel discussions on which way to go in the future: it is time for this discussion to come out from courtrooms into the public sphere.

Keywords: Economic and Monetary Union; Monetary policy; *Ultra vires*; Gauweiler; Weiss.

Resumen: *El Banco Central Europeo ha participado activamente desde la crisis de la deuda soberana que afectó a los Estados miembros de la Unión Europea, al poner en marcha varios programas de compra de activos, como el*

¹ The present article was generously funded by FCT – Fundação para a Ciência e Tecnologia, under PhD scholarship PD/BD/150292/2019.

Programa de Transacciones Monetarias Directas y el Programa de Compra del Sector Público. Si bien estas decisiones han demostrado la importancia fundamental de esta institución dentro de la unión monetaria, también han causado polémica por haber superado potencialmente las competencias atribuidas a la Unión. El tribunal constitucional federal alemán escuchó las impugnaciones de ambos y solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre su validez en el marco de una decisión prejudicial. La decisión de áquel de declarar ultra vires el Programa de Compras del Sector Público —de esta forma contrarrestando la decisión prejudicial— así como su argumentación, podrían producir muchas consecuencias institucionales, tanto para el Banco Central Europeo, como para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Finalmente, ha mostrado los límites de la integración de la Unión Europea e inevitablemente impulsará las discusiones sobre qué camino tomar en el futuro: es hora de que esta discusión salga de los tribunales a la esfera pública.

Palabras clave: Unión Económica y Monetaria; Política Monetaria; Ultra vires; Gauweiler; Weiss.

1. Introduction

Central bankers have become widely known figures during the last decade. The 2007 crisis brought about the fragility of the world's financial system and central banks needed to step up and take center stage in stabilizing the world's economy by providing massive amounts of support.

While these rather uncommon monetary policies were not very contentious in many countries, this was not the case in the EU, as the active role taken by the ECB in stabilizing and preserving the integrity of the Eurozone's economy spurred a judicial debate over whether this increased intervention should be considered to be within the boundaries of the Treaties. The judicial challenge of two ECB decisions before the German federal constitutional court, and its subsequent engagement with the Court of Justice, are the epilogue of longstanding case law of the former regarding the assessment of the legality of acts of EU institutions, given the limits of EU integration and the way it views the relationship between EU and national legal systems.

As such, the present article will be divided in four parts. In part 2 we will provide a layout of the unconventional policies undertaken by the ECB that were judicially challenged. Setting the features of the two contentious ECB decisions —Outright Monetary Transactions and Public Sector Purchase Programme— will be important to understand the challenge brought before the German federal constitutional court, the questions it

referred for preliminary ruling and how the Court of Justice tackled them, which we will address in part 3. Such paramount judicial decisions may bring about consequences in the way the ECB and the Court of Justice operate, which will be explored in part 4. Lastly, in part 5 we will endeavor to envision what the future might hold by looking at the past and reasoning around the way the EU integration has evolved.

2. European Central Bank unconventional policies

The ECB has adopted a discrete way of performing its mandate for the first years of existence, namely by resorting to the interest rate setting mechanism, during a period of relatively stable market. However, stability was severely affected in 2007 with the eruption of the worst financial crisis since the Great Depression.² Unlike other central banks, this shift has not prompted the ECB to immediately change course^{3,4} and to adapt to extraordinary circumstances until a few years later.

This relatively slower pace of adaption has much to do with institutional, contextual and historical constraints. Indeed, it is recognized that the setting up of the ECB was conditioned to its resemblance of the *Bundesbank*, which was seen as the compromise for Germany to lose monetary policy control and render it to an independent institution inspired on its core values of price stability and conservatism.⁵ On the other hand, as Weiler portrays, the EU is a continuously evolving constitutional space, where institutional transformations take place, sometimes by way of

² See, for instance, P. Krugman, “The Lesser Depression”, *The New York Times*, 21 July 2011, <https://www.nytimes.com/2011/07/22/opinion/22krugman.html>, accessed 20 June 2020; J. Bivens, “Worst economic crisis since the Great Depression? By a long shot”, *Economic Policy Institute*, 27 January 2010, https://www.epi.org/publication/snapshot_20100127/, accessed 20 June 2020.

³ After Lehman Brothers filed for bankruptcy in September 2008, the US Federal Reserve System quickly decreased it for 1.50% (on October 8th), 1% (on October 29th) and 0-0.25% (on December 16th). In contrast, the ECB had rates set at 4.75% (on October 8th), 4.25% (on October 9th and 15th) and ended 2008 at 3%. On this, see <https://www.federal-reserve.gov/monetarypolicy/openmarket.htm> and https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/key_ecb_interest_rates/html/index.en.html, both accessed 20 June 2020.

⁴ For a thorough analysis of the institutional evolution spurred by the financial crisis, see J. C. Silva, *Agências Europeias de Regulação* (Gestlegal 2019), p. 384 and seq; T. Beukers, “The new ECB and its relationship with the eurozone Member States: between central bank independence and central bank intervention”, 50 *Common Market Law Review* (2013), p. 1580.

⁵ K. Tuori, *The European Financial Crisis-Constitutional Aspects and Implications*, (EUI Working Paper, Law 28/2012), <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/24301>, accessed 15 May 2020; C. Kombos, “Constitutional Review and the Economic Crisis: In the Courts We Trust?”, 25 *European Public Law* (2019), p. 114.

mutation, thus extending competences not foreseen when the Treaty of Rome and subsequent were agreed upon.⁶

The transformation of the ECB has taken place gradually,⁷ by adopting non-conventional measures during the Eurozone crisis. For the purposes of this paper, we will focus on the Securities Market Programme, Outright Monetary Transactions and the Public Sector Purchase Programme.

In 2010, the ECB announced the adoption of the Securities Market Programme,⁸ by implementing measures to address the “*severe tensions in certain market segments which are hampering the monetary policy transmission mechanism and thereby the effective conduct of monetary policy oriented towards price stability in the medium term*”.⁹ The objective of the programme was “*to address the malfunctioning of securities markets and restore an appropriate monetary policy transmission mechanism*”¹⁰ and the scope of the interventions would be determined by the Governing Council. In an important remark, the ECB stated that this adoption was taken on condition of fiscal frugality.¹¹ This programme was active essentially in the first half of 2010 and second half of 2011, however it did not prove effective in the long-term despite positive short-term effects, possibly due to its limited scope at the outset.¹²

As such, in 2012 it was replaced by Outright Monetary Transactions, whose objective was two-fold: (i) to restore an appropriate monetary policy transmission and (ii) to safeguard the singleness of monetary policy by lowering bond yields, thus reducing borrowing costs for Member States by providing confidence to investors in the sovereign-bond markets. The ECB framed the programme within its mandate of “*define and implement the*

⁶ J. Weiler, “The Transformation of Europe”, 100 *Yale Law Journal* (1991), p. 2403. On EU constitutional changes see also K. Tuori and K. Tuori, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis* (Cambridge University Press 2014); B. De Witte, “Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?”, 11 *European Constitutional Law Review* (2015), p. 434; M. Ioannidis, “Europe’s new transformations: How the EU economic constitution changed during the Eurozone crisis”, 53 *Common Market Law Review* (2016), p. 1237.

⁷ For an overview of ECB intervention see T. Beukers, 50 *Common Market Law Review* (2013).

⁸ See Decision of the European Central Bank of 14 May 2010 establishing a securities market programme (ECB/2010/5) (2010/281/EU), OJEU, L 124/8, 2010.

⁹ *Idem*, recital 2.

¹⁰ *Idem*, recital 3.

¹¹ *Idem*, recital 4.

¹² M. Ioannidis, 53 *Common Market Law Review* (2016), p. 1255. See also M. Falagiarda and S. Reitz, “Announcements of ECB unconventional programs: Implications for the sovereign spreads of stressed euro area countries”, 53 *Journal of International Money and Finance* (2015), p. 280.

monetary policy of the Union”, in accordance with article 127 (2) TFEU and article 3 of ECB Statute.

There are several features that characterize this programme. First, the ECB can purchase government-issued bonds maturing in one to three years on request of a government asking for financial assistance under the European Financial Stability Fund and European Stability Mechanism¹³ – the conditionality principle. Most importantly, conditions must not only be agreed but also effectively implemented to enable eligibility. Second, in stark contrast with the previous programme, there are no *ex ante* quantitative limits on the size of transactions. Third, the ECB accepts the same (*pari passu*) treatment as private or other creditors with respect to bonds issued by euro area countries and purchased by the Eurosystem – no preferential treatment principle. Fourth, in order to prevent potential inflationary pressures, the liquidity created would be sterilized by conducting liquidity-absorbing operations of the corresponding amount to counter any effects on money supply. Finally, transparency, which implies that aggregate outright monetary transaction holdings and their market values to be published on a weekly basis.¹⁴

The Public Sector Purchase Programme was adopted by the ECB in 2015, involving large-scale purchase of bonds issued by public entities in the Eurozone, mostly central governments, by the Eurosystem with the aim of increasing inflation. Indeed, the ECB frames the Decision within the purview of its mandate, affirming that “*This decision was taken as part of the single monetary policy in view of a number of factors that have materially increased the downside risk to the medium-term outlook on price developments, thus jeopardising the achievement of the ECB’s primary objective of maintaining price stability*”.¹⁵

On the proportionality of the Decisions, regarding Outright Monetary Transactions, there was a clear intention to frame the programme within the ECB’s mandate of “*define and implement the monetary policy of the Union*”, in accordance with article 127 (2) TFEU and article 3 ECB Statute. Although no bonds have actually been purchased under this program, this reasoning was conducted not only to address shortcomings in the EMU’s

¹³ For an overview, see M. Megliani, “From the European Stability Mechanism to the European Monetary Fund: There and Back Again”, 21 *German Law Journal* (2020), p. 674.

¹⁴ ECB Press Release of 6 September 2012 at https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html, accessed 18 May 2020. In the doctrine, Falagiarda and Reitz, 53 *Journal of International Money and Finance* (2015), p. 280; D. Adamski, “Economic Constitution of the Euro Area After the Gauweiler Preliminary Ruling”, 52 *Common Market Law Review* (2015), p. 1453.

¹⁵ Decision (EU) 2015/774 of the European Central Bank of 4 March 2015 on a secondary markets public sector asset purchase programme, OJEU L 121/20, recital 3.

structure, namely the mismatch with decentralized fiscal policy,¹⁶ but also to address criticism, mainly from the German federal constitutional court. Outright Monetary Transactions was largely seen as a tipping point in the management of the EU sovereign debt crisis, particularly because of the way Mario Draghi (ECB's president at the time) managed market expectations with the *whatever it takes* statement. In a way, in that moment it was clear that flexibility was cornerstone, in opposition to an *a priori* defined and rigid system.

On Public Sector Purchase Programme, in order to justify its necessity, the ECB is also careful to provide context and describe the increasing steps it had taken until deciding for its adoption.

*In an environment where key ECB interest rates are at their lower bound, and purchase programmes focusing on private sector assets are judged to have provided measurable, but insufficient, scope to address the prevailing downside risks to price stability, it is necessary to add to the Eurosystem's monetary policy measures the PSPP as an instrument that features a high transmission potential to the real economy.*¹⁷

The ECB also deems the measure adequate, given that its portfolio rebalancing effect and the sizable purchase volume of the Public Sector Purchase Programme.

*will further ease monetary and financial conditions, including those relevant to the borrowing conditions of euro area non-financial corporations and households, thereby supporting aggregate consumption and investment spending in the euro area and ultimately contributing to a return of inflation rates to levels below but close to 2 % over the medium term*¹⁸.

This programme is therefore an extension of Outright Monetary Transactions in terms of conception and underlying idea. The substantive difference between the two programmes is of course the magnitude of intervention the former has entailed¹⁹.

¹⁶ See Adamski, 52 *Common Market Law Review* (2015), p. 1455.

¹⁷ Decision (EU) 2015/774, recital 4.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ At the end of May 2020, the PSPP holdings account for over 2 trillion euros, representing around 16% of Eurozone's GDP in 2019 according to Eurostat, available at <https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=1&pcode=tec00001&language=en>, accessed 5 June 2020.

3. Judicial review of ECB's action

Judicial review of Outright Monetary Transactions and the Public Sector Purchase Programme was performed by the Court of Justice in *Gauweiler*²⁰ and *Weiss*²¹ respectively. In the present section we will analyze them separately.

3.1. *The Gauweiler case*

The *Gauweiler* case²² is to be considered a landmark case from the outset, not only because it was originated by the first ever preliminary ruling reference performed by the German federal constitutional court to the Court of Justice, but also (and most importantly) because it formally triggered a substantive constitutional interaction between these two High Courts on a set of issues related to EU integration and distribution of competences with Member States in a concrete, factual setting: the interpretation and implementation of EU Treaties by an EU institution.²³

In essence, in the national proceedings before the German federal constitutional court, the applicants submitted (i) that Outright Monetary Transactions' decisions form an *ultra vires* act inasmuch as they are not covered by the mandate of the ECB and infringe Article 123 TFEU and (ii) that those decisions breach the principle of democracy entrenched in the German Constitution and thereby impair German constitutional identity.²⁴ ²⁵

²⁰ Case C-62/14, *Peter Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag*, EU:C:2015:400.

²¹ Case C-493/17, *Heinrich Weiss and Others*, EU:C:2018:1000.

²² On this case, in the doctrine, F. Fabbrini, "After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States", 16 *German Law Journal* (2015), p. 1003; Adamski, 52 *Common Market Law Review* (2015); M. Kumm, "Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of 'Chicken' and What the CJEU Might do About It", 15 *German Law Journal* (2014), p. 203; V. Borger, "Outright Monetary Transactions and the stability mandate of the ECB: Gauweiler", 53 *Common Market Law Review* (2016), p. 139; M. Goldmann, "Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review", 15 *German Law Journal* (2014), p. 265.

²³ While the Court of Justice had already delivered an important ruling in *Pringle*, where the issue at hand there was substantively different, since it was related to whether the European Stability Mechanism — a treaty established under international law — was to be considered compatible with EU law. See Case C-370/12, *Thomas Pringle v Government of Ireland and Others*, EU:C:2012:756.

²⁴ Case C-62/14, *Peter Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag*, para. 6.

²⁵ See F. Fabbrini and A. Sajó, "The dangers of constitutional identity", 25 *European Law Journal* (2019), p. 457, for other national and supranational courts using the same argument. See also W. Sadurski, "Solange, chapter 3': Constitutional Courts in Central

As such, the national court decided to stay the proceedings and refer essentially two questions to the Court of Justice. First, whether Outright Monetary Transactions exceed the powers conferred to the ECB on monetary policy, as defined in the Treaties and, second, whether this Decision violates the primary law principle of monetary financing prohibition. While doing so, it also tried to pressure the Court into taking a certain course of review, stating at the outset that the ECB's mandate must be interpreted strictly in order to meet democratic requirements and that compliance with its limits must be subject to comprehensive — thus substantive — judicial review.²⁶

3.1.1. Acting *ultra vires*?

The Court of Justice started by recalling that the Union has exclusive competence on monetary policy for Member States whose currency is the euro [article 3 (1) (c) TFEU], being the ECB and national central banks tasked to conduct that policy with independence (article 282 TFEU). Although the Treaties did not settle for a definition of monetary policy, they define the objectives it ought to pursue. Thus, the primary objective is to maintain price stability (interpreted by the ECB as meaning close but below 2% inflation). Without prejudice to that objective, monetary policy should also support the general economic policies in the Union, with a view to contribute to the achievement of its objectives, as laid down in Article 3 TEU.²⁷

Given the clear mandate, the issue of whether the programme in question fits the mandate or, on the contrary, exceeds the powers Member States have conferred to the Union, was addressed. Building upon *Pringle*, the Court established a delimitation between monetary and economic policy, stating that in order to determine whether a measure falls within the area of monetary policy it is necessary to take into account the objectives of that measure as well as the instruments used to implement it.²⁸

In order to frame Outright Monetary Transactions as monetary in nature, the Court stated a number of reasons. First, since monetary policy must be single, the objective of safeguarding its singleness does not exceed the mandate. Second, the objective of safeguarding an appropriate transmission of monetary policy is likely to attain the referred singleness

Europe – Democracy – European Union”, 14 *European Law Journal* (2008), p. 1; M. Claes, “The protection of national constitutional identity and the limits of European integration at the occasion of the *Gauweiler case*”, 16 *German Law Journal* (2015), p. 917.

²⁶ Case C-62/14, *Peter Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag*, para. 8-10.

²⁷ *Idem*, para. 34-45.

²⁸ *Idem*, para. 46.

but also to maintain price stability. The reason for this is that the mechanisms used to transmit the ECB's monetary policy effectively are essential in impacting price developments. Therefore, disrupting these mechanisms necessarily affect the ability to guarantee price stability. And while monetary policy decisions might also spill over to economic policy matters (such as to contribute to the stability of the Euro area) that circumstance does not change its inherent nature.²⁹

In what concerns the means of implementation by resorting to outright monetary transactions on the secondary sovereign debt markets, the ECB Statute grants the possibility of buying and selling outright marketable instruments. The fact that the transactions would not entail a general approach and, on the contrary, would embody a selective nature was not seen as problematic either, as the fragmentation of monetary policy transmission was not homogeneous. As such, a targeted bond buying programme would be adequate to address the identified shortcomings.³⁰

The Court also rejected the claim that the economic policy nature of the decision derives from the conditionality principle. While it is true that compliance with an European Financial Stability Fund or European Stability Mechanism macroeconomic adjustment programme might produce economic policy effects, those effects should be considered as indirect and should not be treated as equivalent. In a forceful argument, it stressed that the conditionality principle is also essential to respect the subsidiarity principle on economic policy decisions, in that a monetary policy intervention might relax economic conditions and indicators which could have justified adjustment efforts had that involvement not taken place. We would also add that the breaking of monetary policy transmission was much due to heterogeneous economic and fiscal conditions which made Member States creditworthiness and risk perception to vary widely. As such, the better the economic circumstance, the least monetary policy would have to undertake in unconventional measures to ensure its effective implementation.³¹

Finally, the Court assessed the programme as complying with the proportionality test, setting the framework early on by stating that the ECB is to be granted a broad discretion given the “*choices of a technical nature and to undertake forecasts and complex assessments*”, which it must conduct with all care and accuracy. Nevertheless, that does not mean that the institution is exempt from judicial review. In fact, the more discretion enjoyed the more fundamental it is to comply with procedural guarantees

²⁹ *Idem*, para. 48-52.

³⁰ *Idem*, para. 53-56.

³¹ *Idem*, para. 57-65.

and to conduct compliance review, which includes at least a two-fold obligation: (i) carefully and impartially examine all relevant elements of the situation and (ii) provide an adequate statement of reasons. On appropriateness, the Court extensively relied on economic assessments made by the ECB, according to which several Member States were experiencing severe volatility on their risk *premia*, which consequently fragmented monetary policy transmission, namely bank refinancing and credit costs. As such, the measure was deemed adequate as no manifest error of assessment was identified.³²

The programme was also deemed necessary as the ECB affirmed in the proceedings that the mere announcement was sufficient to restore monetary policy transmission and, perhaps consequently, was never actually implemented. Moreover, a series of safeguards were implemented, such as the conditionality principle and the limitations in scope to bonds maturing up to three years. All this allowed the Court to conclude that Outright Monetary Transactions had not gone beyond what was necessary to achieve its objectives.³³

3.1.2. In breach of the principle of prohibition of monetary financing?

Article 123 (1) TFEU states that

Overdraft facilities or any other type of credit facility with the European Central Bank or with the central banks of the Member States (hereinafter referred to as ‘national central banks’) in favour of Union institutions, bodies, offices or agencies, central governments, regional, local or other public authorities, other bodies governed by public law, or public undertakings of Member States shall be prohibited, as shall the purchase directly from them by the European Central Bank or national central banks of debt instruments

From the above stated provision derives the prohibition from purchasing bonds on the primary market which does not preclude acquisitions on the secondary market (from Member States creditors). *Naturaliter*, such possibility is not without limitations, as the Court stated that such action should not have an equivalent effect to direct purchases, meaning that the acquisitions must not discourage countries from pursuing sound budgetary policies by way of artificially lowering market pressure. This would take place in practice, according to the Court, if potential

³² *Idem*, para. 66-74.

³³ *Idem*, para. 75-92.

purchasers on the primary market were certain that the ECB would subsequently take their securities in its portfolio within a certain period of time. In this respect, it is noted that the Outright Monetary Transactions' operation (scope, start, continuation and suspension) was neither pre-determined nor was there any prior announcement on its beginning. A series of safeguards were also considered relevant to significantly mitigate the risk of reducing impetus of sound budgetary policy: bond maturity limitation; possibility of selling bonds at any time; Member States need to resume access to the market and compliance with structural adjustment programmes.³⁴ All in all, the residual effect was considered reasonable and within the consequences that any potential monetary policy decision can entail.

3.2. *The Weiss case*

Is this EMU constitutional saga, the *Weiss* case³⁵ is also to be considered to be a pivotal one, albeit for different reasons, namely the German federal constitutional court's subsequent decision for the *ultra vires* nature of the Public Sector Purchase Programme,³⁶ in divergence with what the Court of Justice had determined in the preliminary ruling response.

The questions referred by the national court in its preliminary ruling were similar to those in *Gauweiler*. Thus, the Court ruled on several questions, such as monetary policy nature; proportionality review; prohibition of monetary financing. Once again, the Court of Justice upheld the measures adopted by the ECB, very much relying on the *Gauweiler* case law. However, similarities between both decisions on monetary policy are only apparent, as already laid out *supra*.

3.2.1. Public Sector Purchase Programme as monetary policy

On whether the programme rests within the remit of monetary policy, following *Gauweiler* the Court of Justice started discussing its objectives.

³⁴ *Idem*, para. 93-127.

³⁵ On this case, A. Lang, "Ultra vires review of the ECB's policy of quantitative easing: An analysis of the German Constitutional Court's preliminary reference order in the PSPP case", 55 *Common Market Law Review* (2018), p. 923; Marijn Van Der Sluis, "Similar, Therefore Different: Judicial Review of Another Unconventional Monetary Policy in *Weiss* (C-493/17)", 46 *Legal Issues of Economic Integration* (2019); M. Dawson and A. Bobic, "Quantitative Easing at the Court of Justice – Doing whatever it takes to save the euro: *Weiss* and others", 56 *Common Market Law Review* (2019), p. 1005.

³⁶ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15.

In this regard, the Court found that the objective is to return inflation rates below, but close to, 2% over the medium term, which is in line with the primary objective with EU's monetary policy. This conclusion was not hindered by the fact that the programme brought about considerable effects on economic policy measures. Because that is precisely a secondary monetary policy objective —to support general economic policies of the Union— the Treaties did not intend to draw an absolute line between economic and monetary policies. As noted in *Gauweiler*, the Court emphasized that indirect economic effects produced by an ECB Decision cannot prompt one to consider a monetary policy measure as equivalent. The Court of Justice also rejected the German federal constitutional court's assertion that knowingly accepted and foreseeable effects of a measure should be considered as indirect effects and, as such, precluded from adoption, by adding that if that were to be the case the European System of Central Banks (ESCB) would be prevented from using the means available in the Treaties to pursue its primary objective which might represent an “*insurmountable obstacle*”. As the instruments are foreseen in the ECB Statute, the Court declared that both the objectives and the means are covered under Treaty provisions.³⁷

3.2.2. Proportionality of the Public Sector Purchase Programme

After noting the *Gauweiler* case-law on the broad discretion enjoyed by the ECB, the Court justified the necessity of this programme with reference to countering a decrease in prices over the medium term. To this end, it resorted to documentation produced by the ECB arguing for a high level of risk of deflation in December 2014 (with the rate of inflation at -0.2%) despite the monetary policies adopted, with grim economic forecasts (up to November 2016 – the inflation rate was at 0.6%). Against this backdrop and with reference to other central banks' practice and various studies on the efficacy of large-scale purchases of government bonds to meet the inflation target, the Court found no manifest error of assessment.³⁸

The Court of Justice then assessed whether it meets the adequacy test. In this regard, the Court affirms the measure was taken in the context of the risk of triggering a deflationary cycle and that it was not foreseeable that different, less intensive, programmes could have achieved the primary objective of monetary policy. Other features were also considered, such as

³⁷ *Idem*, para. 53-70.

³⁸ *Idem*, para. 71-78.

the non-selective nature, stringent eligibility criteria, temporary nature, purchase limits per issue and per issuer. The successive extensions of the programme and the substantial size of its purchases were seen as adequate in light of insufficient changes in inflation rates. Finally, the loss-sharing framework was considered to be adequate. Indeed, in order to prevent spillovers from potential economic deterioration from other Member States, not only were national central banks instructed to purchase assets primarily from their own States but also the securities eligible are those of international organizations (which represent 10% of the total value of the programme).³⁹

3.2.3. Prohibition of monetary financing

The two-step test developed in *Gauweiler* was applied in order to determine the compatibility of the the Public Sector Purchase Programme with article 123 (1) TFEU.

First, the Court assessed whether purchases on the secondary market do not have an equivalent effect to purchases on the primary market, as the German federal constitutional court claimed that it creates a *de facto* certainty that private acquisitions will be subsequently purchased by the ECB. While acknowledging that a certain degree of certainty is deliberately provided, the Court underlined that the amount and type of safeguards that characterized the programme are sufficient enough to counter that effect (particularly the blackout periods, the discretion of the Governing Council in the execution, the acquisition of different types of bonds, the limitations per issue and issuer).⁴⁰

Second, it leaned over the question of Member States' reduced impetus to conduct sound budgetary policy. In assessing this criterion, the Court adopted a similar approach in listing those restrictions as sufficient safeguards to prevent the lack of incentives to pursue sound economic policies.⁴¹

The national court also stated that holding bonds until maturity and purchasing bonds at a negative yield to maturity could breach the prohibition of monetary financing. The Court did not agree, arguing that not only is there nothing in the ECB Statute to preclude it, but also because it remains for the ECB to assess whether and when it is appropriate to sell securities. In addition, it is not implied that payment is not demanded if those assets were to be held until payment is due. Of course, holding until

³⁹ *Idem*, para. 79-100.

⁴⁰ *Idem*, para. 109-128.

⁴¹ *Idem*, para. 129-144.

maturity takes pressure off countries in that it does not increase the offer of securities in the market. However, as the Court acknowledged, these economic effects should be considered as indirect and, therefore, under the scope of the Treaties.⁴²

Acquisitions of bonds at negative yields to maturity were also considered in line with the Treaties as they are acquired in secondary markets, do not hinder sound budgetary policies (since emissions at negative rates imply a good fiscal position) and will actually make it more difficult for private operators to identify which Member States' bonds will be purchased in the future.⁴³

4. *Bundesverfassungsgericht* decision pursuant to Weiss

As already mentioned above, the German federal constitutional court did not follow what the Court of Justice of the EU had determined in the response to the preliminary ruling request, as it disagreed on a number of issues.⁴⁴

On the standard of review, the German court manifested that it was not satisfied that the Court of Justice of the EU had granted the ECB an ample margin of appreciation. In fact, it stated that when fundamental interests of the Member States are affected, judicial review must go further than accepting ECB's positions at face value. Crucially, in the absence of closer scrutiny and broad discretion, the integrity of Member States' competences may be at risk, with the tantamount consequences to the principle of conferral — one of the cornerstone principles of EU integration — and, consequently, to the principle of democracy.⁴⁵

The application of the principle of proportionality might hinder the principle of conferral, according to the *Bundesverfassungsgericht*. On this matter, proportionality of the monetary policy measure — namely suitability and necessity — had to be assessed in connection with the economic effects it creates. The German constitutional court is, in effect, calling for a balancing test to be conducted, one where the programme's monetary policy objectives and the economic policy effects are identified, weighed and balanced against one another. Conversely, where monetary policy objectives are pursued unconditionally — and its economic policy effects are ignored — it disregards the principle of proportionality.⁴⁶

⁴² *Idem*, para. 145-152.

⁴³ *Idem*, para. 153-157.

⁴⁴ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020.

⁴⁵ *Idem*, para. 142.

⁴⁶ *Idem*, para. 138-145.

Regarding the prohibition of monetary financing, the German constitutional court affirms that the assessment of the compatibility of a programme with such principle should be conducted by resorting to an overall assessment of the circumstances. In particular, the purchase limit of 33% and the distribution of purchases according to the European Central Bank's capital key prevent selective measures being taken under the Public Sector Purchase Programme for the benefit of individual Member States and the Eurosystem becoming the majority creditor of one Member State.⁴⁷

However, in case the risk-sharing regime were subject to changes, this would affect the limits set by the overall budgetary responsibility of the German *Bundestag* and amount to an assumption of liability for decisions taken by third parties with potentially unforeseeable consequences, which is not admissible under the Constitution.⁴⁸

Based on the foregoing, the Federal Constitutional Court declared the ECB decision to be *ultra vires* and required the Federal Government and the *Bundestag* to take steps seeking to ensure that the ECB conducts a proper proportionality assessment.⁴⁹

5. Institutional consequences

This tension between national constitutional courts —with the German federal constitutional court being the most prominent example⁵⁰— and the Court of Justice over *ultra vires* acts sparked a number of consequences that could significantly change the way EU institutions function going forward, namely the ECB (and national central banks) as well as the Court of Justice.

⁴⁷ *Idem*, para. 197-212.

⁴⁸ *Idem*, para. 222-228.

⁴⁹ *Idem*, para. 229-232.

⁵⁰ On cases regarding the relationship between Member States and the Union, see D. Thym, "In the name of sovereign statehood: A critical introduction to the *Lisbon* judgment of the German constitutional court", 46 *Common Market Law Review* (2009), p. 1785; J. Ziller, "The German Constitutional Court's Friendliness towards European Law: On the Judgment of Bundesverfassungsgericht over the Ratification of the Treaty of Lisbon", 16 *European Public Law* (2010), p. 53; A. Von Bogdandy and S. Schill, "Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty", 48 *Common Market Law Review* (2011), p. 1417; M. Payandeh, "Constitutional review of EU law after *Honeywell*: Contextualizing the relationship between the German constitutional court and the EU Court of Justice", 48 *Common Market Law Review* (2011), p. 9.

5.1. *Independence of the ECB. Where does accountability lie?*

The principle of independence of the ECB is enshrined in article 130 and 282 (3) TFUE and Article 7 of the ECB Statute. The ECB is obliged not to seek or receive instructions from other Union institutions, bodies, offices or agencies or from any Member State. These, in turn, are under a duty to abstain from interfering and influencing decision-making bodies of the ECB. In this vein, this principle has been interpreted as independence from political rather than legal interference,⁵¹ which is to say that the ECB and national central banks are meant to be shielded from political pressures for short-term interests and, rather, pursue their objectives and act in accordance with their competences in order to develop medium to long-term policies in a credible way. This is not to say that political accountability should not take place, quite the opposite. Political accountability is an essential part of the democratic legitimacy of the ECB but should be understood as a periodic assessment of performance and accountability structures.⁵²

Despite stemming directly from EU primary law, this (*operational*) independence does not hinder legal accountability. As stated in article 263 TFEU “*The Court of Justice of the European Union shall review the legality of legislative acts, of acts of the Council, of the Commission and of the European Central Bank [...]*”.

Consequently, the problem does not lie on whether the ECB is independent from political pressure or from judicial review. On the contrary, it is a matter of degree and interpretation of its role, given that the degree of accountability is indirectly proportional to the latitude provided: the greater flexibility to define and implement its mandate, the lesser judicial control and vice versa. This is indeed a crucial point to be noted since it explains that the disagreements between both courts derive from some misconceptions.

On the one hand, the German federal constitutional court considers that ECB’s independence should be interpreted narrowly since it conflicts with the principle of democracy and the right of the German people to self-determination⁵³ but also because, historically, it was seen as a pre-condition

⁵¹ See G. Majone, “Two logics of delegation: Agency and fiduciary relations in EU governance”, 2 *European Union Politics* (2001), p. 103; M. Dawson and A. Bobic, 56 *Common Market Law Review* (2019), p. 1028.

⁵² For instance by the European Parliament. See also H. Lelieveldt and S. Princen, *The Politics of the European Union* (Cambridge University Press 2015). See also T. Beukers, 50 *Common Market Law Review* (2013), p. 1618.

⁵³ BVerfG, Order of the Second Senate of 18 July 2017 - 2 BvR 859/15, para. 102-103. René Smits also argues that ECB independence is only acceptable if it is accompanied by a clear mandate. See R. Smits, *The European Central Bank. Institutional Aspects* (Kluwer

for Germany's accession to the EMU⁵⁴ that the ECB's features mirror those of the German *Bundesbank*.

However, the national court may possibly be failing to fully absorb historical limitations and contextual peculiarities.⁵⁵ First, it is conceivable that the framers of Treaties did not foresee a crisis of the scale and magnitude of the sovereign debt crisis. In addition, EU institutions have always paved the way of integration when Member States would not (or could not) do it by themselves. To this end, the Court's early case-law was—and still is—critical to set up what is known for European economic constitution. Secondly, the Treaties have embraced a dynamic role for the ECB, not only because of the drafting of a generic mandate within a prescriptive Treaty, but also of the evolving nature of EU integration, its challenges, the transformation of EU institutions and their relationship with Member States. As such, too strict a reading of the Treaties might entail the risk of not fully capturing the spirit of the legal provisions.

Thirdly, the ECB might be propelled to act more boldly also because of the known EMU incompleteness on the fiscal side⁵⁶ and the pressure it entails on the uniform transmission of monetary policy.

On the other hand, the Court of Justice of the EU reasoning is the opposite: precisely because the ECB emerged as an EU institution with a special nature and status, having merited numerous independence-related provisions in primary law, the Court considers this a justification for a milder standard of review.

However, in performing this interpretation, the Court of Justice of the EU is perhaps awarding excessive freedom for the ECB in defining its role as an independent central bank, with limited accountability from other institutions.⁵⁷ Also, it is possibly holding different EU institutions to a different standard of review. In *Gauweiler* and *Weiss*, it has argued in favor of judicial deference because of the broad discretion and economic

Law International 1997), p. 178. See also M. Dawson and A. Bobic, 56 *Common Market Law Review* (2019), p. 1029.

⁵⁴ See C. Gerner-Beuerle *et al.*, "Law meets economics in the German Federal Constitutional Court: Outright Monetary Transactions on Trial", 15 *German Law Journal* (2014), p. 295.

⁵⁵ See A. Lang, 55 *Common Market Law Review* (2018), p. 938.

⁵⁶ See W. Oates, "Fiscal federalism in theory and practice: applications to the European community", Commission of the European Communities 1977; L. Pacheco, "Fiscal federalism, EMU and shock absorption mechanisms: A guide to the literature", 4 *European Integration Online Papers* (2000), <http://eiop.or.at/eiop/pdf/2000-004.pdf>, accessed 10 June 2020; M. Evers, "Federal fiscal transfer rules in monetary unions", 56 *European Economic Review* (2012), p. 507; W. Oates, "Toward a second-generation theory of fiscal federalism", 12 *International Tax and Public Finance* (2005), p. 349.

⁵⁷ See M. Dawson and A. Bobic, 56 *Common Market Law Review* (2019), p. 1030.

expertise enjoyed by the ECB. However, over the years it has been very stringent with the European Commission, namely regarding competition policy, frequently challenging its reasoning, asking for additional supporting information and, not infrequently, annulling decisions.

It seems that both Courts place themselves at different ends of the spectrum, which of course leads to very different reasonings and conclusions. Although the standard of review of ECB's actions will be more developed *infra*, it suffices to say here that the Court of Justice of the EU should not dismiss itself from a substantive standard of review of an EU institution because of its high degree of independence. Quite the opposite should take place. In addition, the German constitutional court should adopt a holistic approach to the Treaties and recognize that the ECB was given a broad mandate that should not be strictly confined to pursuing price stability by way of the adoption of a conventional monetary policy.

5.2. *Monetary policy and economic policy. Is there a Chinese wall in between?*

A different issue is related to whether monetary policy and economic policy should be understood as being separate *species* or intrinsically intertwined.

Article 3 TFEU is clear in entrusting exclusive competence on monetary policy to the Union, whereas the enactment and implementation of economic policy is left to each Member State, in coordination with the others (article 5, 120 and seq. TFEU).

The question is not straightforward and has been extensively discussed.⁵⁸ While there is broad agreement on the connections between monetary policy and other policies, namely financial stability and fiscal policies, there are mainly two schools of thought on the normative consequences.

The *separation theory school* favors a monetary policy that largely disregards other policies, guided by strict rules in order to sustain a steady development of money supply and prevent political pressure. This school of thought rejects programmes of quantitative easing such as applied by the FED or by the ECB.

On the other hand, the *interdependence theory school* considers that there are a number of reasons why central banks should consider economic policy when taking their decisions, for instance to monitor the developments of private and public credit. If before the 2008 financial

⁵⁸ See, for all, M. Goldmann, 15 *German Law Journal* (2014), p. 269.

crisis, credit bubbles were seen as an issue pertaining to financial sector supervision, since then it is acknowledged that there is an intrinsic relation between monetary policy and the volume of credit in an economy. Consequently, if loose monetary policy may fuel a credit bubble, a very tight one —one that aims to restrict amounts of money supply below the necessary for economic growth— may risk deflation. Additionally, if a central bank exhausts the effectiveness of its conventional tool, i.e. if setting interest rates at 0% or below does not suffice to pick up inflation, then other —unconventional— measures would need to be taken. This is what we have been observing in central bank activity around the world in the years subsequent to the crisis and is what the ECB started with Outright Monetary Transactions and later with the Public Sector Purchase Programme.

The Court of Justice had this contextual factor in mind when it mentioned that Treaty founders did not intend to draw an absolute separation between monetary and economic policies, so much so that the ECB is required to pursue the economic interests of the Union as long as it is compatible with maintaining price stability. Thus, monetary policy has always been regarded as potentially being able to affect the economy and rightly so.

When setting up the EMU, Member States drew a line between monetary and economic policy not for technical but for political reasons. The currency is a symbol to which citizens relate with and, consequently, an important feature to the development of social bondage and to the creation of a common identity. Therefore, Member States thought that the agreement on the existence of a common European currency —the euro— was a necessary leap for the transformation of EU integration. In fact, the bedrock of integration up until the Maastricht Treaty had been the furtherance of the single market. While it is true that this objective was very much a product of EU institutions' effort —particularly the European Commission and the Court of Justice of the EU— it is also true that the underlying reason is economic in nature: Member States decided to progressively reduce or eliminate restrictions to the Treaties' four freedoms in order to create a bigger market where everyone would be better off in economic terms (from reducing the costs and increasing the volume of trade; providing a vast array of new products to consumers and fostering competition). Crucially, at its very core, the single market is a product of cooperation between countries where all of them have overwhelmingly much more to gain than to lose, rather than a pooling of sovereignty. By creating the EMU, Member States intrinsically changed the nature of integration into a process where —to a certain degree— there is a blurring of sovereignty. From that moment on, Member States interests and —to a certain degree— fates became increasingly intertwined and interdependent.

From the foregoing derives that economic and fiscal policy —the ability to allocate and redistribute resources obtained by setting up of different kinds of taxes— is one of the few policies very much linked to national sovereignty left within the exclusive competence of Member States. As such, the only Chinese wall in place was introduced by political reasons. However, that does not change the nature of things, which is that monetary policy influences economic policy just as much as the latter can have a toll on the former.

But what happens when monetary policy is stretched almost to the point of exhaustion, to the point where it needs the fiscal side to work on its behalf and to create relevant spillover effects towards monetary policy? We consider this to be the ECB's mindset since the Outright Monetary Transactions decision.

Lastly, the German federal constitutional court took the potential (negative) indirect fiscal effects of Outright Monetary Transactions and the large (negative fiscal) risks in the ECB's portfolio within the Public Sector Purchase Programme as the defining feature when assessing the *nature* of the measures. It did not endeavor to assess the proportionality of either measure, for instance by taking those effects into account among other considerations. By not doing so, one may question where is the line to be drawn? In other words, at what point does a measure stop being monetary and start being economic in nature? How much economic effects would be necessary to overcome the monetary objective in defining the nature of the measure?⁵⁹ These questions remain unanswered.

5.3. Procedural or substantive review of ECB action?

Procedural review has its merits. As explained by Lenaerts, “*Structuralism is a theory of US constitutional adjudication according to which courts should seek to improve the decision-making process of the political branches of government so as to render it more democratic*”.⁶⁰

While not making the case for structuralism to be adopted by the Court as the leading theory of judicial review, the author outlines several case-law from the Court of Justice in order to argue that review of process is a way to make sure that, where an EU Institution (e.g. EU legislator) enjoys broad discretion, abuses are prevented. From this perspective, procedural review

⁵⁹ Van Der Sluis, 46 *Legal Issues of Economic Integration* (2019), p. 271.

⁶⁰ K. Lenaerts, “The European Court of Justice and Process-Oriented Review”, 31 *Yearbook of European Law* (2012), p. 3. See also D. Harvey, “Towards process-oriented proportionality review in the European Union”, 23 *European Public Law* (2017), p. 93.

has a two-fold advantage: it increases judicial scrutiny over the decision-making process of EU institutions while preventing the Court from diving into political realm.⁶¹ In his words, “*the ECJ is more respectful of the prerogatives of the political institutions of the EU if it rules that, when adopting the contested act, those institutions failed to take into consideration all the relevant interests at stake, than if it questions their policy choices by reference to its own view of the issues involved*”.⁶²

Lenaerts further teaches that “*Courts lack the power of the purse and that of the sword. It is only thanks to their independence and impartiality – as well as the quality of their reasoning – that their rulings enjoy authority and legitimacy*”.⁶³ Despite referring to Member State courts, these features are horizontal, applicable to all judicial instances and, *naturaliter*, to the Court of Justice as well. As such, a proper procedural review embodies important values, such as promotion of transparency, justification, pluralism and institutional respect and balance. This brief excerpt emboldens those that conclude that substantive judicial review of monetary/economic matters to be an extremely difficult task – given its specificity and lack of scientific preparation by judges – one that should be carefully conducted, if at all, and mindful of pitfalls, calling for neither a full-judicial review nor a mere procedural review but for a “*rationality check*”: to assess whether a certain decision is rationally justifiable.⁶⁴

Although *Gauweiler* and *Weiss* are not to be interpreted as blank checks, given the amount of conditionality the Court places on the ECB, there is a sense of “*institutional empowerment*”, as stated by Tridimas and Xanthoulis.⁶⁵ For some, this is a disappointing part of the decisions because the Court did not engage in a thorough, substantive, proportionality review⁶⁶ such as called for by the German federal constitutional court. By

⁶¹ K. Lenaerts, 31 *Yearbook of European Law* (2012), p. 15.

⁶² *Idem*. For instance, the *Vodafone* case shows how prior legislative assessment and subsequent judicial review contributes to a better legislative process. See Case C-58/08, *Vodafone and Others*, EU:C:2010:321.

⁶³ K. Lenaerts, “New Horizons for the Rule of Law Within the EU”, 21 *German Law Journal* (2020), p. 31.

⁶⁴ M. Goldmann, 15 *German Law Journal* (2014), p. 271; D. Dyzenhaus, “Process and substance as aspects of the public law form”, 74 *Cambridge Law Journal* (2015), p. 284; See also J. Ely, *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980).

⁶⁵ T. Tridimas and N. Xanthoulis, “A legal analysis of the *Gauweiler* case: between monetary policy and constitutional conflict”, 23 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2016), p. 31.

⁶⁶ M. Dawson and A. Bobic, 56 *Common Market Law Review* (2019), p. 1023; M. Dawson, *et al.*, “Reconciling independence and accountability at the European Central Bank: The false promise of Proceduralism”, 25 *European Law Journal* (2019), p. 75.

doing so, the later is assessing if *law in books* resembles *law in action*. In other words, are the objectives of the Public Sector Purchase Programme commensurate to the practical effects in European economy? The procedural review conducted in these cases could also be on edge since the Court did not seem to assess the adequacy of procedures themselves, which would call for more information gathering from independent sources, not almost exclusively from the ECB.⁶⁷

It is clear that each court demands a certain standard of review depending on the adopted perspective on the role the ECB should undertake. In practice, again with *Tridimas* and *Xanthoulis* and as seen *supra*, it seems that the ECB is an institution whose political accountability is very mild. As such, judicial deference would make it immune to virtually any type of scrutiny, at odds with the principles of rule of law and democracy. However, judicial deference is precisely fitting with the special nature of the ECB as an institution whose independence is directly enshrined in various provisions of primary law.⁶⁸

While in *Gauweiler*, judicial deference seemed reasonable given that the programme had not yet been applied at the time of the decision (and was not applied at all, as referred *supra*), the same exercise is not as clear-cut in *Weiss*, since the Public Sector Purchase Programme entails extensive purchases. As correctly observed by Harvey, it is a question of threshold, of

*what will it take to convince the CJEU that all relevant facts and considerations have been taken into account? What precisely is required of the law-maker when demonstrating that it based its measures on 'objective criteria'? In light of the wide discretion afforded to the law-maker, is the Court willing to engage in the substantive contents of such justificatory evidence?*⁶⁹

In the case-law of the Court where it grants broad discretion, e.g. for EU legislature, it seems evidence is accepted at face value, thus lacking a proper judgment on the merits of its content, e.g. impact assessment reports.⁷⁰ The same issue arises in *Gauweiler* and *Weiss*. Indeed, by resorting almost entirely to evidence submitted by the ECB and accepting it at face value without an adequate degree of scrutiny, namely the choices of

⁶⁷ M. Dawson and A. Bobic, 56 *Common Market Law Review* (2019), p. 1033.

⁶⁸ *Tridimas* and *Xanthoulis*, 23 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2016), p. 32.

⁶⁹ D. Harvey, 23 *European Public Law* (2017), p. 117.

⁷⁰ For instance see Case C-310/04 *Spain v Council*, EU:C:2006:521; Case C-58/08, *Vodafone and Others*; Case C-176/09, *Luxembourg v Parliament and Council*, EU:C:2011:290.

a technical nature and forecasts and complex assessments, not only applicants may be precluded from challenging their methodology or findings but also, and most importantly, it could be anticipated that the ECB will continue to resort to such procedural strategy.⁷¹

It is up to the Court of Justice to decide if and how it will start to dive into the merits of such contextual or preparatory documentation, or whether it will continue to almost blindly accept ECB decisions that (formally) state the pursuance of monetary policy goals and that complex assessments have been undertaken. After *Gauweiler*, the window was still open. After *Weiss*, that may no longer be the case.

5.4. *Prohibition of monetary financing*

The *raison d'être* of article 123 (1) TFEU is that the impetus provided by private bond markets for Member States to pursue sound fiscal policies is not lessened by the easing of monetary conditions by public authorities, i.e. the ECB and national central banks. Consequently, purchases in Member States bond auctions (primary market) are prohibited. Both unconventional ECB programmes aim at making asset purchases in the secondary markets (where private operators trade bonds between themselves), consequence of which is that it makes such market more liquid by increasing demand for bonds. The high(er) demand signals the perception of low(er) risk and, consequently, the *premia* tend to reduce.

It is against this background that the german federal constitutional court questions whether these operations produced an effect equivalent as primary purchases, in that a *de facto* certainty of ECB bond-buying could be created on the market, thus artificially lowering pressure. From this court's perspective, the public information concerning ECB's activity and the possibility of holding bonds until maturity provided a degree of certainty in the market that could be incompatible with the principle of prohibition of monetary financing. Blackout periods without prior announcement, despite effective in not influencing prices, would however hinder effective judicial review.

There is once more a clear dichotomy of approaches. As referred *supra*, in *Gauweiler* the Court of Justice set a number of safeguards that would prevent violation of article 123 (1) TFEU, such as the lack of certainty on whether, when, which and for how long the purchases would take place; the incentive for conducting sound fiscal policies by Member States;

⁷¹ D. Harvey, 23 *European Public Law* (2017), p. 120.

limitations for holding assets until maturity; conditionality principle. With conscience that it could have created a stringent set of criteria for the future, the Court added a more flexible tone while assessing the Public Sector Purchase Programme, stating that the characteristics of each programme and the economic context need to be taken into consideration as well.

5.5. *Transparency and effectiveness*

Transparency is another mechanism to ensure institutions are held accountable. *A fortiori*, this is more relevant to institutions that have (a high degree of) independency, such as the ECB. Thus, independence, accountability and transparency are values that run in tandem or are sides of the same coin.⁷²

As Benoît Coeuré puts it “*Independence ensures that the ECB can act in line with its mandate. Accountability, on the other hand, ensures that the ECB does act in line with its mandate [...]*” (our bold).⁷³

In addition, “*Transparency is crucial to the ECB’s work and it attaches great importance to communicating effectively with the public. Transparency helps people understand the ECB’s monetary policy, and better public understanding, in turn, makes the ECB’s monetary policy more credible and effective*”.⁷⁴ Therefore, an independent, accountable and transparent ESCB can better convey confidence in its action, by allowing it to more effectively distance itself from political interference be it *ex-ante* (at the decision-making level) be it *ex-post* (decision review or political accountability process).

However, from the *Weiss* case it is legitimate to question whether the effectiveness of ECB’s action would not be hindered if we were to fully embrace transparency. Or, admitting that a non-transparent ECB would not be acceptable by democratic standards, what would the sufficient degree of transparency underlying ECB’s action be? It seems that the German federal constitutional court places the ECB between a rock and a hard place: on the one hand, transparency is considered essential in order to fully enable courts to conduct substantive judicial review; on the other hand, it seems that both the national court and the Court of Justice admit that if the ECB were fully transparent, then it would be in violation of the principle of

⁷² M. Dawson and A. Bobic, 56 *Common Market Law Review* (2019), p. 1034; M. Dawson *et al.*, 25 *European Law Journal* (2019), p. 81.

⁷³ B. Coeuré, “Independence and accountability in a changing world”, 28 March 2017, https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2017/html/sp170328_1.en.html, accessed 16 June 2020.

⁷⁴ *Idem*.

prohibition of monetary financing, because it would allow a sufficient level of public information allowing markets to anticipate next steps and, as such, produce an effect equivalent to acquiring Member States bonds on the primary market. The Court tackled the matter by arguing that the duty to state reasons is complied with if the lack of transparency is necessary to ensure uncertainty in the markets as long as the underlying reasons to justify it are set out and are compelling.

Even as that may be, while the German court's approach seems contradictory, it also has the utility to place at breathtaking plane sight some of the paradoxes of EU integration, in particular those of the EMU.

6. Back to basics: a look to the past to envision the future

Albert Einstein had a remarkably famous statement whereby "*If you want to know the future, look at the past*". As such, in times of (constitutional) crisis it is wise to have a look back to the foundations built over time and reason around them to envision what the future might hold. The pillars of EU integration have been set for a long-time, not only in the case-law but also by Member States: principles such as direct effect and primacy of EU Law; sincere cooperation between EU and national judiciary; equality between Member States; national political and constitutional identity⁷⁵ are cornerstones of the EU.

All these principles run in tandem with each other. It is worth noting that they were created in the context, and because of, the Second World War. In order to secure lasting peace, countries knew that economic, cultural and social cooperation and interconnection was of paramount importance, but there was also a fundamental need to create a normative framework whereby they could voluntarily enter into and according to which they should abide for on an equal basis. The referred principles are, therefore, as different as they are complementary of each other. Direct effect and primacy of EU Law as an autonomous legal order, but in

⁷⁵ See M. Kumm, "Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?: Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice", 36 *Common Market Law Review* (1999), p. 351; F. Fabbrini, 16 *German Law Journal* (2015); F. Fabbrini and A. Sajó, 25 *European Law Journal* (2019); J. C. Vilaça, "O acórdão do tribunal constitucional alemão e o tribunal de justiça – cooperação judicial ou diálogo de surdos?", 2 *CERIDAP* (2020), p. 38; N. Arriba-Sellier, "Between Karlsruhe and Luxembourg, lies Frankfurt? The Bundesbank and the Bundesverfassungsgericht's PSPP decision", *EU Law Live*, May 2020, <<https://eulawlive.com/op-ed-between-karlsruhe-and-luxembourg-lies-frankfurt-the-bundesbank-and-the-bundesverfassungsgerichts-pspp-decision-by-nathan-de-arriba-sellier/>>, accessed 5 June 2020.

dialogue between judicial institutional structures. Direct effect and primacy of EU Law, insofar as Member States are equal before it and with respect of national diversity.

At its core, the EU is a manifestation of multilateralism, which means that each State is willing and knowingly adhering to a structure that has some kind of supranational set of bodies in order to ensure the existence of proper mechanisms that channel national sensitivities into a decision-making process that may ultimately not produce an outcome which totally resembles the views of any of them, but which is respected and abided for insofar as it is perceived as having been conducted with equity, fair treatment and in respect for the rule of law.

Consequently, it is essential that such normative framework enjoys primacy (not supremacy)⁷⁶ over national frameworks and to have an impartial, independent and equidistant judicial body to enforce it. Only these features may deliver equality of Member States. On the one hand, it is in our opinion a misread to state that EU and national frameworks run in tandem. They do not and they cannot. If that were to be the case, there would be no legal certainty and a very difficult equilibrium to reach consensus. Take the *Weiss* case as an example: while it is true that the German federal constitutional court has called the Public Sector Purchase Programme *ultra vires*, is this reading shared among the other 26 constitutional courts?⁷⁷ Even in the unlikely event of a positive answer, would this methodology be appropriate as a rule, given the different cultural features, legal inspirations and sociological preferences across the EU?⁷⁸

⁷⁶ EU law is not supreme in the sense that it completely ignores national legal frameworks, cultural and social differences among Member States. On the contrary, article 4 (2) TEU enshrines in primary law the principles of national identity, sincere cooperation and equality before the Treaties. Article 5 embodies, among others, the principle of subsidiarity, which is aimed to respect national idiosyncrasies. As such, all these principles are necessarily taken into account by EU institutions when taking decisions. In this sense, see F. Fabbrini, 16 *German Law Journal* (2015), p. 1012, and J. C. Vilaça, 2 *CERIDAP* (2020), p. 42. With a different view, see A. Bobic and M. Dawson, “What did the German Constitutional Court get right in *Weiss II*?”, *EU Law Live*, May 2020, <https://eulawlive.com/op-ed-what-did-the-german-constitutional-court-get-right-in-weiss-ii-by-ana-bobic-and-mark-dawson/>, accessed 5 June 2020.

⁷⁷ In this regard, the Portuguese Constitutional Court took a decision on July 15th 2020 that added a twist by concluding that the Constitutional Court can only refuse the application of a rule of EU law if it is incompatible with the fundamental principle of the democratic rule of law which, within EU law and Court of Justice jurisprudence, does not enjoy equivalent parametric material value recognized in the Constitution. If such equivalence is established and is functionally ensured by the Court of Justice, the Constitutional Court refrains from assessing compatibility with the Constitution. See <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html>, accessed 20 July 2020.

⁷⁸ For criticism of the identity principle as vague and arbitrary, see F. Fabbrini and A. Sajó, 25 *European Law Journal* (2019).

On the other hand, only supranational institutions can represent a range of diversity of 27 Member States with 450 million people and a different, albeit shared, history. As José da Cruz Vilaça wisely states

*The principles of direct effect and primacy are the legal instruments that guarantee this result. It has been peaceful for 60 years [...], that these principles constitute the pillars of the Community legal order and a **condition of its own existence**. In a complex structure like that of the European Union — a sort of plural constitutionalism at various levels— the existence of competing “constitutional” courts in the same space cannot be accepted, **in order to prevent the creation of a Union of variable geometry and, at the limit, generalized institutional chaos**. Nor is it possible to select which “national identities to safeguard” or grant privileged status to any national constitutional court - or even assign to it the role of representative of everyone else. [...]*⁷⁹ (our translation and bolds).

We would concur with Joseph Weiler and Daniel Sarmiento in affirming that the severe damage to the integrity of EU’s legal order cannot be overlooked or overstated.⁸⁰ Indeed

*In the name of the rule of law, the rule of law was breached; in the name of proportionality, the German court trammelled all over the exigencies of proportionality in the delicate, dialogical, relationship between Member State courts and the Court of Justice; and complaining about the alleged ‘incomprehensibility’ of the Court of Justice’s decision, the BVerfG issued a decision of which even Germany’s most authoritative commenters regard the reasoning, though clear as a matter of language, incomprehensible in its legal logic.*⁸¹

⁷⁹ J. C. Vilaça, 2 *CERIDAP* (2020), p. 43.

⁸⁰ See J. Weiler and D. Sarmiento, “The EU judiciary after Weiss – Proposing a new mixed chamber of the Court of Justice”, *EU Law Live*, June 2020, <https://eulawlive.com/oped-the-eu-judiciary-after-weiss-proposing-a-new-mixed-chamber-of-the-court-of-justice-by-daniel-sarmiento-and-j-h-weiler/>, accessed 12 July 2020.

⁸¹ *Idem*. In the same vein see President of the Bundesgerichtshof (German Federal Court of Justice), P. Beck, “Ultra Vires?”, *D’Kart Antitrust Blog*, May 2020, <https://www.d-kart.de/en/blog/2020/05/11/ultra-vires/>, accessed 7 June 2020; T. Marzal, “Is the BVerfG PSPP decision “simply not comprehensible”?”, *Verfassungsblog*, May 2020, <https://verfassungsblog.de/is-the-bverfg-pspp-decision-simply-not-comprehensible/>, accessed 7 June 2020.

Regarding the German federal constitutional court’s preliminary ruling request in Gauweiler, see Bundesverfassungsgericht, “Principal proceedings ESM/ECB – Pronouncement of the judgment and referral for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union”, Press Release No 9/2014, 7 February 2014, available at <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2014/bvg14-009.html>, accessed 2 July 2020, two justices wrote dissenting opinions arguing that the Constitutional Court should not interfere with acts that are to be taken by the Bundestag and Federal Government.

From a judicial framework perspective, these authors have proposed the creation of a new appeal jurisdiction within the Court of Justice, strictly confined to cases like *Weiss*, for two reasons: first, because there is no appeal from a decision pursuant to a preliminary ruling request; second, because the Court has been too lenient in safeguarding the limits of EU competences.⁸² José da Cruz Vilaça would prefer to create an alert system between the Court of Justice and national constitutional and supreme courts, in order to prevent to overburden an already heavy structure at the former.⁸³ Anyway, we share the remarks of the latter author in that while this is a problem that has emerged in legal proceedings, it has a political nature, so there is only so much the judicial branch can do to address and resolve an issue that needs to be tackled politically.⁸⁴

The German federal constitutional court and other national constitutional courts discussion over the limits of EU competences also resembles US constitutional history,⁸⁵ where frequent and passionate criticism over the legitimacy of Supreme Court's authority occurred until the end of the Civil War in 1865 — 78 years after the enactment of the US Constitution in 1787 — only to start decreasing from there on.

Resembling the current situation in the EU, such challenge also occurred during the period of consolidation of US federal power, where a pronounced legal discussion was held over how far federal powers should reach. In *Martin v Hunter Lessee* case in 1816, the Supreme Court reversed a decision issued by the Virginia Court of Appeals, commanding it to obey. However, the later refused to abide, arguing the Supreme Court's decision to be *ultra vires*. Two main arguments were made in order to sustain that claim. First, because the US Constitution was silent on how to resolve disputes over federal and state boundaries. The reason for this silence, it was argued by the Virginia Court of Appeals, was the belief that by granting a permanent power on federal branches of government to control the states, it would be counter-productive and, consequently, the Supreme Court's intervention should be limited.

Secondly, the Virginia Court of Appeals stated that, pursuant to the principle of appellate review, a court would be superior in relation to the tribunal whose decisions it reviews, which meant that the Supreme Court would be superior only regarding lower federal courts. What is more, the State Court argued that an overriding of Supreme Courts' decisions would

⁸² J. Weiler and D. Sarmiento, *EU Law Live*, June 2020.

⁸³ J. C. Vilaça, 2 *CERIDAP* (2020), p. 48.

⁸⁴ *Idem*, p. 49.

⁸⁵ See S. Boom, "The European Union after the Maastricht decision: Will Germany be the "Virginia of Europe"?", 43 *The American Journal of Comparative Law* (1995), p. 177.

be equal to affirming its prevalence over foreign nations courts. In effect, what Virginia Court envisaged is not only a parallel system where both layers are disconnected from each other, but also a proclamation of US States' independence.

In the appeal from the referred refusal to abide for a previous Supreme Court's decision, this institution re-affirmed the supremacy of its decisions on legal and policy grounds. First, it stated that it held jurisdiction over all cases under the laws of the United States, independently of the appeal court. Second, that the Supremacy Clause would lose its effectiveness if the founders of the US Constitution meant that cases under the scope of the judicial power of the US could be decided by state courts. However, these were not the most significant arguments. Crucially, the Supreme Court developed the notion that uniformity of federal law was a fundamental policy goal, in the sense that if a single people created the Constitutions, then they should be subject to a single body of law. This would, however, not be possible if state courts' decisions were not reviewable.⁸⁶

However, as the Steve Boom depicts, "*the issue in the United States has been an interplay of law and politics. Legal foundation was fundamental but ultimately insufficient; political acceptance had to be won as well*".⁸⁷ In effect, an intense political debate and opposition occurred in tandem with the legal one. For the purposes of this article, suffice to say that States' opposition was not only conducted judicially, but also legislatively and by proposing constitutional amendments. The reasons for rejection of Supreme Court jurisdiction are varied. First, the Constitution had not been enacted by *the people*, rather by the acts of sovereign and independent states. Second, as an extension of the previous argument, concerns of lack of uniformity of application of federal law were to be dismissed given that such consequence should be considered as natural given the nature of the US as a group of independent governments.⁸⁸

Again, the picture in the EU portrays some similarities. In fact, although there is a good deal of support for the primacy of EU law, there has been a number of challenges on the Court of Justice of the EU's jurisdiction by national constitutional courts, mostly on national identity grounds. At its core, these challenges resemble the independent nature of Member States on economic and fiscal policy issues and their weariness to politically accept the interdependence originated by EMU and its consequences.

⁸⁶ *Idem*, p. 186-193.

⁸⁷ *Idem*, p. 202.

⁸⁸ *Idem*, p. 194-201.

7. Conclusion

The EMU was confronted with an unprecedented challenge that required tantamount action. In order to counter deflationary pressures, the ECB adopted expansionary policies for the first time in its history which triggered a lively debate on whether such actions were in accordance with EU Treaties and basic principles of the German constitution.

Gauweiller and *Weiss* place different approaches in contrast. The German federal constitutional court adopts a strict approach to the issue of EU Treaties interpretation and to the legal accountability due to be exercised by Courts. For the German Court, this review must take the form of appraisal of ECB decisions on its merits. On the contrary, the Court of Justice reads the Treaties in a flexible way and assesses such actions on the grounds of respect for due decision making process. In a way, it seems that the ECB is between a rock and a soft place.

Both approaches have pitfalls and entail serious issues going forward. The *rock* approach would have hindered action by the ECB in transmitting its monetary policy evenly, preserving the integrity of euro and, with it, possibly EU survival. The *soft place* approach empowers the ECB to a point where it risks making it an institution subject to mere formal checks and balances, with virtually no effective legal accountability. Perhaps the recent German judicial stance was a consequence of the lenient approach adopted by the Court of Justice or was just inevitable given its case law history. In any case, given the increasing institutional specialization within the EU, judicial deference on these grounds may put the Court within a complex place in the future.

These constitutional dialogues are neither recent nor is the German federal constitutional court by itself as other national courts also question the acts of EU institutions. It also resembles US constitutional history, marked by prolonged and vehement challenges to Supreme Court legitimacy by many State courts. However, this should not mean that the matter should be taken lightly. *Ultra vires* designation of an EU act by a national court, as in *Weiss*, would already be a serious issue of *ultra vires* judicial review. *A fortiori*, deciding over a preliminary ruling by the Court on the same proceedings affirming the legality of the measure, is legally not comprehensible.

The bigger picture though, is that this tension points to the heart of incomplete E(M)U integration. Since monetary policy is an exclusive competence of the Union, unlike economic policy, it is doubtful that the judicial branch has the ability to settle this matter, given its simultaneous political nature. We came to a point where possibly the EU has stretched the current legal framework to its limits. It is time to take this discussion out of court rooms and bring it to the public sphere, discussing where Europeans want to go from this point on.

Bibliography

- Ana Bobic and Mark Dawson, “What did the German Constitutional Court get right in Weiss II?”, in *EU Law Live*, May 2020, available at <https://eulawlive.com/op-ed-what-did-the-german-constitutional-court-get-right-in-weiss-ii-by-ana-bobic-and-mark-dawson/>
- Andrej Lang, “*Ultra vires* review of the ECB’s policy of quantitative easing: An analysis of the German Constitutional Court’s preliminary reference order in the PSPP case”, in *Common Market Law Review*, issue 55, 2018
- Armin Von Bogdandy and Stephan Schill, “Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty”, in *Common Market Law Review*, issue 48, 2011
- Benoît Coeuré, “Independence and accountability in a changing world”, Introductory Remarks, Brussels, 28 March 2017, available at https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2017/html/sp170328_1.en.html
- Bruno de Witte, “Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?”, in *European Constitutional Law Review*, issue 11, 2015
- Bundesverfassungsgericht, “Principal proceedings ESM/ECB – Pronouncement of the judgment and referral for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union”, Press Release No 9/2014, 7 February 2014, available at <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2014/bvg14-009.html>
- Carsten Gerner-Beuerle, Esin Küçük and Edmund Schuster, “Law meets economics in the German Federal Constitutional Court: Outright Monetary Transactions on Trial”, in *German Law Journal*, vol. 15, 2014
- Constantinos Kombos, “Constitutional Review and the Economic Crisis: In the Courts We Trust?”, in *European Public Law*, issue 25, 2019
- Daniel Thym, “In the name of sovereign statehood: A critical introduction to the *Lisbon* judgment of the German constitutional court”, in *Common Market Law Review*, issue 46, 2009
- Dariusz Adamski, “Economic Constitution of the Euro Area After the *Gauweiler* Preliminary Ruling”, in *Common Market Law Review*, issue 52, 2015
- David Dyzenhaus, “Process and substance as aspects of the public law form”, in *Cambridge Law Journal*, Vol. 74, 2015
- Darren Harvey, “Towards process-oriented proportionality review in the European Union”, in *European Public Law*, issue 23, 2017
- Decision of the European Central Bank of 14 May 2010 establishing a securities market programme (ECB/2010/5) (2010/281/EU), OJEU, L 124/8, 2010
- Decision (EU) 2015/774 of the European Central Bank of 4 March 2015 on a secondary markets public sector asset purchase programme (ECB/2015/10), OJEU, L 121/20, 2015
- ECB Press Release of 6 September 2012 at https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html
- Federico Fabbrini, “After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States”, in *German Law Journal*, vol. 16, 2015

- Federico Fabbrini and András Sajó, “The dangers of constitutional identity”, in *European Law Journal*, issue 25, 2019
- Giandomenico Majone, “Two logics of delegation: Agency and fiduciary relations in EU governance”, in *European Union Politics*, vol. 2, 2001
- Herman Lievelدت and Sebastiaan Princen, *The Politics of the European Union*, Cambridge University Press, 2015
- Jacques Ziller, “The German Constitutional Court’s Friendliness towards European Law: On the Judgment of Bundesverfassungsgericht over the Ratification of the Treaty of Lisbon”, in *European Public Law*, issue 16, 2010
- João Nuno Calvão da Silva, *Agências Europeias de Regulação*, Gestlegal, 2019
- John Bivens, “Worst economic crisis since the Great Depression? By a long shot”, in *Economic Policy Institute*, January 27, 2010
- John Ely, *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980
- José Luís da Cruz Vilaça, “O acórdão do tribunal constitucional alemão e o tribunal de justiça – cooperação judicial ou diálogo de surdos?”, in *CERIDAP*, issue 2, 2020
- Joseph Weiler, “The Transformation of Europe”, in *Yale Law Journal*, volume 100, 1991
- Joseph Weiler and Daniel Sarmiento, “The EU judiciary after Weiss – Proposing a new mixed chamber of the Court of Justice”, in *EU Law Live*, June 2020, available at <https://eulawlive.com/op-ed-the-eu-judiciary-after-weiss-proposing-a-new-mixed-chamber-of-the-court-of-justice-by-daniel-sarmiento-and-j-h-h-weiler/>
- Kaarlo Tuori, *The European Financial Crisis-Constitutional Aspects and Implications*, EUI Working Paper, Law 28/2012
- Kaarlo Tuori and Klaus Tuori, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, 2014
- Koen Lenaerts, “The European Court of Justice and Process-Oriented Review”, in *Yearbook of European Law*, vol. 31, 2012
- Koen Lenaerts, “New Horizons for the Rule of Law Within the EU”, in *German Law Journal*, issue 21, 2020
- Luís Pacheco, “Fiscal federalism, EMU and shock absorption mechanisms: A guide to the literature”, *European Integration Online Papers*, issue 4, 2000
- Marijn Van Der Sluis, “Similar, Therefore Different: Judicial Review of Another Unconventional Monetary Policy in *Weiss* (C-493/17)”, in *Legal Issues of Economic Integration*, issue 46, 2019
- Matteo Falagiarda and Stefan Reitz, “Announcements of ECB unconventional programs: Implications for the sovereign spreads of stressed euro area countries”, in *Journal of International Money and Finance*, issue 53, 2015
- Mark Dawson and Ana Bobic, “Quantitative Easing at the Court of Justice – Doing whatever it takes to save the euro: Weiss and others”, in *Common Market Law Review*, issue 56, 2019
- Mark Dawson, Adina Akbik and Ana Bobic, “Reconciling independence and accountability at the European Central Bank: The false promise of Proceduralism”, in *European Law Journal*, vol. 25, 2019
- Matthias Goldman, “Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review”, in *German Law Journal*, vol. 15, 2014

- Mattias Kumm, “Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?: Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice”, in *Common Market Law Review*, issue 36, 1999
- Mattias Kumm, “Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe’s Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of ‘Chicken’ and What the CJEU Might do About It”, in *German Law Journal*, vol. 15, 2014
- Mauro Megliani, “From the European Stability Mechanism to the European Monetary Fund: There and Back Again”, in *German Law Journal*, issue 21, 2020
- Mehrdad Payandeh, “Constitutional review of EU law after Honeywell: Contextualizing the relationship between the German constitutional court and the EU Court of Justice”, in *Common Market Law Review*, issue 48, 2011
- Michael Evers, “Federal fiscal transfer rules in monetary unions”, *European Economic Review*, issue 56, 2012
- Michael Ioannidis, “Europe’s new transformations: How the EU economic constitution changed during the Eurozone crisis”, in *Common Market Law Review*, issue 53, 2016
- Monica Claes, “The protection of national constitutional identity and the limits of European integration at the occasion of the *Gauweiler* case”, in *German Law Journal*, vol. 16, 2015
- Nathan Arriba-Sellier, “Between Karlsruhe and Luxembourg, lies Frankfurt? The Bundesbank and the Bundesverfassungsgericht’s PSPP decision”, in *EU Law Live*, May 2020, available at <https://eulawlive.com/op-ed-between-karlsruhe-and-luxembourg-lies-frankfurt-the-bundesbank-and-the-bundesverfassungsgerichts-pspp-decision-by-nathan-de-arriba-sellier/>
- Paul Krugman, “The Lesser Depression”, in *The New York Times*, July 21, 2011
- Peter Beck, “Ultra Vires?”, in *D’Kart Antitrust Blog*, May 2020, available at <https://www.d-kart.de/en/blog/2020/05/11/ultra-vires/>
- René Smits, *The European Central Bank. Institutional Aspects*, Kluwer Law International, 1997
- Steve Boom, “The European Union after the Maastricht decision: Will Germany be the ‘Virginia of Europe’?”, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995
- Takis Tridimas and Napoleon Xanthoulis, “A legal analysis of the *Gauweiler* case: between monetary policy and constitutional conflict”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, issue 23, 2016
- Toni Marzal, “Is the BVerfG PSPP decision ‘simply not comprehensible’?”, in *Verfassungsblog*, May 2020, available at <https://verfassungsblog.de/is-the-bverfg-pspp-decision-simply-not-comprehensible/>
- Thomas Beukers, “The new ECB and its relationship with the eurozone Member States: between central bank independence and central bank intervention”, in *Common Market Law Review*, issue 50, 2013
- Vestert Borger, “Outright Monetary Transactions and the stability mandate of the ECB: *Gauweiler*”, in *Common Market Law Review*, issue 53, 2016
- Wallace Oates, “Fiscal federalism in theory and practice: applications to the European community”, in *Commission of the European Communities*, 1977

- Wallace Oates, “Toward a second-generation theory of fiscal federalism”, *International Tax and Public Finance*, issue 12, 2005
- Wojciech Sadurski, “‘Solange, chapter 3’: Constitutional Courts in Central Europe –Democracy– European Union”, in *European Law Journal*, vol. 14, 2008

Sobre el autor

Nuno Albuquerque Matos es Licenciado y Máster en Derecho por la Universidad de Coimbra, donde también realizó estudios de posgrado en Derecho Bancario y de la Competencia de la UE. Doctorando en la *Global School of Law* de la Universidad Católica Portuguesa, en Lisboa. Asesor jurídico del Banco de Portugal y profesor invitado de la Universidad Católica Portuguesa. Autor de publicaciones (monografía, libros colectivos y artículos en revistas especializadas) en las áreas del Derecho de Ayudas Estatales de la UE, Derecho de Competencia, Gobernanza y Finanzas Públicas de la UE.

About the author

Nuno Albuquerque Matos holds a Bachelor in Law and a Master degree in EU law from the University of Coimbra where he also undertook post-graduate studies in EU competition and banking law. PhD candidate at the Global School of Law of Portuguese Catholic University, in Lisbon. Legal adviser at the Bank of Portugal and guest lecturer at the Catholic University of Portugal. Author of publications (monograph, collective books and articles in specialized journals) in the fields of EU state aid law, competition law, EU governance and EU public finance.

La Unión Europea, el Líbano y los refugiados sirios¹

The European Union, Lebanon, and the Syrian refugees

Javier Lion Bustillo
Universidad Complutense de Madrid
flion@ucm.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021pp107-131>

Recibido el 18 de noviembre de 2020
Aceptado el 4 de mayo de 2021

Sumario: I. Introducción.—II. El impacto de la acogida de refugiados en países cercanos a un conflicto: el caso libanés.—III. La guerra civil siria y la nueva oleada de refugiados.—IV. La respuesta de la UE.—V. Entre la europeización y el *statu quo*.—VI. Conclusiones.—VII. Bibliografía.

Resumen: El propósito de este artículo consiste en evaluar la coherencia de la acción exterior de la Unión Europea entre sus relaciones con el Líbano y su política hacia los refugiados sirios. Para ello, se llevará a cabo un contraste entre los objetivos de la Política Exterior y de Seguridad Común y los del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La primera declara promover la estabilidad en ese país, además de extender hacia él las ideas europeas en materia de democratización, derechos humanos y buen gobierno. El segundo busca que los refugiados permanezcan en países vecinos (como es el caso del Líbano) y que se evite su llegada a Europa. Los resultados de este trabajo subrayan que esta notable presencia de refugiados en un país con recursos limitados, con una administración pública ineficaz y clientelista, y con un sistema político inestable está conduciendo a evidentes tensiones, que se pueden ver reforzadas si buena parte de esos refugiados permanece indefinidamente en el país. De este modo, la obsesión por tratar a los refugiados como una amenaza a su seguridad debilita la coherencia de la acción exterior de la UE y perjudica el logro de sus otros objetivos.

Palabras clave: Líbano, refugiados, Política Exterior y de Seguridad Común, Unión Europea, Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Abstract: *The purpose of this article consists of assessing the coherence of the European Union external action between its relations with Lebanon and its policy*

¹ Este artículo se inscribe en el marco del proyecto de investigación dirigido por Laura Feliú Martínez y Ferrán Izquierdo Brichs, «Dinámicas y actores transnacionales en Oriente Medio y Norte de África (MENA): una genealogía histórica de élites y movimientos sociales entre lo local y lo global» (Ministerio de Economía y Competitividad, Agencia Estatal de Investigación y Fondo Europeo de Desarrollo Regional) (HAR2016-77876-P).

towards the Syrian refugees. With this objective, I will contrast the objectives of the Common Foreign and Security Policy and those of the Area of Freedom, Security and Justice. The former is aimed at promoting stability in Lebanon and spreading to that country the European views of democracy, human rights and good governance. The latter wants the refugees to remain in neighbouring countries (like Lebanon) and prevent their arrival into Europe. The results of this work highlight that the presence of such a high number of refugees in a country with very limited resources, a clientelist and inefficient public administration, and an unstable political system is leading to open tensions that will grow if those refugees remain in Lebanon indefinitely. Therefore, the obsession for treating the refugees as a security threat is weakening the coherence of the EU external action and undermining the achievement of other objectives.

Keywords: *Lebanon, refugees, Common Foreign and Security Policy, European Union, Area of Freedom, Security and Justice.*

I. Introducción

El Líbano es un país en el que la fractura generada por la guerra civil (1975-1990) sigue estando presente en muchos aspectos de la realidad. En aquella crisis, un factor de gran importancia fue la presencia de un elevado número de refugiados palestinos, algunos de los cuales empleaban la zona sur como plataforma en su lucha contra Israel. Además, fuerzas palestinas pasaron a tomar parte en los enfrentamientos armados entre diferentes milicias libanesas. Tras los Acuerdos de Ta'if (1989), el país entró en una fase de pacificación bajo hegemonía siria, en tanto que Israel controlaba su parte meridional. Pero la retirada israelí en 2000 y la de Siria en 2005 reabrieron la pugna por el control del sistema político entre las distintas facciones, y si bien la paz se ha mantenido desde entonces, no han faltado incidentes armados que han hecho pensar en la posibilidad de una nueva guerra civil. La llegada de un elevado número de refugiados sirios desde 2011 provocó el que resurgieran los temores a un retorno al pasado, especialmente cuando se percibió que algunas milicias sirias utilizaban el territorio libanés como base para sus operaciones, en las que contaron con el apoyo de grupos locales. En definitiva, el Líbano corrió un serio riesgo de experimentar un desbordamiento del conflicto sirio, poniendo en evidencia su fragilidad ante estas situaciones².

² Javier Lion Bustillo, «Líbano y Siria: entre la disociación y el desbordamiento», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 108 (2014): 213-235.

La UE ha llevado a cabo una política de gestión del éxodo de refugiados procedentes de Siria predominantemente basada en que el mismo constituya un desafío a su propia seguridad y en que la mejor respuesta consistía en externalizar el problema, de manera que los refugiados permanecieran en países vecinos como el Líbano, a pesar de sus limitadas capacidades en el área de las políticas públicas. Pero sobre todo el problema planteado fue de carácter político, ya que la presencia de los refugiados podía alterar allí los frágiles equilibrios demográficos, confesionales y políticos existentes, colocando al país ante un nuevo reto para su estabilidad. No obstante, esta política europea contenía un riesgo para sí misma, ya que cualquier estallido de violencia en el Líbano no haría sino agravar la propia crisis de refugiados en dirección a Europa. Todo esto nos conduce a tratar de evaluar la coherencia entre la política de la UE hacia el Líbano y sus iniciativas hacia los refugiados sirios.

La estructura de este trabajo comenzará con la exposición de las aproximaciones teóricas a los posibles efectos de la llegada de gran número de refugiados a países vecinos de aquellos envueltos en conflictos armados. También se explicarán las especificidades del Estado libanés y su vulnerabilidad hacia las crisis de refugiados que alteren los equilibrios internos de poder. En segundo lugar, se repasará el proceso de llegada y asentamiento de los refugiados sirios en el Líbano desde el inicio de la guerra civil, así como su efecto en la política libanesa. A continuación, se analizarán las políticas de la UE hacia el Líbano y hacia los refugiados sirios. En el siguiente apartado, se evalúa hasta qué punto existe una coherencia entre los diferentes objetivos de las políticas de la UE en el Líbano repasando sus efectos prácticos. Finalmente, se extraerán algunas conclusiones que evidencian esa falta de coherencia antes señalada.

II. El impacto de la acogida de refugiados en países cercanos a un conflicto. El caso libanés

La proliferación de oleadas de refugiados en las últimas décadas ha fomentado los estudios sobre sus posibles efectos. Para Myron Weiner (1996), existe la tendencia a que ciertos espacios geográficos se conviertan en lo que denomina «*bad neighborhoods*», es decir, «*regions with a number of countries in which violence and brutality impel large numbers of people to cross international borders in search of security*»³.

³ Myron Weiner. «Bad Neighbors, Bad Neighborhoods: An Inquiry into the Causes of Refugee Flows», *International Security*, n.º 21, 1 (1996): 26-28.

En estos contextos, es probable que una guerra civil en un país acabe afectando a sus vecinos, dado que entre los refugiados se pueden infiltrar algunos combatientes que desean utilizar el territorio del Estado de acogida como base para nuevos ataques en su país de origen, convirtiéndose en lo que se ha denominado «refugiados-combatientes»⁴. Por otra parte, las autoridades del país de acogida pueden bien respaldar esta actitud o bien oponerse a ella por diferentes motivos, que van desde un respeto escrupuloso a su neutralidad y soberanía, pasando por el temor a que esa situación conduzca a incidentes con las autoridades del país vecino o a que los combates se extiendan a su propio territorio. El mayor peligro es que los combatientes foráneos lleguen a convertirse en un poder de facto en el país de acogida, colocando zonas de su territorio bajo su propio control y desafiando a sus autoridades. Esta situación sería especialmente inflamable en el caso de países en los que existe un gran fraccionamiento de su cultura política, con comunidades fuertemente vinculadas con alguno o varios de los grupos enfrentados en la guerra civil vecina, con el consiguiente riesgo de desbordamiento de dicho conflicto⁵. Por el contrario, otros autores subrayan que esa militarización de los refugiados constituye una anomalía y que el intento de aplicar un paradigma de seguridad a ese colectivo estaría vinculado al desarrollo de unas políticas cada vez más restrictivas por parte de los países occidentales⁶.

En el caso específico del Líbano, su sistema político se caracterizó desde sus inicios por un modelo consociacional, que implicó la decisión de compartir el poder entre los diferentes grupos confesionales de tal modo que las principales magistraturas políticas del país, así como las principales posiciones en la administración pública, quedaron repartidas entre ellos. En realidad, el aparato del Estado se convirtió en un complemento de las propias estructuras clientelistas del sector privado, de manera que ambas dimensiones permitieron un liderazgo estable dentro de cada comunidad confesional en las dimensiones política y social a cargo de las mismas personas, los denominados *zuama*. Sin embargo, este modelo ha sido históricamente incapaz de mantener el control sobre la violencia interconfesional, que creció debido a factores como los cambios demográficos, la lucha por el territorio o el impacto de las

⁴ Aristide Zolberg, Astri Suhrke y Sergio Aguayo, *Escape from Violence: Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World* (Nueva York: Oxford University Press, 1989), 275. Sarah K. Lischer, «Catalysts of Conflict: How Refugee Crises Lead to the Spread of Civil War» (Tesis Doctoral, Massachusetts Institute of Technology, 2002), 10, <https://core.ac.uk/display/4393676>

⁵ Lischer, «Catalysts...», 23. David Carment, Patrick James y Zeynep Taydas, «The Internationalization of Ethnic Conflict: State, Society, and Synthesis», *International Studies Review*, n.º 11, 1(2009): 66-68.

⁶ Reynoud Leenders, «Refugee Warriors or War-Refugees? Iraqi Refugees' Predicament in Syria, Jordan and Lebanon». *Mediterranean Politics*, n.º 14, 3(2009): 357.

crisis regionales, desembocando en la guerra civil de 1975-90⁷. Por su parte, hay autores que consideran que la debilidad del Líbano no procede de su sistema político, sino de su carácter de Estado de reciente creación, lo que le haría vulnerable dada su ausencia de legitimidad y trataría de ser compensado por los diferentes partidos a través de alianzas en el sistema internacional. En tales circunstancias, las tensiones en dicho sistema desembocarían fácilmente en estallidos de violencia e incluso en guerras civiles⁸.

La guerra civil libanesa (1975-90) constituyó un buen ejemplo de esta dinámica, ya que el enorme fraccionamiento de la sociedad y la clase política se mezcló con un escenario de gran inestabilidad regional, de manera que cada facción buscó respaldo en el exterior para garantizar su poder. De hecho, entre sus causas podemos destacar los cambios demográficos y la consiguiente ruptura de los equilibrios entre los diferentes grupos confesionales. En ese contexto, los refugiados palestinos decidieron implicarse en el conflicto interno para garantizar su supervivencia como actor autónomo al margen del control del Estado libanés o de otros gobiernos árabes, lo que acentuó más la ruptura del tradicional consenso que sostenía el sistema institucional. Esto ha conducido a muchos libaneses a considerar la guerra civil principalmente como el resultado de las acciones de esos refugiados, una opinión fomentada por diversos partidos⁹.

Tras el final de la guerra civil, Siria se convirtió en la potencia hegemónica en el Líbano mediante la presencia de sus tropas y de sus servicios de seguridad. Sin embargo, esa posición se fue deteriorando tras la invasión estadounidense de Irak (2003), ya que Washington decidió castigar a Damasco por su oposición a la misma. Ante este giro, mientras unos partidos prefirieron conservar el apoyo sirio, otros pasaron a la oposición. La oleada de protestas en las calles tras el asesinato del exPrimer Ministro Rafik Hariri (2005) forzó la salida de las tropas sirias, pero a partir de ese momento las rivalidades entre los partidos desembocaron en la división del país en dos coaliciones enfrentadas, el 8 y el 14 Marzo: la primera se alineó con Irán y Siria, y la segunda con Arabia Saudí y Estados Unidos¹⁰.

⁷ Tamirace Fakhoury, *Democracy and Power-Sharing in Stormy Weather: The Case of Lebanon* (Wiesbaden: Springer, 2009), 77-92. Samir Khalaf, *Civil and Uncivil Violence in Lebanon* (Nueva York: Columbia University Press, 2002), 43-48.

⁸ Adham Saouli, «Stability under Late State Formation: The Case of Lebanon». *Cambridge Review of International Affairs*, n.º 19, 4 (2006): 701-717.

⁹ Khalaf, *Civil and Uncivil...*, 224.

¹⁰ La Coalición 8 de Marzo está integrada por los dos grandes partidos chiíes, Hezbollah y Amal. Además, cuenta con la colaboración del principal partido cristiano, el Movimiento Patriótico Libre del actual presidente, Michel Aoun. Por su parte, el 14 de Marzo incluye al principal partido suní, el Movimiento de Futuro de la familia Hariri, así como a los partidos cristianos de las Fuerzas Libanesas y la Falange.

En este clima de división interna, la única fórmula que ha permitido un cierto nivel de estabilidad y calma ha sido el recurso a gobiernos de unidad nacional en los que están representadas ambas coaliciones rivales, de manera que el modelo consociacional se ha visto reforzado. El problema es que la toma de decisiones se ha hecho enormemente compleja y su efecto ha sido el eludir aquellas que puedan suscitar más controversia y que afecten a los intereses de los dirigentes políticos o sus allegados (subidas de impuestos, cambios en el mercado laboral, desarrollo de una administración pública neutral y eficiente, desarme de todos los grupos, etc.). Por lo tanto, los principales problemas del país (corrupción, clientelismo, altísima deuda pública, déficits en los servicios públicos...) no han encontrado una solución viable. En este contexto, los políticos libaneses de todas las tendencias han recurrido de manera sistemática a solicitar dinero de los diferentes actores internacionales con el argumento de que el país estaba al borde del hundimiento y de que era posible una nueva guerra civil¹¹.

III. La guerra civil siria y la nueva oleada de refugiados

Con el comienzo de la guerra civil en Siria (julio de 2011), los primeros desplazados por el conflicto llegaron a la frontera libanesa, que pudieron atravesar sin problemas ya que las autoridades de Beirut optaron por una política de puertas abiertas por distintos factores, destacando los lazos históricos, sociales y culturales entre ambos países. De hecho, se trataba de un reducido número de refugiados procedentes principalmente del área de Homs, que se instalaron en viviendas de familiares y amigos¹². Otro factor relevante fue que los distintos partidos veían los acontecimientos en Siria desde una perspectiva opuesta, por lo que resultaba muy difícil el articular una política coherente y lo que predominó así fue la inacción¹³. Poco a poco, el

¹¹ Nisreen Salti y Jad Chaaban, «The Role of Sectarianism in the Allocation of Public Expenditure in Postwar Lebanon», *International Journal of Middle East Studies*, n.º 42, 4 (2010): 651-652. Mounir Mahmalat y Sami Atallah «Why Does Lebanon Need CEDRE? How Fiscal Mismanagement and Low Taxation on Wealth Necessitate International Assistance», *The Lebanese Center Policy Studies*, Policy Brief n.º 34 (2018), 4, acceso el 5 de abril de 2020, <https://www.lcps-lebanon.org/publication.php?id=318>

¹² Ninette Kelley, «Responding to a Refugee Influx: Lessons from Lebanon». *Journal on Migration and Human Security*, n.º 5, 1 (2017): 85.

¹³ El Gobierno dirigido por Najib Mikati contaba entonces solamente con el apoyo del 8 de Marzo. Hala Naufal, «Syrian Refugees in Lebanon: The Humanitarian Approach under Political Divisions», *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, San Domenico de Fiesole, European University Institute, 2012-13, 9-12, acceso el 24 de marzo de 2020, <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/24835>

número de refugiados fue creciendo hasta situarse en un millón en 2014, lo que forzó la creación de una célula de crisis entre diversos ministerios para afrontar la situación, al tiempo que entre responsables gubernamentales se expresaba la incapacidad del país para hacer frente a la situación y se exigía a la comunidad internacional el que asumiera sus responsabilidades en la gestión del problema. Ante el precedente palestino, las autoridades no permitieron la creación de campos, aunque en la práctica éstos surgieron con carácter informal, mientras que otras veces los campos palestinos ya existentes se convirtieron en el destino de esos refugiados¹⁴.

Dados los estrechos lazos históricos entre ambos países, resultaba inevitable que los efectos del conflicto dejaran su huella en una arena política libanesa ya de por sí enormemente fracturada, con largas etapas de gobiernos provisionales. La Coalición 8 de Marzo mostró su cercanía al régimen de Damasco, mientras que el 14 de Marzo se inclinaba por apoyar a los grupos insurgentes. Así, Hezbollah fue implicándose crecientemente en la guerra en Siria mediante el envío de un número notable de combatientes, en tanto que el Movimiento de Futuro ayudaba a aquellos grupos (especialmente milicias salafistas libanesas) que deseaban atravesar la frontera para combatir contra Bashar al-Asad. De este modo, los espacios fronterizos entre ambos países se convirtieron en un territorio cuyo control resultaba clave para el sostenimiento de las fuerzas insurgentes sirias dada su importancia logística y su uso como plataforma en la que refugiarse o desde la que atacar a las tropas del régimen. Por su parte, Hezbollah trataba de impedir esto, colaborando con el Ejército sirio, mientras que el Ejército libanés y sus fuerzas de seguridad se hallaban sobrepasadas en el dominio de una región como el Valle de la Bekaa, en la que la complejidad orográfica dificulta esa tarea¹⁵.

Los políticos libaneses trataron de consensuar una política con respecto a Siria, reflejada en el denominado Acuerdo de Baabda (junio de 2012), que implicaba la neutralidad del país hacia el conflicto. Pero lo cierto es que ambas coaliciones siguieron apoyando a sus respectivos aliados al otro lado de la frontera, lo que tensó enormemente las relaciones entre las distintas comunidades (especialmente entre suníes por un lado y chíes y alauíes por

¹⁴ Naufal, «Syrian Refugees...», 13. Filippo Dionigi, «The Syrian Refugee Crisis in Lebanon: State Fragility and Social Resilience». *LSE Middle East Center Paper Series*, n.º 15 (2014), 9-13, acceso el 4 de marzo de 2020, http://eprints.lse.ac.uk/65565/1/Dionigi_Syrian_Refugees%20in%20Lebanon_Author_2016.pdf

¹⁵ International Crisis Group, «Too Close for Comfort: Syrians in Lebanon», *Report n.º 141*, Beirut/Bruselas, 2012, 1-3, acceso el 2 de abril de 2020, <https://www.crisisgroup.org/middle-east-north-africa/eastern-mediterranean/lebanon/too-close-comfort-syrians-lebanon#:~:text=As%20the%20Syrian%20conflict%20increasingly,volatile%20region%20can%20ill%20afford.>

otro) y entre los partidos políticos. De hecho, esta rivalidad fue adoptando a menudo un tono cada vez más sectario y confesional. Por otra parte, los refugiados no estaban dispersos en el conjunto del país, sino que se hallaban fuertemente concentrados en algunas zonas como la Bekaa Occidental, Zahle, Baalbek-Hermel, Akkar, Baabda o Trípoli. Su presencia suscitó las primeras reacciones negativas entre algunos políticos libaneses, especialmente entre los cristianos maronitas, como el ministro de Exteriores Gebran Bassil o el líder falangista Sami Gemayel, quienes apoyaban la idea de crear campos para acogerlos, pero situados en la zona fronteriza con Siria y no en el interior del país¹⁶.

Las diferentes preferencias políticas de los refugiados influían también en el tratamiento que las distintas fuerzas políticas estaban dispuestas a otorgarles¹⁷. Así, la presencia mayoritaria de suníes, muchos de los cuales eran opuestos al régimen de Damasco, desató las críticas de los partidos del 8 de Marzo, que temían el que algunos de ellos pudieran convertirse tanto en participantes en la guerra civil siria como en combatientes en los enfrentamientos violentos entre milicias libanesas. Los escenarios más preocupantes en este sentido eran tanto el Valle de la Bekaa como la ciudad de Trípoli.

En la Bekaa, buena parte del territorio estaba bajo el control de Hezbollah, por lo que resultaba complejo el crear una estructura logística que apoyara las actividades de los insurgentes sirios. Sin embargo, en algunos espacios (como la villa de Aarsal) el predominio del Movimiento de Futuro y de otras organizaciones suníes generaba un escenario propicio, lo que motivó que tanto el Ejército libanés como Hezbollah desarrollaran una labor tendente a desmantelar cualquier infraestructura de los insurgentes sirios, dándose unas relaciones especialmente tensas con la población local. El punto culminante tuvo lugar en 2013, cuando la situación en el escenario bélico sirio parecía favorecer a las fuerzas opositoras, que trataban de arrebatarse al gobierno de Damasco el control sobre la autopista M-5, de gran importancia económica y estratégica. Su proximidad a la frontera libanesa hizo que algunas organizaciones opositoras (especialmente grupos yihadistas) trataran de emplear el territorio libanés en sus operaciones¹⁸.

En el caso específico de la ciudad de Aarsal, ésta se caracteriza por unos estrechos vínculos económico-sociales con la región siria de Homs. Al mismo tiempo, se trata de una zona tradicionalmente olvidada por las autoridades de Beirut, ya que al ser una población mayoritariamente suní en

¹⁶ «Gemayel Sounds Alarm about Refugee Crisis», *Now*, 15 de abril de 2013, acceso el 27 de marzo de 2020, <http://now.mmedia.me/lb/en/archive/gemayel-sounds-alarm-about-refugee-crisis>

¹⁷ Dionigi, «The Syrian Refugee...», 14.

¹⁸ Javier Lion Bustillo, «Líbano y Siria...», 223.

medio de una región dominada por Hezbollah, no es electoralmente útil ni para ese partido ni para el Movimiento de Futuro, por lo que el acceso a los servicios sociales es muy precario. Su estructura económica es arcaica, lo que ha provocado que el fenómeno del contrabando haya tenido un peso notable¹⁹. La amarga experiencia de la ocupación siria desde la guerra civil hasta 2005 condujo a que sus habitantes apoyaran la insurrección contra Asad y acogieran a numerosos refugiados. Sin embargo, la situación se hizo mucho más compleja cuando el número de éstos cuadruplicó el de residentes libaneses, provocando subidas de precios, mayor competencia por el empleo y problemas de vivienda, de acceso al agua y a la electricidad. Pero el principal factor desestabilizador lo constituyó la creciente presencia de combatientes opositores sirios, quienes aprovechaban la frontera para sus fines militares. La toma de la ciudad de Qusair (junio de 2013) por las tropas de Damasco y de Hezbollah, y su ofensiva contra los insurgentes llevó a éstos a replegarse hacia la frontera y a aumentar su presencia en Aarsal, implicándose crecientemente en la política libanesa. Estos insurgentes pertenecían mayoritariamente a grupos yihadistas (Jabhat al-Nusra y el Estado Islámico) que decidieron convertir Aarsal en un feudo bajo su control, al tiempo que perpetraban atentados contra Hezbollah y el Ejército libanés. Estos provocaron una elevación de las tensiones en el país entre las coaliciones 8 y 14 de Marzo, colocándolo al borde del enfrentamiento armado, con una sucesión de asesinatos de personalidades y atentados indiscriminados. Esta tensión sólo se fue difuminando a medida que el Ejército optó por una actuación más decidida en su lucha contra el yihadismo en Aarsal, con enfrentamientos directos con los grupos allí establecidos que dejaron numerosos muertos y un elevado nivel de destrucción en la ciudad hasta que los yihadistas la abandonaron (agosto de 2014). No obstante, esta acción fue tachada de desproporcionada entre una parte relevante de la población suní, que consideraba que el Ejército estaba cooperando con Hezbollah en su lucha contra los insurgentes sirios²⁰. De hecho, sólo una nueva ofensiva en verano de 2017 acabó con la presencia yihadista.

Otra posibilidad fue la de que algunos refugiados fueran reclutados para las luchas puramente intralibanesas que de vez en cuando sacuden algunas áreas del país. Un claro ejemplo es la ciudad costera de Trípoli, tremendamente empobrecida en las últimas décadas debido a factores como la guerra civil, la asfixiante presencia de las tropas sirias hasta 2005, las tensiones

¹⁹ International Crisis Group, «Aarsal in the Crosshairs: The Predicament of a Small Lebanese Border Town», *Middle East Briefing n.º 46*, Beirut/Bruselas, 4-5, acceso el 5 de marzo de 2020, <https://static1.squarespace.com/static/599720dc59cc68c3683049bc/t/5d642333b31a9d0001353837/1566843701639/Tripoli+RIT+Case+Study+Report.pdf>

²⁰ International Crisis Group, «Aarsal...», 8-14.

existentes entre el barrio suní de Bab al-Tabbaneh y el alauí de Jabal Mohsen, el olvido de las élites económicas y políticas, un sistema educativo ineficaz o los elevados índices de desempleo. A partir de 2012 se registró la llegada de un elevado número de refugiados procedentes de Siria, algunos de los cuales eran palestinos establecidos en el país vecino²¹. De hecho, muchos de los refugiados se han asentado en los campos palestinos existentes en Trípoli, además de en pequeños campos informales. La cifra global de refugiados alcanzó más de 70.000, lo que provocó una sobrecarga en los servicios públicos para los ciudadanos libaneses y para los refugiados palestinos asentados en el pasado. Igualmente, creció rápidamente la demanda de empleo, lo que supuso una caída de los salarios. En definitiva, todo esto fomentó el descontento entre la población, que generalmente culpó a las autoridades de Beirut por el olvido en que mantenían a la ciudad²².

La presencia en Trípoli de grupos yihadistas locales y palestinos ofrecía la posibilidad para sus correligionarios sirios de desarrollar una labor de cooperación en su lucha, integrándose en la arena política libanesa. Por ejemplo, algunos de ellos se implicaron en los tiroteos entre Bab al-Tabbaneh y Jabal Mohsen, aprovechándose del componente confesional del combate contra los alauíes. A raíz de esto, la situación en Trípoli se hizo especialmente inflamable en el período de 2013-2015, sucediéndose atentados indiscriminados que provocaron un gran número de víctimas. Nuevamente, fue el Ejército quien debió intervenir para desarticular el foco yihadista, lo que generó entre muchos suníes la sensación de una progresiva marginación de su comunidad²³.

Acontecimientos como los de Aرسال y Trípoli provocaron un intenso debate entre la clase política libanesa en torno a la cuestión de si el país debía seguir recibiendo refugiados sirios y en qué número, lanzado principalmente por los partidos cristianos. El entonces ministro de Exteriores Gebran Bassil, del Movimiento Patriótico Libre, descartó la posibilidad de una instalación permanente de los refugiados sirios en el Líbano (que consideró inconstitucional) y propuso la necesidad de adoptar mayores exigencias con respecto a la llegada de nuevos refugiados. Bassil recalcó en sus

²¹ Más de 30.000 palestinos procedentes de Siria se hallaban registrados oficialmente en el Líbano en 2018, pero se considera que su número es más elevado, ya que su registro oficial es más complejo y costoso que para los refugiados sirios.

²² Khaled Ismail, Claire Wilson y Nathan Cohen-Fournier, «Syrian Refugees in Tripoli, Lebanon», *Feinstein International Center*, 2017, acceso el 6 de marzo de 2020, <https://static1.squarespace.com/static/599720dc59cc68c3683049bc/t/5d642333b31a9d0001353837/1566843701639/Tripoli+RIT+Case+Study+Report.pdf>

²³ Michael Young, «In Tripoli, a Conflict Exploited by All», *The Daily Star*, 8 de diciembre de 2013, acceso el 8 de diciembre de 2013, <http://www.daylstar.com.lb/Opinion/Columnist/2013/Dec-05/239935-in-tripoli-a-conflict-exploited-by-all.ashx#axzz2vSdCbW27>

intervenciones que el Líbano no aceptaría las presiones internacionales en el tema de los refugiados y que el país era soberano en ese terreno, aunque al mismo tiempo subrayó que cumpliría con sus deberes humanitarios. Pero destacó que la comunidad internacional había sido incapaz de aportar a la sociedad libanesa la ayuda necesaria en este aspecto, de modo que «*They have restricted the aid to Syrian refugees and not the Lebanese*»²⁴.

IV. La respuesta de la UE

La Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) de la UE hacia los vecinos mediterráneos (y hacia el Líbano en particular) ha experimentado ciertos cambios sutiles pero relevantes en cuanto a sus objetivos. Si originalmente se hablaba de fomentar la democratización, el respeto a los derechos humanos y el Estado de Derecho²⁵, en los últimos años el principal énfasis se ha otorgado a la idea de estabilidad, lo que cuestiona su discurso reformista. La UE promueve en el Oriente Medio regímenes que mantengan una política favorable a los intereses occidentales, tales como la apertura y liberalización de sus mercados, la resolución pacífica del conflicto árabe-israelí, la lucha contra el terrorismo yihadista, el control de las migraciones irregulares o el alineamiento geopolítico con Occidente²⁶. En este sentido, trata de minimizar la influencia de actores como Siria o Irán (y de sus aliados regionales, a los que considera como rivales en la región). No obstante, el Líbano es un país en el que la influencia de ambos Estados es muy notable a través de la Coalición 8 de Marzo, que ha mantenido en los últimos años una fuerte presencia en el Gobierno de Beirut. Pero si bien la UE desearía ver disminuida esa presencia en favor de sus rivales del 14 de Marzo, no comparte la visión que a veces se ha sostenido desde Washington o Tel Aviv de utilizar la fuerza para imponer un cambio en los equili-

²⁴ Hassan Lakkis, «Bassil: Lebanon, not UN, Sets Refugee Policies», *The Daily Star*, 11 de noviembre de 2014, acceso el 6 de junio de 2020, <https://www.dailystar.com.lb/News/Lebanon-News/2014/Nov-11/277234-bassil-lebanon-not-un-sets-refugee-policies.ashx>

²⁵ European Union, «Lebanon. Country Strategy Paper 2007-13», 2007, 3-5, acceso el 5 de noviembre de 2019, <https://library.e.unhcr.org/Content/lebanon-country-strategy-paper-2007-2013-and-national-indicative-programme-2007-2010>

²⁶ Tamirace Fakhoury, «The European Union's Engagement in Conflict Processes and Conflict Spillovers: The Case of Lebanon Since the Onset of the Syrian War», *European Foreign Affairs Review*, n.º 22, 1 (2017): 39-58. European Commission, «Programming of the European Neighbourhood Instrument (ENI) (2014-2020) - Single Support Framework for EU support to Lebanon (2017-2020)», acceso el 12 de noviembre de 2019, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/single_support_framework_for_eu_support_to_lebanon_20172020_annex.pdf (25.01.2019)

brios de poder en el Líbano. Esto podría provocar allí una guerra civil que tendría desastrosas consecuencias sobre la propia UE al generar presumiblemente una gran oleada de refugiados. En otras palabras, la retórica democratizadora encuentra sus límites en un entorno en el que prevalece una política basada en intereses confesionales y donde el pluralismo existente no es útil para crear un Estado más fuerte y eficaz²⁷.

Por lo tanto, la política de la UE hacia el Líbano se basa en un equilibrio muy sutil entre diferentes objetivos. Por un lado, desea mantener una cierta estabilidad política, si bien la misma debe ser compatible con un debilitamiento del poder de la Coalición 8 de Marzo (especialmente de Hezbollah) en favor de sus rivales del 14 de Marzo. Pero esto no debe de ir en detrimento de la democratización del país y del respeto a los derechos humanos, de acuerdo con una visión normativa. La UE estableció en 2006 un Acuerdo de Asociación con el Líbano con el objetivo de reforzar la posición del nuevo Gobierno de Beirut establecido tras la revuelta de 2005 y controlado por la Coalición 14 de Marzo. Sin embargo, la división política dio al traste con estos planes y desembocó en gobiernos de amplia mayoría respaldados por partidos de ambas coaliciones que han frenado las reformas y se han limitado a tratar de evitar un nuevo conflicto civil. Esto ha provocado que la UE careciera de una influencia significativa en el país.

Por su parte, la política europea dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) se ocupa de la gestión de los refugiados y demandantes de asilo, área en la que ha predominado el principio de externalización, según el cual los refugiados deben encontrar acomodo en los países más próximos²⁸. Esta posición se explica por las reticencias europeas hacia las migraciones, consideradas a menudo como una amenaza. En este sentido, dado que muchos refugiados llegan a Europa a través de vías no legales, ha habido una tendencia a mezclar la lucha contra la inmigración irregular con el problema de los refugiados, de modo que la externalización se convierte en un mecanismo de seguridad que evita su acogida. Sin embargo, esta política puede chocar con otros objetivos de la acción exterior de la UE, así como suscitar

²⁷ Fakhoury, «The European Union´s...», 54. Nathalie Tocci, «What Went Wrong? The Impact of Western Policies towards Hamas and Hizbollah», *CEPS Policy Brief n.º 135*, 2007, acceso el 19 de marzo de 2020, <https://core.ac.uk/download/pdf/5080237.pdf>. Peter Seeberg, «The EU as a Realist Actor in Normative Clothes: EU Democracy Promotion in Lebanon and the European Neighbourhood Policy», *Democratization*, n.º 16, 1 (2008): 81-99.

²⁸ Por externalización de los controles migratorios se entiende «...*extraterritorial state actions to prevent migrants, including asylum seekers, from entering the legal jurisdictions or territories of destination countries or regions or making them legally inadmissible without individually considering the merits of their protection claims*». Bill Frelick, Ian Kysel y Jennifer Podkul, «The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrant», *Journal on Migration and Human Security*, n.º 4, 4 (2016): 193.

críticas hacia esa externalización si los países vecinos eluden la aplicación del principio de no repatriación forzosa a sus países de origen, si la seguridad de los refugiados está en peligro, o si sus derechos humanos son violados de modo flagrante²⁹. En otras palabras, hay una contradicción entre el interés de algunos políticos europeos en impedir la llegada de un número significativo de refugiados y las propias normas y principios de la UE³⁰.

Desde el inicio de la crisis siria, la UE ha practicado una política tendente a externalizar la gestión del éxodo de refugiados hacia sus vecinos del Oriente Medio. Dada la completa oposición de algunos países (Israel, Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos...) a aceptar esos refugiados, la gran mayoría de ellos se instaló en Turquía, Líbano y Jordania³¹. En el caso libanés, la UE ha exigido a las autoridades de Beirut tanto el aceptar la entrada de los refugiados procedentes de Siria como su permanencia en el país mientras falten las condiciones necesarias para su retorno, subrayando además el impacto económico positivo que esos refugiados pueden tener gracias a su formación y a un aumento de la demanda³². Pero el impulso decisivo a esta política se dio con la crisis provocada por la llegada a la UE de un elevado número de solicitantes de asilo en el período 2014-15. Ante la presión existente sobre países europeos como Italia y Grecia, la UE aprobó un mecanismo de reubicación temporal de solicitantes de asilo, si bien el mismo no pudo ser luego aplicado por las resistencias de algunos socios. Sin embargo, en ningún caso se manejó la posibilidad de un sistema similar para aligerar los problemas de los países vecinos. Por el contrario, simplemente se optó por darles un mayor apoyo financiero mediante la iniciativa Action Plan for Resilience in Crisis Prone Countries³³.

Las autoridades libanesas utilizaron este contexto favorable para incrementar su presión sobre la UE con vistas a lograr más recursos, lo que fue negociado en diciembre de 2014 en una Conferencia Internacional cele-

²⁹ Christina Boswell, «Addressing the Causes of Migratory and Refugee Movements: The Role of the European Union», *UNHCR Working Paper*, n.º 73 (2002): 19-21, acceso el 2 de marzo de 2020, <https://www.unhcr.org/3e19ac624.pdf>

³⁰ Bulcsú Hunyadi y Csaba Molnár, «Central Europe's Faceless Strangers: The Rise of Xenophobia», *The Freedom House*, 2016, acceso el 8 de octubre de 2019, https://freedomhouse.org/sites/default/files/July12016_xenophobia_final_brief_FH.pdf

³¹ Henriette Ruhrmann, y David FitzGerald, «The Externalization of Europe's Borders in the Refugee Crisis, 2015-2016», *CCIS WP*, 3-8, acceso el 20 de abril de 2020, https://ccis.ucsd.edu/_files/wp194.pdf

³² Council of the European Union, «Conclusions on the European Commission's Communication on Maximising the Development Impact of Migration», 12415/13, Bruselas, 19 de julio de 2013.

³³ European Commission, «Action Plan for Resilience in Crisis Prone Countries (2013-2020)», Commission Staff Working Document, Bruselas, 19 de junio de 2013, SWD 2013, 227 final.

brada en Berlín bajo el liderazgo del ministro de Exteriores alemán Frank-Walter Steinmeier, que aprobó una declaración de apoyo y un sustancial incremento de los recursos para la asistencia humanitaria hacia los refugiados, su integración provisional en los países de acogida, el fortalecimiento de las capacidades administrativas de estos y la mejora de las condiciones de vida de sus habitantes más desfavorecidos. Por el contrario, apenas hubo referencias a la posibilidad de reasentamiento de dichos refugiados en otros lugares mejor preparados para ello, lo que coincidía con las reticencias mostradas por diferentes países de la UE. Al propio tiempo, se subrayaba que la posibilidad de una integración definitiva de esos refugiados en los países de acogida era un derecho soberano de éstos, dando así respuesta a las preocupaciones libanesas³⁴. Basándose en ese acuerdo global, las autoridades de Beirut lanzaron a continuación el Plan de Respuesta a la Crisis en Líbano (PRCL) en estrecha colaboración con la ONU y sus agencias, pero buena parte de la financiación corrió a cargo de la UE y de sus integrantes, creciendo desde ese momento el volumen de ayuda al Líbano de forma muy significativa.

La Conferencia de Londres de febrero de 2016 fue escenario de la firma de un Convenio anexo a las Prioridades del Partenariado UE/Líbano, con el objetivo fundamental de mejorar las condiciones de vida de los refugiados sirios en aquel país y de sus comunidades de acogida vulnerables, añadiendo a ello el propósito de su estabilización. Los incentivos financieros proporcionados fueron significativos, estableciéndose en un mínimo de 400 millones de euros para el período 2016-17. Por ejemplo, el apartado de educación se elevó a 59 millones de euros en 2016 destinados a apoyar el programa «Alcanzando a todos los niños con la educación», lanzado por el Gobierno libanés para el período 2016-21 y que tiene por propósito el lograr la escolarización de los niños refugiados (incluyendo a los palestinos), al tiempo que se mejora la calidad educativa en aquellas áreas donde esos refugiados son más abundantes³⁵. También se aportaron importantes sumas para la gestión de residuos y basuras (53 millones) y para el sector de la sanidad (11 millones). No podemos olvidar que el acceso a la sanidad en el Líbano se halla todavía muy restringido debido a sus elevados costes, que

³⁴ Así: «Participants noted that any form of integration of refugees from Syria remains a sovereign decision of host and receiving countries». Auswärtiges Amt, «Berlin Communiqué of the Conference on the Syrian Refugee Situation», 28 de octubre de 2014, acceso el 10 de enero de 2020, <https://www.auswaertiges-amt.de/en/newsroom/news/141028-berliner-erklaerung/266444>

³⁵ EU-Lebanon Association Council, «Decision n.º 1/2016 agreeing on EU-Lebanon Partnership Priorities», EU-RL 3001/16, 11 de noviembre de 2016, acceso 2 de noviembre de 2019, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/11/15/eu-lebanon-partnership/>

se han encarecido con la llegada de refugiados sirios, al tiempo que el sistema sigue sometido al clientelismo político y social³⁶.

Estos compromisos fueron confirmados y extendidos en el tiempo a 2018 en la Conferencia de Bruselas de abril de 2017 de apoyo a Siria y sus vecinos³⁷. De hecho, la UE se ha esforzado aún más por aportar incentivos para que los refugiados se queden en los países de acogida, poniendo el acento en contrarrestar la tradicional crítica de que la ayuda internacional hace que los refugiados tengan más beneficios que las poblaciones de acogida. Esto ha supuesto el concentrar los recursos de la UE para acción humanitaria en la partida «Forced displacement».

En estas conferencias, las autoridades libanesas subrayaron cómo garantizar la estabilidad política del país a través de una ayuda exterior que no se concentrara solamente en una respuesta de urgencia a la situación creada, sino también en prever las futuras alternativas que se podían ofrecer para asegurar el crecimiento económico y un bienestar generalizado³⁸. Este punto de vista fue aceptado por la UE, lo que quedó reflejado en el Marco de Apoyo para el período 2017-20, que promovía el desarrollo en aquellas áreas del Líbano que llevaban más tiempo albergando a refugiados sirios y en las que los recursos se habían resentido, al igual que el empleo³⁹. Con estos objetivos, la UE lanzó el proyecto «Strengthening the long-term resilience of subnational authorities in countries affected by the Syrian and Iraqi crises» para el trienio 2019-2021, el cual dedica al Líbano cerca de 15 millones de euros. Su objetivo es reforzar las capacidades de las administraciones a nivel local, de tal manera que permitan una mejora de las condiciones de vida tanto de los refugiados sirios como de la población libanesa allí residente. Dentro del mismo se incluye el reforzamiento de mecanismos para rebajar las tensiones entre ambos colectivos merced a un creciente desarrollo económico que beneficie a todas las partes⁴⁰. En total, el volumen

³⁶ European External Action Service, «Strengthening the long-term resilience of subnational authorities in countries affected by the Syrian and Iraqi crises», acceso el 6 de noviembre de 2019, http://eueuropaeas.fpfis.slb.ec.europa.eu:8084/delegations/lebanon/75493/strengthening-long-termresilience-subnational-authorities-countries-affected-syrian-and-iraqi_en

³⁷ Brussels Conference I, «Annex: Supporting resilience and development effort of host countries and refugees in the context of the Syrian crisis», Bruselas, 4-5 de abril de 2017.

³⁸ Republic of Lebanon, «Lebanon Statement of Intent». Conferencia de Londres, 4 de febrero de 2016, acceso el 22 de marzo de 2020, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/498026/Supporting_Syria__the_Region_London_2016_-_Lebanon_Statement.pdf

³⁹ European Commission, «Programming...», 3.

⁴⁰ European External Action Service, «Strengthening the long-term resilience of subnational authorities in countries affected by the Syrian and Iraqi crises», 2019, acceso el 6 de noviembre de 2019, <http://eueuropaeas.fpfis.slb.ec.europa.eu:8084/delegations/>

de ayuda desembolsado por la UE hacia los refugiados sirios en el Líbano y sus comunidades de acogida, así como la correspondiente a cooperación bilateral, alcanzó la cifra de 1.400 millones de euros desde 2011. Sin embargo, los avances logrados en los objetivos previstos por la UE han sido bastante escasos⁴¹.

V. Entre la europeización y el *statu quo*

La política de la UE hacia el Líbano pretendía inicialmente extender hacia ese país algunos de sus propios valores como la democracia, el respeto a los derechos humanos y una gobernanza eficaz, dentro de una estrategia de europeización⁴². Sin embargo, los resultados en esos terrenos son muy limitados. Así, las élites políticas libanesas tienen muy pocos incentivos para cambiar una situación que les mantiene en una posición de liderazgo sobre sus respectivas comunidades mediante el control clientelista de las actividades económicas y de las políticas sociales. Si estas últimas dejaran de responder a criterios clientelistas, entonces su propio poder social quedaría afectado. Así que la respuesta gubernamental ha consistido más bien en preservar el *statu quo* y utilizar los nuevos recursos para paliar algo la crisis humanitaria entre los refugiados, así como para fortalecer su tradicional dominio comunitario. Y la política europea no ha hecho un gran esfuerzo por cambiar esto, prefiriendo adaptarse al contexto libanés con el objetivo de garantizar la estabilidad⁴³.

Así, dado el elevado nivel de corrupción en la Administración libanesa, es habitual que los refugiados deban pagar ciertas sumas de dinero a intermediarios o funcionarios locales simplemente para aparecer registrados como tales y poder beneficiarse de las ayudas establecidas. Por otra parte, la distribución de los recursos no se ha hecho precisamente atendiendo al

lebanon/75493/strengthening-long-termresilience-subnational-authorities-countries-affected-syrian-and-iraqi_en

⁴¹ Morgan Meaker, «When Aid Funds a Country-Not Its Refugees», *Devex*, 10 de marzo de 2017, acceso el 7 de febrero de 2029, <https://www.devex.com/news/when-aid-funds-a-country-not-its-refugees-89744>

⁴² Tanja Börzel define europeización como «a process by which domestic policy areas become increasingly subject to European policy-making», pudiendo afectar a países de la UE, pero también a sus vecinos. Tanja Börzel, «Towards Convergence in Europe? Institutional Adaptation to Europeanization in Germany and Spain». *Journal of Common Market Studies*, n.º 39, 4 (1999): 573-96.

⁴³ Ana Uzelac y Jos Meester, «Is there protection in the region? Leveraging funds and political capital in Lebanon's refugee crisis». *Clingendael Institute, CRU Report*, La Haya, julio 2018, acceso el 18 de marzo de 2020, <https://www.clingendael.org/publication/leveraging-funds-political-capital-lebanons-refugee-crisis>

critorio de mayor necesidad, sino que, como suele ser habitual en el Líbano, el reparto se ha basado en un equilibrio confesional que garantiza el mantenimiento del modelo clientelista existente⁴⁴.

Por último, la doble crisis económica y política que vive el país desde 2019 está afectando negativamente a la visión que muchos libaneses tienen de los refugiados. El muy elevado volumen de deuda pública (cuyo pago resulta complejo) y la consiguiente caída de la credibilidad de los políticos generan un entorno en el que crece el sentimiento según el cual los refugiados constituyen un lastre para el desarrollo del país⁴⁵. El ambiente social existente entre libaneses y refugiados sirios no ha hecho más que deteriorarse, algo en lo que el papel jugado por la clase política (y por líderes sociales) ha sido fundamental, ya que ha adoptado un discurso en el que los refugiados son identificados como una amenaza económica, identitaria y violenta. En el primer caso, han proliferado las acusaciones que vinculaban a los refugiados con el empobrecimiento de los libaneses, con el encarecimiento del coste de la vida, con el empeoramiento en la calidad de los servicios públicos y con el alto desempleo. Por ejemplo, el Patriarca maronita Bishara al-Rai acusó a los refugiados de «*quitar a los libaneses el pan de sus bocas, haciéndolos caer en la pobreza y la privación*», por lo que exigió su inmediata repatriación⁴⁶. Por su parte, en junio de 2019, el Movimiento Patriótico Libre lanzó una campaña pública contra las empresas que dan trabajo a ciudadanos sirios en la que voluntarios de la sección juvenil del partido se desplegaron por las calles denunciando a estas empresas y repartiendo octavillas en las que se señalaba «*Proteged a los trabajadores libaneses y denunciad a los infractores. Siria es un lugar seguro para el retorno y el Líbano ya no puede aguantar*»⁴⁷.

El entonces Primer Ministro Saad Hariri se encontraba en una posición difícil en este tema, puesto que debía conciliar su imagen de defensor de la comunidad suní con la de líder del Líbano, buena parte de cuyos habitantes es suspicaz ante la llegada masiva de refugiados suníes. De ahí que Ha-

⁴⁴ Meaker, «When Aid...»

⁴⁵ Mohammad A. Ibrahim y Ammar Hamou, A., «As the Nation Defaults, Lebanon Turns Its Back on Syrian Refugees», *Syria Direct*, 10 de Marzo de 2020, acceso 20 de marzo de 2020, <https://syriadirect.org/news/as-the-nation-defaults-lebanon-turns-its-back-on-syrian-refugees/>

⁴⁶ Ellen Francis, «Hostility Grows toward Syrian Refugees in Lebanon», *Reuters*, 28 de Agosto de 2020, acceso el 6 de febrero de 2020, <https://www.reuters.com/article/us-lebanon-refugees-tension-idUSKCN1B8128>

⁴⁷ Kareem Chehayeb, «Anti-Syrian Refugee Sentiment Ramps Up in Increasingly Hostile Lebanon», *Middle East Eye*, 14 de junio de 2019, acceso el 9 de febrero de 2020, <https://www.middleeasteye.net/news/anti-syrian-refugee-sentiment-ramps-increasingly-unwelcome-lebanon>

riri haya por un lado sostenido el derecho de asistencia humanitaria para los refugiados, mezclado con una apelación a la comunidad internacional para que facilite su repatriación y con una demanda de creciente ayuda económica no sólo para cubrir sus necesidades, sino también para mejorar la vida de los libaneses. Sin embargo, Hariri es partidario de no forzar a nadie a retornar a Siria, algo que suele subrayar en sus contactos con la UE. Tampoco es sencilla la posición de los partidos chífes Hezbollah y Amal, ya que si bien los refugiados constituyen un grupo que mayoritariamente no simpatiza con ellos por el apoyo que prestan al régimen de Damasco, al propio tiempo su retórica panarabista y panislámica no encajaría bien con su rechazo a acogerlos, por lo que siempre han mantenido un discurso de aceptación⁴⁸.

En lo relativo a la amenaza de la violencia, a menudo los refugiados han sido vinculados en el discurso político tanto con la delincuencia común como con el yihadismo, de tal modo que algunas medidas hacia ellos han sido justificadas como necesarias para prevenir la expansión de esos fenómenos. En ese terreno, tanto el Presidente Aoun como Hezbollah se han presentado como los garantes del carácter pluralista del Líbano frente a las amenazas de grupos como Jabhat al-Nusra o el Estado Islámico. Los enfrentamientos de Arsal o Trípoli han sido puestos como ejemplo de esa lucha antiyihadista, que ha implicado a menudo acciones poco respetuosas con los derechos humanos. Pero ello ha contribuido a fortalecer la imagen del Movimiento Patriótico Libre y de Hezbollah ante un electorado atemorizado por el peligro de expansión yihadista⁴⁹.

Por último, la amenaza identitaria se debe a que algunas comunidades (especialmente los cristianos, pero también los chífes) perciben en los refugiados sirios un factor desestabilizador entre los distintos grupos confesionales, de manera que su asentamiento permanente e incluso su naturalización podrían implicar un cambio en las características sociales y en los equilibrios de poder, modificando lo que ellos conciben como identidad libanesa. Así, el falangista Sami Gemayel consideró que la presencia de los refugiados constituía una amenaza que debía ser afrontada con la creación de un nuevo gobierno de salvación por constituir una «amenaza exis-

⁴⁸ Georgi Azar, «Hariri Calls on EU to Exude Pressure on Syria to Return Refugees», *An Nahar*, 14 de marzo de 2019, acceso el 4 de enero de 2020, <https://en.annahar.com/article/948326-hariri-calls-on-eu-to-exude-pressure-on-syria-to-return-refugees>. Alexander Betts, Ali Ali y Fulya Memisoglu, «Local politics and the Syrian Refugee Crisis. Exploring Responses in Turkey, Lebanon and Jordan». University of Oxford: Refugee Studies Centre, 17, acceso el 20 de enero de 2020, https://www.refugee-economies.org/assets/downloads/Local-politics-of-syrian-refugee-crisis_report-web.pdf

⁴⁹ International Crisis Group, «Arsal...», 12. Betts, Ali y Memisoglu, «Local politics...», 17-18.

tencial», además de recalcar el peligro derivado de que entre esos refugiados hubiera un número importante de palestinos. Por su parte, el Presidente Aoun ha afirmado que la naturalización de los refugiados en el futuro constituiría una vulneración de la Constitución libanesa⁵⁰.

En los últimos años ha habido una política más activa por parte de las autoridades de Beirut a la hora de «convencer» a los refugiados de que deben retornar a su país. Por un lado, muchos de ellos carecen de acceso a la escolarización y los cortes de suministro eléctrico son constantes, al tiempo que tienen serios obstáculos para poder trabajar. Sus viviendas siguen siendo muy precarias, mientras se lleva a cabo la demolición de aquellas estructuras de cemento que los cobijan, las cuales son consideradas ilegales. Según las autoridades libanesas, la política de retorno «voluntario» ha permitido que 130.000 sirios hayan vuelto a su país entre diciembre de 2017 y marzo de 2019. Es cierto que al mismo tiempo se ha dado una cierta movilización social contra esto, denunciando por ejemplo el carácter racista y populista de la campaña del MPL, pero lo cierto es que el clima de estigmatización de los refugiados se ha extendido a buena parte del país⁵¹.

El debate sobre los refugiados se ha mezclado en los últimos meses con la cuestión de si el Líbano debe restablecer o no sus relaciones con Siria, reconociendo así a Bashar al-Asad como líder de su país. Los partidos del 8 de Marzo sostienen que si se quiere convencer a las autoridades de Damasco de que creen las condiciones propicias para ese retorno, también sería necesario establecer un diálogo político con ellas, lo que por otra parte implicaría reconocer su victoria militar. Ya en el verano de 2017 un acuerdo entre la Seguridad General⁵², las autoridades sirias y la organización yihadista Jabhat al-Nusra permitió la evacuación pacífica de numerosos combatientes y de refugiados afines desde la ciudad libanesa de Arsal hacia el noroeste de Siria. Para el líder de Hezbollah, Hassan Nasrallah, esto suponía una muestra de cómo el diálogo político entre ambos Estados

⁵⁰ «Gemayel Sounds Alarm about Refugee Crisis», *Now*, 15 de abril de 2013, acceso el 27 de marzo de 2020, <http://now.mmedia.me/lb/en/archive/gemayel-sounds-alarm-about-refugee-crisis>. «Gemayel Calls on EU to Work on Refugees` Return with Key Regional Players», *Kataeb Party*, acceso el 9 de febrero de 2020, <https://www.kataeb.org/local/2019/04/10/gemayel-calls-on-eu-to-work-on-refugees-return>. Maja Janmyr, M., «Why Lebanon Objects to Calls for Voluntary Return of Syrians?», *Syria Deeply*, 4 de mayo de 2018, acceso el 3 de febrero de 2020, <https://www.newsdeeply.com/syria/community/2018/05/04/why-lebanon-objects-to-calls-for-voluntary-return-of-syrians-2>

⁵¹ Rebecca Collard, «Syrian Refugees Return from Lebanon to an Uncertain Future», *Financial Times*, 4 de julio de 2018, acceso el 10 de junio de 2020, <https://www.ft.com/content/797e5f14-7af3-11e8-8e67-1e1a0846c475>. Chehayeb, «Anti-Syrian...»

⁵² La Seguridad General es la fuerza policial encargada de las fronteras libanesas y de los ciudadanos extranjeros.

podría reducir el peso de la presencia de refugiados, por lo que debía ser el camino a seguir⁵³. También el Presidente del Parlamento (y líder de Amal) Nabih Berri subrayó que «*We can no longer bury our heads in the sand. We must make agreements with the [Syrian] state to return refugees*»⁵⁴. Una buena ocasión para promover este debate fue la celebración en Beirut de la Cumbre Económica de la Liga Árabe (20 enero de 2019), en la que el Presidente Aoun estudió la idea de invitar a las autoridades sirias como primer paso para su retorno a las instituciones internacionales. Sin embargo, Washington bloqueó esta iniciativa, amenazando a Aoun con sanciones en el caso de que fuera adoptada⁵⁵.

Por su parte, los partidos del 14 de Marzo rechazan esa normalización de relaciones, pero al propio tiempo exigen de Damasco el que facilite las repatriaciones, incluso sin que se haya llegado a un pacto político que ponga fin a la guerra. Esto no deja de ser complejo, dado que difícilmente el Líbano podría convencer a Siria de esta necesidad si al propio tiempo elude un diálogo político con Asad. La solución propuesta radicaría en que fueran otros actores (Naciones Unidas, la UE y especialmente Rusia) quienes desarrollaran esa labor de interlocución con las autoridades sirias. En este sentido, el Primer Ministro Hariri solicitó a la UE que utilizara su presión para convencer a Siria de que facilitara ese retorno⁵⁶. Las Fuerzas Libanesas han sido el partido del 14 de Marzo que más ha insistido en la necesidad de acelerar el proceso de repatriación, haciendo en marzo de 2019 una propuesta formal en ese sentido que dejaba en manos del Gobierno esa decisión, siendo la Seguridad General la institución que debía manejar la aplicación práctica de las repatriaciones al ser la única institución pública libanesa que mantiene de forma abierta su comunicación con las autoridades sirias. Por su parte, el líder falangista Sami Gemayel en una reunión del Partido Popular Europeo en Bruselas urgió a la UE a trabajar para la repatriación de los refugiados⁵⁷.

⁵³ «Nasrallah Urges Government to Negotiate with Syria on Refugees, Says Keen on Kuwait Ties», *Naharnet*, 4 de agosto de 2017, acceso el 2 de abril de 2020, <http://www.naharnet.com/stories/en/233776>

⁵⁴ «Refugees Leave, Berri Urges Deal with Syria», *The Daily Star*, 9 de abril de 2019, acceso el 8 de julio de 2020, <https://dailystar.com.lb/News/Lebanon-News/2019/Apr-09/480736-refugees-leave-berri-urges-deal-with-syria.ashx>

⁵⁵ C. Jacob, «Debate in Lebanon on Inviting Syria to Arab Economic Summit in Beirut, Normalizing Relations with It», *MEMRI*, 18 de enero de 2019, acceso el 7 de diciembre de 2019, <https://www.memri.org/reports/debate-lebanon-inviting-syria-arab-economic-summit-beirut-normalizing-relations-it>

⁵⁶ Georgi Azar, «Hariri Calls...»

⁵⁷ «Kouyoumjian Details LF Refugee Return Proposal», *The Daily Star*, 4 de marzo de 2019, acceso el 19 de junio de 2020, <https://dailystar.com.lb/News/Lebanon-News/2019/Mar-04/477949-kouyoumjian-details-lf-refugee-return-proposal.ashx>. «Gemayel Calls...»

Pero este tema ha provocado claros desencuentros en las relaciones entre la UE y el Líbano, ya que aquella considera que el retorno de los refugiados a Siria es prematuro por no darse todavía unas condiciones de seguridad para ellos y ha exigido como condición previa la firma de un acuerdo político que ponga fin al conflicto armado, tal como expresó la Alta Representante Federica Mogherini en su visita al Líbano en diciembre de 2017. Por su parte, Beirut cree que dichas condiciones sí que existen ya, puesto que amplias zonas del país no registran combates. Así, el líder del MPL Gebran Bassil ha criticado reiteradamente la visión de la UE de que los refugiados deben continuar en el Líbano hasta que se alcance un acuerdo político entre las partes enfrentadas, lo que pondría en riesgo al país al fomentar el asentamiento definitivo de esos refugiados dado que un acuerdo en Siria no parece cercano. También ha expresado la posibilidad de que la presencia de los refugiados provoque una extensión de la guerra civil al Líbano, al tiempo que ha lanzado un aviso a la UE sobre las hipotéticas consecuencias que esto podría tener sobre la llegada de refugiados desde el Líbano hacia Europa. De hecho, esta posición del MPL llevó a este partido a organizar una manifestación en Bruselas para expresar su protesta por las políticas de la UE en ese tema⁵⁸. Ante estos desencuentros, el Líbano confía cada vez más en Rusia para que medie ante Asad con vistas a solventar este problema.

Finalmente, la condicionalidad de las ayudas de la UE ha perdido su efecto ante la creciente coerción ejercida sobre los refugiados para forzar su repatriación a Siria, así como ante los abundantes casos de vulneración de los derechos humanos por parte de los cuerpos de seguridad libaneses bajo el paraguas de la lucha antiterrorista, por lo que el avance en la europeización resulta muy cuestionable⁵⁹.

Sin embargo, la profunda crisis en la que se encuentra el país desde el otoño de 2019 y que condujo a una fuerte oleada de protestas que reclamaban la retirada de la clase política en su conjunto y la creación de un Gobierno tecnocrático ha abierto una nueva vía para la intervención europea.

⁵⁸ Bassil fue muy explícito al señalar los riesgos para la UE: «*Mon avertissement aujourd'hui est le suivant: des centaines de milliers de Libanais, de Syriens et de Palestiniens pourraient quitter le Liban et se rendre chez vous, en raison de ce qui se trame contre nous*». «Bassil lors du Forum Mondial sur les Réfugiés: 'C'est qui s'est passé en Syrie risque de se produire au Liban'», *L'Orient-le-Jour*, 17 de diciembre de 2019, acceso el 24 de junio de 2020, <https://www.lorientlejour.com/article/1198989/bassil-lors-du-forum-mondial-sur-les-refugies-ce-qui-sest-passe-en-syrie-risque-de-se-produire-au-liban.html>

⁵⁹ Sara Stachelhaus, «Stabilization Via Change? The European Union's Support for Human Rights Advocacy in Lebanon», Beirut, Heinrich Böll Stiftung, 2019, 5, acceso el 18 de marzo de 2020, <https://lb.boell.org/en/2019/04/16/stabilization-change-european-unions-support-human-rights-advocacy-lebanon-0>

La caída del Primer Ministro Saad Hariri en octubre de ese año no solucionó los acuciantes problemas presupuestarios y el enorme peso de la deuda pública. Pero la situación fue aún más acuciante con el accidente en un depósito de explosivos el 4 de agosto de 2020, que provocó graves destrozos y un gran volumen de víctimas (por encima de doscientas) en la zona portuaria de Beirut, lo que animó más las protestas y forzó la caída del Gobierno de Hassan Diab. La reacción europea fue protagonizada por el Presidente francés, Emmanuel Macron, que ha intentado mediar en la crisis y facilitar la creación de un Gobierno reformista, al tiempo que ha subrayado la idea de reforzar la condicionalidad de la ayuda de la UE. Sin embargo, el retorno de Saad Hariri al frente del mismo más bien parece indicar que el sistema político es muy resistente al cambio y que la capacidad de la UE de proyectar su agenda de reforma resulta bastante limitada por su propio interés en preservar la estabilidad del país con el objetivo de evitar una oleada de refugiados hacia su propio territorio. El problema es que la falta de cambios puede igualmente propiciar un éxodo poblacional, pero en este caso de nacionalidad libanesa, ante un futuro cada vez más sombrío para el país⁶⁰.

VI. Conclusiones

La política de la UE hacia los refugiados sirios en el Líbano se ha centrado fundamentalmente en lograr la permanencia de estos en el país, si bien hay que distinguir una cierta evolución en la misma, ya que inicialmente trató de promover el que las autoridades de Beirut cumplieran de forma más estricta el principio de no repatriación forzosa, al tiempo que los gobiernos europeos rechazaban la posibilidad de reasentamiento de algunos refugiados en su territorio. Sin embargo, en los últimos años la UE ha sido menos estricta en lo relativo a salvaguardar dicho principio y en el avance del respeto a los derechos humanos, de modo que la condicionalidad en la ayuda ha perdido eficacia por cuanto han prevalecido los objetivos de estabilidad y de externalización del problema de los refugiados en la UE. En otras palabras, la capacidad de la UE como potencia normativa es cada vez menor debido a su dependencia con respecto a la colaboración libanesa para controlar los flujos de personas hacia Europa.

A partir de 2012 existía en el Líbano un riesgo cierto de que algunos refugiados pudieran convertirse en refugiados-soldado que utilizaran el

⁶⁰ International Crisis Group, «How Europe Can Help Lebanon Overcome Its Economic Implosion», *Middle East Report*, n.º 259, 30 de octubre de 2020, 7-8, acceso el 2 de noviembre de 2020, <https://d2071andvip0wj.cloudfront.net/219-lebanon-economic-implosion.pdf>

territorio del país para continuar su enfrentamiento contra el régimen de Damasco. En ello influían especialmente factores como su cercanía a la frontera y la presencia de grupos yihadistas libaneses con los que podían cooperar en esa lucha e incluso involucrarse en la propia política libanesa. La acción europea no tuvo en cuenta esto al insistir en la permanencia de los refugiados en el país. Sin embargo, tampoco se puede sobreestimar ese peligro, ya que muy pocos refugiados se implicaron en esas actividades. En otras palabras, las autoridades libanesas exageraron la amenaza con vistas a extraer el máximo de recursos europeos. Igualmente, utilizaban esa amenaza yihadista para reforzar su posición interna.

La acción de la UE ha mostrado una eficacia bastante limitada a la hora de contribuir a la mejora de las condiciones de vida tanto de los refugiados sirios y palestinos como de los ciudadanos libaneses que viven en la pobreza. Es cierto que esas ayudas les han permitido lograr alimentos y servicios básicos, pero la falta de reformas en el Líbano y el mantenimiento de un sistema de protección social basado en criterios clientelistas ha provocado un deterioro en las condiciones de vida de muchos libaneses pobres, lo que queda reflejado en las protestas que tienen lugar en el país desde finales de 2019 y que muestran un creciente hartazgo social. Por su parte, si la UE intentaba fortalecer la posición interna de la Coalición 14 de Marzo, aquí el fracaso es evidente, ya que en las elecciones de mayo de 2018 ésta perdió posiciones, mientras que su líder Saad Hariri tuvo que dimitir como Primer Ministro en octubre de 2019 a raíz de esas protestas.

Hasta qué punto la UE ha contribuido a la estabilización del Líbano es un tema controvertido. No hay duda de que el país ha sido capaz de mantener (a duras penas) la paz interior en unas condiciones que parecían propicias para la extensión de los conflictos vecinos, especialmente debido a su debilidad histórica ante las tensiones regionales. Pero también hay que subrayar que se han producido numerosos enfrentamientos armados entre distintas facciones y atentados que han causado cientos de víctimas, dentro de un clima cercano al estallido de una nueva guerra civil.

Más éxito ha tenido la UE a la hora de evitar que los refugiados sirios buscaran su reasentamiento en su territorio. Es verdad que en los años 2014-2016 la presión de la llegada de refugiados fue notable, pero en todo caso resultó bastante menor que en el Líbano, Turquía y Jordania. No obstante, el precio pagado por este logro fue, como se ha dicho antes, el mantener a esos refugiados en unas condiciones de vida muy precarias, al tiempo que su amplia presencia en el Líbano se convertía en un factor de desestabilización interna y de confrontación política en ese país. Igualmente, esta actitud sirvió para que la política de la UE careciera de credibilidad como potencia normativa, ya que promovía unos principios que ella misma no aplicaba.

La alternativa para la UE hubiera sido asumir directamente un mayor peso en la gestión del problema de los refugiados, descargando parcialmente al Líbano de una tarea para la que el país no estaba preparado y evitando que las tensiones provocaran allí mayor inestabilidad. Esto le habría concedido una mayor credibilidad entre los dirigentes libaneses al ser capaz de aplicar con mayor seriedad unos requisitos de condicionalidad a la ayuda prestada, pudiendo contribuir así a que se comprometieran con un programa reformista que el país necesita desesperadamente⁶¹. En definitiva, la política europea hacia el Líbano y los refugiados sufrió de una clara falta de coherencia en sus objetivos, inclinándose al final por primar la seguridad interior (mantener los refugiados fuera), aunque esto pudiera conducir a aumentar la inestabilidad en un país vecino.

Estos objetivos contradictorios entre la PESC y el ELSJ ponen en evidencia una vez más cómo el poder económico de la UE no es suficiente en sí mismo para garantizarle un peso adecuado a escala internacional en ausencia de una política coherente en todas sus dimensiones. También demuestra la escasa eficacia de la condicionalidad con países que no son candidatos a ingresar en la UE.

Sobre el autor

Javier Lion Bustillo es actualmente Profesor Ayudante Doctor en el Departamento de Historia, Teorías y Geografía Políticas de la Universidad Complutense de Madrid. Anteriormente, ha sido Profesor Doctor Asociado en el Departamento de Relaciones Internacionales de la Universidad Pontificia de Comillas /ICADE. Es Doctor en Historia por la Universidad de Cádiz y posee un Master en Política y Gobierno en la Unión Europea por la *London School of Economics*. Investigador visitante en la Universidad del Sarre (Alemania) y en la *London School of Economics*. Profesor visitante en el Departamento de Relaciones Internacionales de la Universidad de Coimbra (Portugal). Sus investigaciones se centran en las áreas de: Historia de las Relaciones Internacionales, integración europea, Política Mediterránea de la UE y estudios de paz y conflictos. Ha escrito artículos para publicaciones como *Historia y Política*, *Revista de Estudios Políticos* y *Revista Española de Ciencia Política*. También es autor del libro *La Comunidad Europea y la unificación alemana*.

⁶¹ Uzelac y Meester, «Is There...», 62.

About the author

Javier Lion Bustillo is currently Lecturer at the Department of Political History, Theories and Geography (University Complutense of Madrid). Previously, he was Part-time Lecturer in International Relations at the Pontifical University of Comillas/ICADE (Madrid, Spain). He holds a PhD in History from the University of Cádiz (Spain) and a MA in Politics and Government in the EU from the London School of Economics. Visiting researcher at Saarland University (Germany) and the London School of Economics. Visiting professor at the Department of International Relations (University of Coimbra, Portugal). His research is focused on the fields of History of International Relations, European integration, EU Mediterranean Policy, peace and conflict studies. He has written articles for publications like *Historia y Política*, *Revista de Estudios Políticos* and *Revista Española de Ciencia Política*. He is also the author of the book *La Comunidad Europea y la unificación alemana*.

Apuntes sobre la autoridad de la *res iudicata* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹

Notes on the authority of res iudicata in the European Court of Justice case law

Joaquín Sarrión Esteve
Investigador Ramón y Cajal
Universidad Nacional de Educación a Distancia
jsarrion@der.uned.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021pp133-160>

Recibido el 9 de noviembre de 2020
Aceptado el 17 de mayo de 2021

Sumario: I. Introducción. La primacía como dovela central de la arquitectura del ordenamiento jurídico de la UE.—II. Los principios de autonomía procesal y de seguridad jurídica. 1. El principio de autonomía procesal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. 2. El principio de seguridad jurídica en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.—III. La cosa juzgada como límite a la primacía y efectividad del Derecho de la UE. 1. Concepto y aproximación a la fuerza de cosa juzgada (*res iudicata*), y las líneas jurisprudenciales del Tribunal de Justicia sobre la misma. 2. La ponderación casuística entre primacía y efectividad del derecho de la UE y la fuerza de cosa juzgada.—IV. Consideraciones finales.

Resumen: El principio de seguridad jurídica tiene, como una de sus manifestaciones características, dentro del Estado de Derecho, la fuerza de cosa juzgada (*res iudicata*) que se atribuye a las sentencias o resoluciones judiciales equivalentes firmes, y que implica tanto su impugnabilidad como su potencial influencia en litigios posteriores que guarden una conexión con el asunto ya resuelto en firme. Sin embargo, es posible que estas decisiones judiciales firmes de jueces nacionales, por diversas causas (error, omisión, interpretación manifiestamente contraria, etc.) vulneren el Derecho de la Unión Europea y, por tanto, afecten tanto a su primacía como a su efectividad en sus relaciones con los

¹ El autor agradece el apoyo del Programa Erasmus+ de la Unión Europea en el marco del Módulo Jean Monnet EU Jurisdiction and proceedings (EUJuris), ref. RYC-621025-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-MODULE; y la Ayuda del Programa «Ramón y Cajal» (RYC) 2015, ref. RYC-2015-18821(FSE/AGENCIA ESTATAL DE INVESTIGACIÓN). Asimismo, agradece los comentarios y observaciones de los evaluadores anónimos. El trabajo manifiesta únicamente las opiniones del autor; ni la Agencia ni la Comisión Europea son responsables de cualquier utilización del contenido del trabajo.

ordenamientos jurídicos nacionales. El Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de enfrentarse al dilema de ponderar el principio de fuerza de cosa juzgada con las primacía y efectividad del Derecho de la Unión en diversas sentencias. Este trabajo tiene como objetivo realizar una aproximación y revisar la jurisprudencia más importante al respecto hasta la actualidad.

Palabras clave: Cosa juzgada, *res iudicata*, seguridad jurídica, primacía, efectividad del Derecho de la UE

Abstract: *The principle of legal certainty has, as one of its characteristic manifestations, within the rule of law, the force of res iudicata that is attributed to the final judgements or equivalent resolutions, which imply that it is not impugnable and also its potential influence on other cases with a connection to the matter already settled. However, it is possible that these final judicial decisions of national judges, for various reasons (error, omission, a manifestly contrary interpretation, etc.) violate the European Union law and, therefore, affect both its primacy and effectiveness in the relations with national legal systems. The European Court of Justice had the opportunity to confront the dilemma of balancing the principle of res iudicata with the primacy and effectiveness of EU law in several cases. This work aims to develop an approximation and review of the most important cases related to this balance until today.*

Keywords: Res iudicata, legal certainty, primacy, EU law effectiveness.

I. Introducción. La primacía como dovela central de la arquitectura del ordenamiento jurídico de la UE

Desde muy pronto, el Tribunal de Justicia llevó a cabo lo que se podría denominar como un proceso de constitucionalización del antiguo derecho comunitario², a través de la proclamación con autoridad de principios que se han calificados como constitucionales³, como son los principios de autonomía, efecto directo y primacía⁴; atribuyendo, por tanto, al ordenamiento jurídico europeo el carácter de un ordenamiento constitucionalizado que si bien es derecho internacional también, al mismo tiempo, es algo más⁵, un

² Joaquín Sarrión Esteve, «La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y su sistema de fuentes», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 4, (2007): 631-646.

³ Giuseppe De Vergottini, *Más allá del diálogo entre tribunales* (Madrid: Civitas, 2010), 124.

⁴ Asuntos C-26/62, Van Gend & Loos, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero, EU:C:1963:1; y C-6/64, Costa, Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, EU:C:1964:66.

⁵ Stephen Weatherill, *Law and Values in the European Union* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 153-154.

espacio de derecho supranacional por su capacidad de producir efectos posteriores, a nivel interno, al margen incluso de la voluntad inicial de los Estados⁶ o, en definitiva, un ordenamiento *sui generis*⁷.

Sin duda, el principio de primacía es una dovella central en la arquitectura del ordenamiento jurídico de la Unión Europea que posibilita su efectividad y, por tanto, también los derechos de los ciudadanos conferidos por el mismo⁸; pues sirve como criterio de resolución de los eventuales conflictos que surjan entre sus normas y las normas nacionales, dentro de las relaciones entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento nacional en el que el primero se integra.

Ciertamente, como se advertido con precisión⁹, la primacía del derecho de la UE se manifiesta en dos vertientes: una normativa (conflicto abstracto), y otra aplicativa (conflicto concreto), ésta última se produce cuando en un caso concreto hay que elegir entre la aplicación del derecho europeo, y la norma nacional, y el operador jurídico, sea juez nacional o incluso la Administración¹⁰, una vez determinado que no es posible la interpretación conforme, y tratándose de la aplicación de una disposición europea con efecto directo, debe proceder a inaplicar (desplazar) la disposición nacional, con independencia de su naturaleza¹¹, y de su carácter temporal anterior o posterior a la disposición europea¹²; también se puede explicar el juego de

⁶ Jorge Alguacil Nogueroles, «Ponderación, proporcionalidad y margen de apreciación en la jurisdicción europea de los derechos», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 25 (2011): 3.

⁷ Ricardo Alonso García, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (Madrid: Civitas, 2015, 5.ª Edición), 21-22.

⁸ Evidentemente hay otros principios de indudable relevancia en esta arquitectura, como son los principios de autonomía o efecto directo antes citados, o también los principios de interpretación conforme (Asunto C-106/89, *Marleasing*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1990, EU:C:1990:395), o la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho de la UE (Asuntos C-6/90 y C-9/90, *Francovich y Bonifaci*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991, EU:C:1991:428).

⁹ Sigo aquí a Daniel Sarmiento, *El Derecho de la Unión Europea* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 314 y ss.

¹⁰ Véase Asunto C-103/88, *Fratelli Costanzo*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989, EU:C:1989:256, apartado 32. Abarcando tanto las disposiciones administrativas de carácter general como las resoluciones administrativas individuales y concretas, véase Asunto C-224/1997, *Ciola*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 1999, EU:C:1999:212, apartado 32.

¹¹ Por tanto, también respecto a normas constitucionales, véase Asunto C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, EU:C:1970:114; y Asunto C-399/11, *Melloni*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, EU:C:2013:107.

¹² No estando el juez nacional obligado a esperar la modificación, derogación o anulación de la disposición nacional, ya sea por procedimientos legislativos o judiciales. Véase Asunto C-106/77, *Simmenthal*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, EU:C:1978:49, apartado 24.

la primacía, en definitiva, con los llamados efectos de exclusión (se impide la aplicación de la norma nacional contraria), y de sustitución (se aplica la norma europea en sustitución de la norma nacional)¹³. Caso distinto es si la disposición europea no tiene efecto directo, y la interpretación conforme de la norma nacional no es posible, pues en este caso no es posible dejar de aplicar la norma nacional, se produce un sacrificio de la primacía¹⁴, y la efectividad del derecho europeo requiere o abre la puerta a la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del derecho de la Unión¹⁵.

Todo esto sin perjuicio de la obligación del Estado de, en aras de salvaguardar la seguridad jurídica, proceder a la modificación, anulación o derogación de la norma nacional incompatible, es decir, a su expulsión en definitiva del ordenamiento jurídico¹⁶. Esto quedaría en manos del Estado, conforme al principio de autonomía institucional y procedimental, al que nos aproximamos en el siguiente apartado.

También resulta importante decir que el conflicto puede constatarse a consecuencia de una interpretación de la norma comunitaria que realiza el Tribunal de Justicia, cuyos efectos interpretativos, al esclarecer y precisar el significado y alcance de la norma europea serían *ex tunc*, es decir, desde el momento de entrada en vigor de la norma, y no desde el pronunciamiento judicial, extendido su proyección hacia las relaciones surgidas por tanto con antelación a la precisión del significado de la norma¹⁷.

Interesa señalar, además, que el eventual conflicto a resolver por el operador jurídico, no se produce únicamente entre normas o disposiciones de carácter general, pues la primacía se proyecta no solo sobre normas de

¹³ Véase en este sentido el trabajo de Antonio López Escudero, «Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 64, (2019): 795-796.

¹⁴ *Ibid.*, 805.

¹⁵ Daniel Sarmiento, *El Derecho de la Unión Europea*, op. cit., 272.

¹⁶ En este sentido, Ricardo Alonso García, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, op. cit., 92. Y si bien esto quedaría en manos del Estado, conforme al principio de autonomía institucional y procedimental, por la inexistencia de una competencia de la UE en esta materia, no es menos cierto que este principio está funcionalizado y puede ser objeto de control por el Tribunal de Justicia para garantizar el llamado «efecto útil» del Derecho de la UE. Véase Diana-Urania Galetta, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?* (Verlag Berlin Heidelberg: Springer, 2010), 122.

¹⁷ Véase Asunto C-61/79, Denkvit italiana, Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1980, EU:C:1980:100, apartado 16; y Asunto C-50/96, Deutsche Telekom, Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2000, EU:C:2000:72, apartado 43. Y es que las sentencias del Tribunal de Justicia son de carácter declarativo y no constitutivo, véase Asunto C-137/94, Richardson, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 1995, EU:C:1995:342, apartado 33.

carácter general, sino también sobre actos de contenido jurídico¹⁸ y resoluciones judiciales¹⁹; y son precisamente estas últimas las que nos interesan, ahora, aquí.

II. Los principios de autonomía procesal y seguridad jurídica

1. *El principio de autonomía procesal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*

El principio de autonomía procesal, tal y como se configura, desde los casos *Rewe* y *Comet* en 1976²⁰, implica que son los Estados a quienes corresponde la configuración nacional de sus respectivas normas de procedimiento. Esto es así porque estamos ante una materia sobre la que, en principio, no existe una competencia de la UE, que es el presupuesto de aplicación del principio de autonomía procedimental, lo que si bien podría considerarse como una prueba de que el derecho de la UE depende, para ser efectivo, del derecho procesal nacional²¹, en la otra cara de la moneda se puede considerar que estamos ante un principio funcional, que es utilizado por el Tribunal de Justicia para garantizar el llamado ‘efecto útil’ del derecho europeo²² o, en otras palabras, instrumentalizado, por lo que no habría en sentido propio una elección libre o autónoma estatal sino orientada²³.

Lo cierto, en cualquier caso, es que conforme al principio de cooperación leal (art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea) los Estados miembros deben adoptar todas las medidas que sean apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o bien resultantes de los actos de las instituciones europeas, absteniéndose de toda medida que pueda poner en peligro que la Unión consiga sus objetivos; lo que, no nos engañemos, implica obligaciones para el operador jurídico a nivel in-

¹⁸ Así, por ejemplo, los actos administrativos. Véase Asunto C-453/00, *Kühne & Heitz*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2004, EU:C:2004:17.

¹⁹ Asunto C-234/04, *Kapferer*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2006, EU:C:2006:178.

²⁰ Véase al respecto Asunto C-33/76, *Rewe*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1976, EU:C:1976:188; y Asunto C-45/76, *Comet*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1976, EU:C:1976:191.

²¹ Rolf Ortlep, y Maartje Verhoeven, «The principle of primacy versus the principle of national procedural autonomy», *NALL*, abril-junio, 2012, 2, DOI:10.5553/NALL/000004.

²² Diana-Urania Galetta, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, *op. cit.*, 122.

²³ Xavier Arzo Santisteban, «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: Mito y Realidad», *Revista de Administración Pública*, n.º 191 (2014):197.

terno, que deberá proporcionar y garantizar una tutela adecuada de los derechos derivados del ordenamiento europeo, condicionando así el principio de autonomía procesal²⁴.

Por ello, esta facultad de configuración no es absoluta, puesto que se debe garantizar como hemos dicho, el efecto útil del derecho de la Unión, esto es, se debe posibilitar la garantía de los derechos derivados del ordenamiento europeo; y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando resuelve un caso a través del principio de autonomía procesal lo condiciona a los principios de equivalencia (la regulación nacional para hacer efectivos los derechos derivados del ordenamiento europeo de no debe ser menos favorable que las que regulan acciones nacionales similares) y de efectividad (no debe hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos)²⁵.

Además, los tribunales nacionales deben interpretar «en la medida de lo posible» las normas procesales para que su aplicación contribuya al objetivo de garantizar la protección judicial efectiva de los derechos de la legislación de la UE atribuidos a los litigantes; de forma que la autonomía procesal estaría fuertemente sostenida por los principios de equivalencia y efectividad, cambiando la antigua libertad procesal a una autonomía limitada.

Pero, aunque se pueda sostener que el Tribunal de Justicia trata de eludir la tensión inherente entre los principios de primacía (que implica desplazamiento) y autonomía procesal con los requisitos de equivalencia y efectividad, optando por uno u otro a la hora de resolver los casos que se le plantean²⁶, lo cierto es que al final se producen casos en los que necesariamente ambos principios deben ser objeto de consideración, y por tanto, de ponderación aunque ésta sea implícita, se opte por un camino u otro.

En *Simmenthal*, el principio de primacía conlleva que el derecho comunitario con efecto directo hace inaplicable de pleno derecho cualquier disposición contraria, y ello es compatible con el principio de cooperación leal para que los Estados miembros proporcionen la protección jurídica efectiva de los derechos derivados del ordenamiento europeo, siendo incompatible toda disposición o práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujera la eficacia del ordenamiento comunitario²⁷; es decir, que la primacía

²⁴ Joaquín Sarrión Esteve, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la protección del consumidor en la crisis financiera», *Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n.º 13 (2020): 126.

²⁵ Asunto C-432/05, Unibet, Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2007, EU:C:2007:163.

²⁶ Rolf Ortlep, y Maartje Verhoeven, «The principle of primacy versus the principle of national procedural autonomy», *op. cit.*, 2.

²⁷ Asunto C-106/77, *Simmenthal*, cit., apartados 17-23.

tiene una proyección clara sobre la normativa procesal, como se evidencia también en *Factortame*, donde se faculta al juez nacional para garantizar la eficacia de una resolución judicial sobre derechos derivados del ordenamiento europeo excluyendo la aplicación de una norma nacional que impide la adopción de medidas provisionales²⁸.

Esto, lógicamente tiene consecuencias para la seguridad jurídica, que también es un principio relevante para el propio ordenamiento jurídico europeo.

2. *El principio de seguridad jurídica en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*

La seguridad jurídica, a pesar de su significado cambiante, es un principio inherente del Estado de Derecho, un principio constitucional de los Estados miembros, así como un principio fundamental en el Derecho de la UE y en otros sistemas jurídicos transnacionales²⁹, y si bien como tal no está regulado de forma expresa en los Tratados³⁰, el propio Tribunal de Justicia lo ha configurado como un principio general —fundamental— del derecho de la UE, como parte de su ambición para superar las limitaciones de los tratados, y determinación para ejercer el control del ejercicio del poder³¹, aunque además de como principio general paradigmático del Derecho UE, opera también como límite a la plena aplicación del mismo³².

²⁸ Asunto C-213/89, *Factortame* y otros, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990, EU:C:1990:257, apartados 22-23.

²⁹ Mark Fenwick, y Stefan Wrba, «The Shifting Meaning of Legal Certainty» en *Legal Certainty in a Contemporary Context*, ed. por Mark Fenwick, y Stefan Wrba (Heidelberg: Springer, 2016), 2.

³⁰ Aunque se puede reconocer una cierta regulación expresa del principio de seguridad jurídica o, como se ha dicho, de una codificación parcial, en particular en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Véase de Pablo Martín Rodríguez, «The principle of legal certainty and the limits to the applicability of EU law», *Cahiers Droit Européen*, n.º 1 (2016): 136; si bien debemos considerar —siguiendo a este autor— que tal y como está configurado en la Carta únicamente sería aplicable a las instituciones europeas, vinculando a los Estados miembros como un principio general, como el propio Tribunal de Justicia ha enfatizado en el Asunto C-249/13, *Boudjlida*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2431, apartados 30 y ss.

³¹ Stephen Weatherill, *Law and Values in the European Union*, *op. cit.*, 133.

³² Martín Rodríguez plantea que metodológicamente podemos buscar e identificar cinco diferentes escenarios o situaciones legales de carácter funcionan donde el principio de seguridad jurídica puede jugar un papel de limitación de una plena aplicación del Derecho de la UE: limitando la validez de normas jurídicas, limitando su aplicación, limitando sus efectos interpretativos sobre otras normas, previniendo la reparación del incumplimiento del Derecho de la UE, o previniendo las consecuencias totales del incumplimiento del Derecho de la UE. Véase Pablo Martín Rodríguez, «The principle of legal certainty and the limits to the applica-

No obstante, a pesar de la firmeza de una resolución administrativa, la seguridad jurídica tiene límites. Aunque inicialmente el Tribunal de Justicia pareció dar una relevancia determinante al principio de primacía frente a las resoluciones administrativas firmes³³, en *Kühne & Heitz* matiza esta cuestión, pues tiene oportunidad de afirmar la importancia del principio de seguridad jurídica, en relación con las resoluciones administrativas, afirmando que el derecho comunitario no exige *per se* que un órgano administrativo esté obligado, en principio, a reconsiderar una resolución administrativa que hubiera adquirido firmeza³⁴, permitiendo por tanto una modulación del principio de primacía a través de la seguridad jurídica³⁵. Se trata también, en definitiva, de dar una respuesta al necesario equilibrio con la interpretación uniforme del derecho de la UE³⁶.

Así, en *Kühne & Heitz*, constata que el órgano administrativo estará obligado a examinar de nuevo una resolución administrativa firme, para tener en consideración una interpretación del Tribunal de Justicia sobre una disposición de derecho europeo, cuando se dan las siguientes condiciones: a) dispone de esta facultad conforme al derecho interno, b) la resolución administrativa ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia judicial³⁷, c) la sentencia judicial resuelve en última instancia basándose en

bility of EU law», *op. cit.*, 130-139. Desde esta perspectiva nuestro estudio atendería en particular a los supuestos del cuarto escenario, pero, sin embargo, entendemos que es más preciso decir que nuestro objeto de atención es cuando la seguridad jurídica, y en particular la *res iudicata*, puede limitar la efectividad del derecho comunitario, y no la prevención de la reparación de su incumplimiento, pues al final reparación habrá vía responsabilidad patrimonial por incumplimiento. Y esto porque la falta de efectividad del derecho europeo se repara precisamente a través del recurso al mecanismo de la responsabilidad por incumplimiento, el derecho comunitario ha visto limitada su efectividad, pero no se ha limitado su reparación, simplemente ésta se produce por otras vías distintas.

³³ Véase Asunto C-224/1997, Ciola, antes citado, apartados 25 y ss. En esta sentencia, como hemos señalado antes, el Tribunal de Justicia concreta que la primacía del Derecho de la UE no solo desplaza las disposiciones administrativas de carácter general, sino también las individuales y concretas, es decir, los actos administrativos contrarios al derecho comunitario, puesto que la primacía no dependería de la naturaleza de la disposición interna.

³⁴ Asunto C-453/00, *Kühne & Heitz*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2004, EU:C:2004:17, apartado 24.

³⁵ Véase en el mismo sentido, entre otros, Asunto C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, EU:C:2009:506.

³⁶ Giuseppe Martinico, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process* (Londres y Nueva York: Routledge, 2013), 147.

³⁷ Esto evidencia la conexión con la *res iudicata*, pues una resolución judicial ha confirmado una decisión administrativa y, por tanto, los propios efectos de la cosa juzgada protegerían la decisión administrativa; sin embargo, es una cuestión y una línea argumental que el Tribunal de Justicia va a preferir ignorar, como luego se analiza.

una interpretación del derecho de la UE que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior es errónea, y se ha adoptado sin someter cuestión prejudicial ante el mismo, y d) el interesado se dirige al órgano administrativo de forma inmediata después de tener conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁸; requisitos claramente restrictivos y difíciles de cumplir³⁹, y que al estar fundados en el ordenamiento jurídico interno y corresponder a las autoridades nacionales la valoración de la situación concreta a la luz del mismo, puede tener repercusiones serias para los derechos de los individuos, y plantear dificultades en ciertos Estados miembros, con soluciones diversas⁴⁰, que puede afectar en última instancia a una homogénea efectividad del derecho europeo en todo el territorio de la Unión Europea.

A pesar de que la sentencia trataba sobre la revisión de resoluciones administrativas firmes precisamente como consecuencia de una decisión judicial con efectos de cosa juzgada —que interpreta erróneamente el derecho comunitario—⁴¹, a diferencia del Abogado General Léger, que había aclarado en sus conclusiones que el derecho comunitario podía primar sobre la cosa juzgada, el Tribunal de Justicia prefirió no abordar la cuestión de los efectos de la primacía sobre la sentencia judicial⁴².

En diversas sentencias se confirma esta doctrina, e interesa destacar, por ejemplo, que en la sentencia *Kempter*, el Tribunal de Justicia concreta que no es necesario haber alegado o invocado el Derecho de la Unión en el marco del recurso judicial, así como que la revisión de la resolución administrativa firme no está sujeta, desde el punto de vista del derecho comunitario, a un límite temporal determinado si bien los Estados miembros sí pueden sujetarla a unos plazos razonables⁴³. Ahora bien, ¿cómo afecta la primacía a la cosa juzgada, que está estrechamente vinculada con la seguridad jurídica?

³⁸ Asunto C-453/00, *Kühne & Heitz*, antes citado, apartados 27 y 28.

³⁹ Damian Chalmers, Gareth Davies, y Giorgio Monti, *European Union Law: Text and Materials* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 3.ª edición), 95.

⁴⁰ Xavier Groussot, y Timo Minssen, «Res Judicata in the Court of Justice Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?», *European Constitutional Law Review*, n.º 3 (2007): 401.

⁴¹ Se puede afirmar que se trata de la revocación por la Administración Pública de decisiones administrativas previas confirmadas judicialmente, y que por tanto afectan de forma únicamente indirecta a la decisión judicial. Véase Zsófia, «Retrial in the member States on the Ground of Violation of EU Law», *ELTE Law Journal*, n.º 1 (2017): 55-98.

⁴² Carsten Kremer, «Los límites de la cosa juzgada en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 35 (2010): 209, DOI: 10.4067/S0718-68512010000200006.

⁴³ Asunto C-2/06, *Kempter*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2008, EU:C:2008:78, apartados 46 y 60.

III. La cosa juzgada como límite a la primacía y efectividad del Derecho de la UE

1. *Concepto y aproximación a la fuerza de cosa juzgada (res iudicata), y las líneas jurisprudenciales del Tribunal de Justicia sobre la misma*

El principio de seguridad jurídica, con todas sus particularidades, tiene como una de sus consecuencias características, en el Estado de Derecho, la llamada cosa juzgada (*res iudicata*), que es una institución jurídica de enorme interés en el derecho procesal, si bien su conceptualización y rasgos no son siempre de fácil precisión. En efecto, el principio del valor o la autoridad de la cosa juzgada forma parte del propio ordenamiento jurídico de la UE, aunque no ha sido objeto de regulación, pues el Tribunal de Justicia lo ha venido asumiendo como un principio propio de ese ordenamiento, que es además común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, aunque no siempre con el mismo significado⁴⁴.

No obstante, podemos tratar de extraer algunos elementos esenciales. Así, cabe entender por fuerza de cosa juzgada los efectos que produce una sentencia (o una resolución equivalente) que es firme, y que implica que no es impugnable (cosa juzgada formal). Además, en el caso de que se haya resuelto sobre el fondo del asunto, en la medida en que la verdad real es *per se* inalcanzable, se habría alcanzado la verdad judicial, que es *pro veritate habetur*, por ello, la doctrina procesal, coincide en definir la cosa juzgada material como, no sólo, por un lado la imposibilidad de reiterar la solicitud o petición de tutela judicial enfrenta ante los tribunales, cuando sobre el asunto ya existe entre las mismas partes una respuesta judicial, sino también, por otro lado, la obligación de partir de esta respuesta cuando su contenido tenga una relación de dependencia, conexión o prejudicialidad con el litigio que se resuelve en procesos sucesivos (Calaza, 2011).

Desde luego, aunque la cosa juzgada forma parte del ordenamiento jurídico de la UE nos interesa en cuanto que cosa juzgada nacional⁴⁵. Puede ocurrir que una decisión judicial nacional con fuerza de cosa juzgada haya vulnerado el Derecho de la Unión Europea, bien por error u omisión, o por-

⁴⁴ Véase Elisa Torralba-Mendiola y Elena Rodríguez-Pineau, «Two'S Company, Three'S a Crowd: Jurisdiction, Recognition and Res Judicata in the European Union», *Journal of Private International Law*, v. 10, n.º 3 (2014): 419, DOI:10.5235/17441048.10.3.403.

⁴⁵ El desarrollo del principio de cosa juzgada en el derecho procesal de la UE, sin duda también de interés, responde a las influencias de los derechos procesales nacionales, mayoritariamente el francés, véase Araceli Turmo, «La efectividad del Derecho de la Unión Europea como motivo de protección de la cosa juzgada nacional: nota sobre la sentencia de 24 de octubre de 2018, XC y otros», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 63 (2019): 602-603.

que de forma manifiesta se ha pretendido hacerlo, la causa es lo de menos. Se suele entender que podemos vincular la cosa juzgada con diversas líneas jurisprudenciales del Tribunal de Justicia, tanto la referida a la responsabilidad del Estado miembro como la de la revisión de decisiones firmes⁴⁶, o incluso también con la línea referida al recurso por incumplimiento⁴⁷; pero aquí no interesa en estos momentos, o mejor dicho, nos interesan menos las eventuales consecuencias que el incumplimiento del derecho de la UE, aunque sea producto de una sentencia firme, puede producir desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado miembro⁴⁸ o respecto al procedimiento que por incumplimiento (procedimiento de infracción) podría iniciar la Comisión Europea, supuestos en los que parece que no hay una obligación de modificación de la decisión judicial más allá de la constatación del incumplimiento⁴⁹; aunque sin duda hay una obligación de reparación por parte de las autoridades nacionales, es decir, de indemnizar por los daños causados y/o solucionar el incumplimiento para garantizar la efectividad del derecho europeo. Sin embargo, como se ha dicho con elocuencia la eventual responsabilidad por daños puede consolar en algunos casos, pero no repara la injusticia, e incluso en otros supuestos puede que no sirva de mucho cuando se mantiene una discriminación o se impide la efectividad de los derechos que se pretendían, y tampoco parece que esperar que la Comisión Europea eventualmente inicie un procedimiento de incumplimiento pueda ser relevante para el individuo⁵⁰.

Ahora bien, aunque la regla general es que el principio de cosa juzgada supone una limitación a la primacía⁵¹, sí pueden existir ocasiones en las que, desde el punto de vista del derecho de la Unión, procede realizar en la pondera-

⁴⁶ Xavier Groussot, y Timo Minssen, «Res Judicata in the Court of Justice Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?», *op. cit.*, 386.

⁴⁷ Véase Carsten Kremer, «Los límites de la cosa juzgada en el Derecho de la Unión Europea», *op. cit.*, 200.

⁴⁸ Asunto C-224/01, Köbler, Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, EU:C:2003:513; y Asunto C-173/03, Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de Junio de 2006, Traghetti, EU:C:2006:391.

⁴⁹ Es verdad que respecto al procedimiento de incumplimiento, una eventual declaración por parte del Tribunal de Justicia se plantean dificultades, como señala Kremer, y hay discusión en la doctrina sobre la existencia de efectos *ex nunc* de la eventual sentencia y si genera o no una obligación de corregir la sentencia que ha motivado el incumplimiento, si bien parece la mayoría de autores entiende que no se daría esta obligación, opinión que comparto. Véase Carsten Kremer, «Los límites de la cosa juzgada en el Derecho de la Unión Europea», *op. cit.*, 200 y ss.

⁵⁰ Alexander Kornezov, «Res Judicata of National Judgements incompatible with EU Law: Time for a major rethink?», *Common Market Law Review*, v. 51, n.º 3 (2014):810.

⁵¹ En el sentido de que su capacidad más importante es la de impedir que la primacía despliegue sus efectos sobre el conflicto, véase Antonio López Escudero, «Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE», *op. cit.*, 805.

ción una eventual limitación de los efectos de la propia fuerza de cosa juzgada, como hemos visto antes con las resoluciones administrativas firmes. Porque, si bien es cierto que solucionar la ponderación con la prevalencia del principio de primacía llevaría al vaciamiento del valor de la cosa juzgada, tampoco es posible admitir una fuerza absoluta de la misma que dejaría sin efectividad al derecho de la UE, o haría, al menos que esa efectividad fuera irreconocible.

Por ello, a pesar de que la aproximación casuística puede afectar al propio principio de seguridad jurídica⁵², no es menos cierto que de momento no se ha encontrado una mejor solución, pero es posible tratar de identificar algunas reglas sistemáticas sobre la ponderación del conflicto⁵³.

2. *La ponderación casuística entre primacía y efectividad del derecho de la UE y la fuerza de cosa juzgada*

En el caso *Eco Swiss* el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de reconocer la justificación de que gozaban las normas nacionales que limitan la posibilidad de revisar un laudo arbitral con fuerza de cosa juzgada, por «los principios básicos del sistema jurisdiccional nacional, como los de seguridad jurídica y respeto de la cosa juzgada, que constituye su expresión», no obligando a no aplicar tales normas, aunque fuera necesario para examinar en un laudo arbitral posterior si el contrato declarado válido podía ser nulo desde el punto de vista del derecho comunitario⁵⁴.

Esto ya anticipaba la respuesta que daría para un caso en el que se tratara de la fuerza de cosa juzgada de una resolución judicial. Es en *Kapferer* donde el Tribunal de Justicia, en un tema vinculado a la protección al consumidor⁵⁵, tiene la oportunidad de enfrentarse a este problema: ¿El derecho de

⁵² Como pone de manifiesto el trabajo de Catherine Kessedjianm, «L'autorité de la chose jugée et l'effectivité du droit européen», *ERA Forum*, n.º 11 (2010): 263-279, DOI:10.1007/s12027-010-0162-z.

⁵³ Hay que reconocer, por otro lado, que la metodología que se suele utilizar para el análisis jurisprudencial y la identificación de líneas jurisprudenciales es limitada por esencia. Se trata de métodos empíricos de búsqueda de sentencias por palabras clave, o teniendo en consideración guías jurisprudenciales o la literatura más relevante sobre el tema, pero esto no es sino una metodología de aproximación al caso, que si bien puede servir para el estudio de la realidad de una institución jurídica en la jurisprudencia, no deja de implicar el uso de reglas heurísticas, y por tanto, está afectada de las propias limitaciones intrínsecas al propio sistema metodológico.

⁵⁴ Asunto C-126/97, *Eco Swiss*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1999, EU:C:1999:269, apartados 47 y 48.

⁵⁵ Como veremos a lo largo de este trabajo, en varias ocasiones el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el principio de seguridad jurídica, y en particular sobre la fuerza de cosa juzgada en relación con la efectividad del derecho comunitario cuando se trata de garantizar la protección al consumidor.

la UE obliga a inaplicar una disposición nacional que atribuye fuerza de cosa juzgada a una resolución para corregir una violación del derecho comunitario? La respuesta, no por más anticipada menos importante, es que no⁵⁶.

La Sra. Kapferer, ciudadana austríaca, pretendía cobrar un premio de una sociedad alemana de venta por correo porque en un envío nominal dirigido a la primera, le había dado la impresión de que lo había obtenido, y lo reclamó en vía judicial. Aunque la sociedad alemana alegó la excepción de jurisdicción, el órgano judicial austríaco admitió la demanda, si bien resolvió sobre el fondo desestimando las peticiones de la Sra. Kapferer, que recurrió en apelación. El demandado no apeló porque, a pesar de que no se resolvió a su favor la excepción de jurisdicción, la resolución de instancia le había sido favorable en el fondo. El órgano judicial alemán que conoce de la apelación planteó una cuestión prejudicial ya que entendía que la cuestión de la aplicabilidad del foro del consumidor podía ser perjudicial para la demandada, y albergaba dudas de que una promesa de premio engañosa para la incitación de celebración de un contrato, pero de carácter preparatorio, presentara una relación suficientemente estrecha con la celebración de un contrato de consumo para determinar la competencia del foro del consumidor; sin embargo la sociedad alemana no impugnó esta cuestión, adquiriendo esta desestimación de la declinatoria fuerza de cosa juzgada respecto a la competencia internacional, pero pregunta si conforme al derecho comunitario podría examinar de nuevo esta cuestión, con el fundamento del principio de cooperación leal, y aplicando la doctrina *Kühne & Heinz*⁵⁷.

El Tribunal de Justicia recuerda la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada en el ordenamiento jurídico comunitario y en los ordenamientos jurídicos nacionales, para garantizar tanto la propia estabilidad del Derecho como de las relaciones jurídicas, como de buena administración de justicia⁵⁸, citando las sentencia *Köbler*⁵⁹ y constatando, como en *Eco Wiss*, que el derecho comunitario no obliga a no aplicar las normas internas que confieren fuerza de cosa juzgada aunque ello permitiera subsanar una vulneración del mismo, siempre que la regulación procesal interna respete los

⁵⁶ Asunto C-234/04, Kapferer, Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2006, EU:C:2006:178.

⁵⁷ Asunto C-234/04, Kapferer, citado supra, apartados 16 y 17.

⁵⁸ *Ibid.*, apartado 20.

⁵⁹ Aquí el Tribunal de Justicia razona que la importancia de la fuerza de cosa juzgada —citando *Eco Swiss*— pero esto no excluye la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario, que puede derivar de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, y que no cuestiona la fuerza de cosa juzgada. Véase Asunto C-224/01, Köbler, ya citado, apartados 38 y 39.

principios de equivalencia y de efectividad⁶⁰; lo que no desvirtúa la doctrina *Kühne & Heitz*, que podría ser aplicable por tanto no sólo a las decisiones administrativas firmes, sino también a las judiciales o, al menos queda abierta esta posibilidad a pesar de las diferencias notables existentes entre decisiones administrativas firmes y decisiones judiciales firmes, por la fuerza de cosa juzgada (*res iudicata*) de estas últimas, si bien condicionada a que la normativa procesal interna faculte al órgano judicial a examinar de nuevo la decisión firme⁶¹.

Pero aunque se ha razonado, en extenso, que parece que el Tribunal de Justicia no haya querido tomar una postura clara, dejando sin contestar si la doctrina de *Kühne & Heitz* era aplicable a las decisiones judiciales⁶²; lo cierto es que el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia deja la puerta abierta a revisar las decisiones judiciales firmes con efectos de cosa juzgada, incluso sin los restrictivos requisitos establecidos en la doctrina *Kühne & Heitz*, como vamos a ver más abajo⁶³. No obstante, al depender de la legislación interna, y de la valoración que se haga del derecho interno por los jueces nacionales, puede llegar a tratarse de un supuesto de carácter excepcional, y por tanto de un sendero estrecho y tortuoso para la efectividad del derecho europeo.

Se ha considerado también por algunos relevantes autores que *Kapferer* «no ha encontrado aún un perfecto encaje en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», sobre todo desde el desarrollo de la línea jurisprudencial de *Rheinmühlen I*⁶⁴, que atribuye al juez nacional la facultad de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia incluso cuando de forma previa se haya pronunciado el tribunal nacional superior, y esta línea jurisprudencial confirmada en numerosas ocasiones no tendría un fácil encaje con los principios de seguridad jurídica y estabilidad normativa que se derivan de *Kapferer*, como planteó el Abogado General Cruz Villalón en *Elchinov*⁶⁵, o la línea jurisprudencial relativa a las ayudas del Estado donde el

⁶⁰ Asunto C-234/04, *Kapferer*, cit., apartados 21 y 22.

⁶¹ *Ibid.*, apartado 23.

⁶² Véase en este sentido los trabajos de Xavier Groussot, y Timo Minssen, «Res Judicata in the Court of Justice Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?», *op. cit.*, 408; y Carsten Kremer, «Los límites de la cosa juzgada en el Derecho de la Unión Europea», *op. cit.*, 213.

⁶³ Pero se trata, en definitiva, de aprovechar todas las opciones existentes en derecho interno que faciliten la efectividad del Derecho de la UE, como muy bien ha dicho Araceli Turmo, «La efectividad del derecho de la Unión Europea como motivo de protección de la cosa juzgada nacional: nota sobre la sentencia de 24 de octubre de 2018, XC y otros», *op. cit.*, 608.

⁶⁴ Asunto C-166/73, *Rheinmühlen I*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 1974, EU:C:1974:3.

⁶⁵ Asunto C-173/09, *Elchinov*, Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, EU:C:2010:581.

Tribunal de Justicia «se ha mostrado vacilante a la hora de admitir que la fuerza de cosa juzgada de una sentencia nacional tenga efectos sobre el derecho de la Unión», manteniéndose aún esta tensión⁶⁶.

Ciertamente el principio de fuerza juzgada tiene una compleja conjugación con estas líneas jurisprudenciales. Así, en *Lucchini* el Tribunal considera contraria al derecho comunitario la aplicación de una disposición nacional que consagra la fuerza de cosa juzgada cuando esta aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida en incumplimiento del derecho comunitario, habiendo declarado de forma firme la Comisión Europea la incompatibilidad⁶⁷.

Se ha subrayado que en *Lucchini* el Tribunal de Justicia no cita las referidas antes *Kühne & Heitz* ni *Kapferer*, sino las sentencias *Simmenthal* y *Factortame*, a las que ya hemos hecho referencia en otro apartado, donde el conflicto se resuelve en favor de la efectividad del derecho comunitario, así la clave en *Lucchini* parece ser el aseguramiento de la distribución de competencias entre la Comisión y los tribunales de los Estados miembros⁶⁸, siendo competencia exclusiva de la primera la determinación de la compatibilidad de las ayudas con el derecho europeo⁶⁹, y por consiguiente de plena jurisdicción del Tribunal de Justicia⁷⁰ y, además, no había otra opción para garantizar la efectividad derecho de la UE que limitar la fuerza de la cosa juzgada⁷¹.

Si bien, en efecto, *Lucchini* ha sido objeto de críticas, sobre todo apuntando a la relevancia que podía tener un cambio de jurisprudencia que afectara a la intangibilidad de la cosa juzgada, también se ha considerado que era un caso con unas especiales características, comprendiendo que, además, el tribunal nacional había desatendido la importante normativa europea sobre ayudas de Estado⁷², y que incluso se podría identificar en el espíritu de la sen-

⁶⁶ Daniel Sarmiento, *El Derecho de la Unión Europea, op. cit.*, 322.

⁶⁷ Asunto C-119/05, *Lucchini*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 2007, EU:C:2007:434, apartados 59-63.

⁶⁸ Véase Pablo Martín Rodríguez, «Res iudicata pro veritate habetur c. Primacía del Derecho comunitario: un combate por librar?», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 24 (2007): 521-557, y del mismo autor «The principle of legal certainty and the limits to the applicability of EU law», *op. cit.*, 134.

⁶⁹ Carsten Kremer, «Los límites de la cosa juzgada en el Derecho de la Unión Europea», *op. cit.*, 214-215.

⁷⁰ Xavier Groussot, y Timo Minssen, «Res Judicata in the Court of Justice Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?», *op. cit.*, 414.

⁷¹ Carsten Kremer, «Los límites de la cosa juzgada en el Derecho de la Unión Europea», *op. cit.*, 214-215.

⁷² Paolo Mengozzi, «La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione», *Quaderni della Rivista- Il Diritto dell'Unione Europea* (Milán: Giuffrè Editore, 2011), 82-83.

tencia que el Tribunal de Justicia consideraba la sentencia nacional afectada como *ultra vires*, al no tener el juez nacional competencia para pronunciarse sobre la compatibilidad de la ayuda estatal con el mercado⁷³.

Pero a pesar de sus especiales características no deja de ser reseñable que la primacía del derecho comunitario permita inaplicar normas procesales internas que atribuyen a una sentencia judicial fuerza de cosa juzgada y que impiden por tanto su revisión, para garantizar la efectividad del derecho de la UE.

Sin embargo, y dadas las particularidades del tema competencial, no parece que podamos extraer de *Lucchini* que, con carácter general, las condiciones establecidas en *Kühne & Heitz* no son aplicables a la revisión, con carácter general, de decisiones judiciales; sino únicamente cuando estemos en un tema de competencia exclusiva de la Comisión Europea⁷⁴.

En la interesante sentencia *Fallimento Olimpiclub*⁷⁵, se dilucida precisamente si *Lucchini* había abierto la puerta a una tendencia jurisprudencial de relativizar el valor de la fuerza de la cosa juzgada. Se trataba de un asunto de IVA, y el juez remitente planteaba la aplicabilidad o no de la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de IVA (por todas, *Halifax*)⁷⁶, a un litigio sobre un ejercicio fiscal sobre el que no había recaído aún sentencia, pero al que conforme una disposición nacional le eran aplicables dos resoluciones judiciales firmes, con fuerza de cosa juzgada, que habían resuelto respecto de la misma sociedad dos ejercicios fiscales diferentes, y que podía motivar la no revisión de un eventual resultado contrario al derecho comunitario, en sectores distintos a las ayudas de Estado (como era el caso de *Lucchini*), en particular respecto al IVA y la posible elusión indebida del mismo.

Pues bien, en esta sentencia el Tribunal de Justicia recuerda la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada, a fin de garantizar tanto la

⁷³ Giuseppe Martinico, «Constructivism, Evolutionism and Pluralism: Europe's Constitutional Grammar», *King's Law Journal*, v. 20, n.º 2 (2009): 309-326; y del mismo autor, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process*, *op. cit.*, 147.

⁷⁴ En cambio, Groussot y Minssen sostienen, en cambio, que la revisión de decisiones administrativas y judiciales firmes, dada su diferente naturaleza son muy distintas, y no cabría una traslación, *mutatis mutandis*, de las condiciones de al ámbito de las decisiones judiciales, lo que quedaría acreditado en la contención del Tribunal de Justicia en *Kapferer*, así como en la propia *Lucchini*, donde se prefiere optar por seguir la estela de *Simmenthal*, excluyendo por desdoblado la aplicabilidad de la primera condición, esto es, que haya una facultad de revisión en la normativa interna respecto a un tema de competencia exclusiva de la Comisión Europea como ocurriría en *Lucchini*. Véase Xavier Groussot, y Timo Minssen, «Res Judicata in the Court of Justice Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?», *op. cit.*, 416.

⁷⁵ Asunto C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, *cit.*

⁷⁶ Asunto C-255/02, *Halifax* y otros, Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2006, EU:C:2006:121.

estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la propia administración de justicia, que hace que no puedan impugnarse resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza, citando *Köbler y Kapferer*, de forma que el derecho de la UE no obliga a dejar de aplicar las normas procesales internas que atribuyen fuerza de cosa juzgada, aunque esto permitiera subsanar una vulneración del derecho de la Unión, y el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada se rige por el derecho interno, en virtud del principio de autonomía procesal, siempre condicionado a los principios de equivalencia y efectividad; apreciando el caso especial de *Lucchini*, que no puede poner en cuestión esto, porque se refería a una situación particular donde se discutían los principios de reparto competencial en materia de ayudas de Estado, que son competencia exclusiva⁷⁷.

Sin embargo, aunque este planteamiento parece auspiciar la conservación de la fuerza de cosa juzgada, el Tribunal de Justicia realiza un análisis concreto de los efectos de estas dos sentencias, y más en particular de que su errónea apreciación podría tener como consecuencia la aplicación incorrecta de las normas comunitarias sobre prácticas abusivas en materia de IVA contraria al derecho comunitario, que se reproduciría en cada ejercicio fiscal, sin posibilidad de corrección, lo que lleva a que en estas circunstancias considere que se trata de obstáculos de un envergadura suficiente para que no estén razonablemente justificados por el principio de seguridad jurídica y sean contrarios al principio de efectividad⁷⁸. Por ello, esta sentencia reviste una importancia determinante, al constituir una regla de excepción a la regla general de preservación de la cosa juzgada.

En la no menos interesante *Impresa Pizzarotti*⁷⁹, en un caso de adjudicación de un contrato de obra pública, el Tribunal de Justicia, además de resolver la cuestión del concepto y naturaleza del contrato de obras, responde a la posibilidad de corregir una sentencia con efectos de cosa juzgada para su adecuación al derecho de la Unión. El órgano judicial que había planteado la cuestión prejudicial, consciente de que una resolución judicial previa suya con efectos de cosa juzgada podría haber eventualmente vulnerado el derecho europeo, pregunta si podría dejarla por ineficaz, o bien modularla dado que según su propia jurisprudencia puede —con determinados requisitos— completar su fallo en la ejecución dando lugar a lo que se llama cosa juzgada en formación progresiva⁸⁰. La sentencia vuelve a insistir en la importancia de la cosa juzgada y que *Lucchini* es un caso muy par-

⁷⁷ Asunto C-2/08, Fallimento Olimpiclub, cit., apartados 22-25.

⁷⁸ *Ibid.*, apartados 30-31.

⁷⁹ Asunto C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2014, EU:C:2014:2067.

⁸⁰ *Ibid.*, apartados 53-55.

ticular, y sostiene que el derecho de la UE no exige que un órgano nacional, como regla general, deba reconsiderar una resolución con carácter de cosa juzgada, si bien cuando las normas procesales nacionales lo permiten para restablecer la conformidad de la situación con el derecho interno, atendiendo a los principios de efectividad y equivalencia, también debe prevalecer esta posibilidad con el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos de obras⁸¹. Pero esto no es sino una aplicación y desarrollo de la doctrina *Kapferer*, antes apuntada.

En *Târșia*⁸² insiste en que no hay, como regla general, una exigencia por parte del derecho de la UE que obligue, en aras de su efectividad, a inaplicar una norma procesal nacional que atribuye fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque con ello se pudiera subsanar el incumplimiento del derecho de la UE, recordando la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada, y citando la sentencia *Pizzaroti*, salvo que en las normas procesales nacionales permitieran la revisión de la cosa juzgada, pues aplicando los principios de equivalencia y efectividad, sí debería restablecerse la conformidad con el derecho de la Unión⁸³. Sin embargo, estos principios no se oponen a una regulación procesal como la nacional que no atribuye esta posibilidad al juez nacional en los procedimientos civiles, aunque sí lo haga en los administrativos⁸⁴. En una línea similar a *Târșia*, también es destacable *XC y otros*⁸⁵, donde el Tribunal de Justicia razona que los principios de equivalencia y efectividad no exigen tampoco al juez nacional que amplíe el ámbito de aplicación de una vía de recurso de derecho interno que permite la repetición de un procedimiento penal para los supuestos de violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁶. Los razonamientos del Tribunal de Justicia en *Târșia*, y en *XC y otros*, manifiestan que la efectividad del derecho de la UE, y en particular la exigencia derivada del principio de equivalencia solo exige aplicar para el propio derecho de la UE las opciones que prevé el ordenamiento jurídico nacional para el propio dere-

⁸¹ *Ibid.*, apartados 59-64.

⁸² Asunto C-69/14, *Târșia*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, EU:C:2015:662.

⁸³ *Ibid.*, apartados 28 y ss.

⁸⁴ *Ibid.*, apartado 41; procedería para el restablecimiento el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, apartado 40 de la sentencia, citando el Asunto C-224/01, *Köbler*, cit., apartado 34.

⁸⁵ Asunto C-234/17, *XC y otros*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2018, EU:C:2018:853.

⁸⁶ *Ibid.*, apartados 54 y 55. Para un análisis exhaustivo de esta sentencia se puede acudir al sugerente comentario de Araceli Turmo, «La efectividad del derecho de la Unión Europea como motivo de protección de la cosa juzgada nacional: nota sobre la sentencia de 24 de octubre de 2018, *XC y otros*», *op. cit.*

cho interno en un procedimiento en un supuesto similar o equivalente, sin que sean trasladables las opciones de revisión previstas en otros procedimientos internos de distinto orden, o por violaciones de un derecho internacional⁸⁷.

También trata de la fuerza de la cosa juzgada en la conocida por sus efectos en España sentencia *Gutiérrez Naranjo*⁸⁸, cuando el Tribunal de Justicia resuelve sobre la aplicabilidad de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2003⁸⁹ que limitaba los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo, por su carácter abusivo o falta de transparencia, integrada en los contratos de préstamos bancarios celebrados en España entre diversas entidades bancarias y consumidores. Si bien nuestro Tribunal Supremo había declarado que con carácter general las cláusulas suelo, esto es, aquellas cláusulas que establecen un límite o suelo a la bajada de tipo de interés en un contrato de préstamo bancario eran válidas, también estaban sujetas a un control de transparencia, debiendo el prestamista haber informado al consumidor respecto de su inclusión, llamando la atención sobre su existencia y estando la misma redactada de forma clara⁹⁰, y determinó que en caso de falta de transparencia precedía la declaración de su nulidad y la restitución al consumidor; si bien estableció fundamentalmente dos límites: 1) que no afectaba dicha nulidad a las situaciones decididas de forma definitiva por resoluciones judiciales anteriores que hubieran adquirido autoridad de cosa juzgada, y 2) limitó los efectos temporales de la declaración a las otras situaciones no resueltas de forma definitiva, a partir de la fecha de la sentencia. Este segundo límite planteó dudas inmediatas, dado que la nulidad tiene efectos *ex tunc*, es decir, desde el origen, y lo que aplicaba el Su-

⁸⁷ Un poco distinta pero reseñable aquí por su conexión a lo comentado es *Cálin*, donde existiendo un procedimiento de revisión de resoluciones judiciales firmes en el derecho rumano por violación del Derecho de la UE, lo que se plantea es si una sentencia puede interpretar y condicionar esa revisión al plazo de un mes; entendiendo el Tribunal de Justicia, tras recordar la importancia de la cosa juzgada, que esto es compatible en principio con el Derecho de la UE, siempre que respete los principios de equivalencia y efectividad, pero este plazo preclusivo no era exigible en el caso particular que suscita la cuestión prejudicial, pues la afectada había interpuesto la demanda de revisión con antelación a la publicación de la sentencia que fijó el plazo aplicable, vinculando esta decisión al principio de seguridad jurídica y de confianza legítima. Vid. Asunto C-676/17, *Cálin*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2019, EU:C:2019:700, apartados 50-53.

⁸⁸ Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:980.

⁸⁹ Sentencia 241/2013, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2003, recurso n.º 485/2012, ROJ STS 1916/2013, ES:TS:2013:1916.

⁹⁰ Véase Jesús Alfaro Águila-Real, «El Supremo ¿aclara? su sentencia sobre cláusulas-suelo en los préstamos hipotecarios», blog *Derecho Mercantil España*, 12 de junio de 2013, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2013/06/el-supremo-aclara-su-sentencia-sobre.html>

premo era una limitación a los efectos de la declaración de nulidad; por ello se plantearon diversas cuestiones prejudiciales al respecto que se acumularon para ser resueltas en la citada sentencia del Tribunal de Justicia.

En esta sentencia lo que se dilucida es si el Supremo español estaba autorizado, ateniendo al derecho comunitario, y en particular a lo previsto en el art. 6.1 de la Directiva 93/13⁹¹, que estipula que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por el respectivo derecho nacional, las cláusulas abusivas que se celebren entre un consumidor y un profesional, tratándose de una disposición de orden público y de carácter imperativo, cuyo objetivo es lograr un equilibrio real entre las partes⁹²; teniendo en consideración la importancia de que goza el interés público de la protección del consumidor⁹³, lo que obliga al juez nacional a apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y subsanar el desequilibrio⁹⁴, recordando su importante doctrina de las facultades *ex officio* del juez nacional en materia de protección al consumidor⁹⁵; lo que le lleva a interpretar esta disposición en el sentido de que se deduce en principio que una cláusula declarada abusiva nunca ha existido, y por tanto, no podrá tener efectos frente al consumidor, procediendo el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho⁹⁶; y hay una remisión al derecho nacional, este no puede modificar la amplitud de protección ni su contenido sustancial cuestionando la protección más eficaz para el consumidor⁹⁷.

Lo interesante es que el Tribunal de Justicia salva el primero de los límites establecidos por el Tribunal Supremo, es decir, el de las situaciones ya resueltas de forma definitiva por resolución judicial con efectos de cosa juzgada, pues la protección al consumidor no es absoluta, y también es importante la protección de la seguridad jurídica, citando la sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*⁹⁸ que no deja de ser una continuación de la doc-

⁹¹ Directiva (CEE) n.º 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE L 95 de 21 de abril de 1993), pp. 29 a 34.

⁹² Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo, cit., apartados 52-54.

⁹³ *Ibid.*, apartado 56.

⁹⁴ *Ibid.*, apartado 58.

⁹⁵ Véase Hans Micklitz, «Mohamed Aziz-sympathetic and activist, but did the court get it wrong?», *ECLN Conference Florence When the ECJ gets it wrong*, 30 de noviembre de 2014, 4-5, http://www.ecln.net/tl_files/ECLN/Florence%202013/Micklitz%20-%20The%20ECJ%20gets%20it%20wrong%20Aziz-30-11-14.pdf; y Joaquín Sarrión Esteve, «Consumer», en *Dictionary of Statuses within EU Law*, ed. por Antonio Bartolini, Roberto Cippitani, y Valentina Colcelli (Heidelberg: Springer: 2019), 95-106.

⁹⁶ Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo, cit., apartado 61.

⁹⁷ *Ibid.*, apartado 65.

⁹⁸ Asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, EU:C:2009:615, apartados 37-41.

trina iniciada en *Eco Swiss*, y que viene a decir lo mismo que *Kapferer* pero respecto a los laudos arbitrales, quizá ésta otra era una cita más apropiada; pero lo curioso es que considera que la limitación temporal de los efectos merece un tratamiento diferente, y limita por tanto, la fuerza de cosa juzgada de la propia sentencia del Supremo, pues esta limitación equivale a privar con un carácter general al consumidor de las cantidades que hubiera abonado de forma indebida durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013⁹⁹. En realidad, en *Gutiérrez Naranjo* podemos ver la continuación de *Fallimento Olimpiclub*, estamos ante una excepción a la regla general de preservación de la fuerza de cosa juzgada, de nuevo porque se trataría de una jurisprudencia contraria al derecho de la UE, con efectos generales o permanentes y que no quedaría reducida a unos casos concretos.

Poco después de esta importante sentencia, el Tribunal de Justicia aclarará en *Banco Primus*¹⁰⁰ que la Directiva antes citada 93/13 no se opone a una norma nacional que impide al juez nacional realizar un nuevo examen de oficio del carácter abusivo de una cláusula cuando ya existe una resolución con fuerza de cosa juzgada que se ha pronunciado sobre la legalidad del conjunto de cláusulas del contrato en las que se integra, pero si el eventual carácter abusivo de la cláusula no ha sido aún examinado a través de un pronunciamiento con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional estaría obligado a apreciar bien a instancia de las partes, bien de oficio, el carácter abusivo de la misma, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello¹⁰¹, y sería contrario al Derecho de la Unión una doctrina o jurisprudencia que impida este control con carácter general porque el profesional no haya llegado a aplicar la cláusula eventualmente abusiva y que derivaba del Tribunal Supremo español, pues las facultades del juez nacional de esta apreciación no pueden depender de esto¹⁰².

Este planteamiento me parece relevante porque, siguiendo a *Gutiérrez Naranjo*, el Tribunal de Justicia realiza en *Banco Primus* una clara ponderación entre la fuerza de cosa juzgada y el interés público de la protección del consumidor que respondería a la efectividad del derecho europeo, pues por un lado establece que corresponde respetar el pronunciamiento sobre el eventual carácter abusivo de una cláusula que ya haya adquirido fuerza de cosa juzgada, pero limita los efectos que puede tener una sentencia con cosa juzgada, pues se limita a aquellas cláusulas sobre las que se hubiera

⁹⁹ Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo, cit., apartados 69-73.

¹⁰⁰ Asunto C-421/14, Banco Primus, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, EU:C:2017:60.

¹⁰¹ *Ibid.*, apartado 54.

¹⁰² *Ibid.*, apartados 74 y 75.

pronunciado la resolución, no pudiendo impedir que el juez nacional controle otras cláusulas sobre las que no hubiera habido pronunciamiento, ni tampoco establecer un tribunal, aunque sea supremo, una interpretación que con carácter general prive al juez nacional de las facultades de control que derivan del derecho comunitario, en este caso de la normativa en materia de protección al consumidor¹⁰³.

Asimismo, la cosa juzgada tiene relevancia en un reciente asunto resuelto este mismo año, *Telecom Italia SpA*¹⁰⁴. La empresa Telecom Italia era la concesionaria en exclusiva del servicio público de telecomunicaciones en Italia, y por parte del Ministerio de Comunicaciones italiano se le requirió en su momento el pago de un importe económico en concepto de la liquidación del canon de concesión del ejercicio presupuestario 1997, así como otro importe en concepto del resto de liquidación del canon de concesión por el ejercicio presupuestario de 1998. No estando conforme, la empresa impugnó este requerimiento ante el tribunal administrativo regional de El Lacio, que planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia que resolvió el asunto en la sentencia *Telecom Italia* en 2008, declarando que el derecho comunitario se oponía a que un Estado miembro exigiera a un operador, antiguo titular de un derecho exclusivo en servicios de telecomunicaciones públicas, el pago de una carga correspondiente al importe de contraprestación por el derecho exclusivo durante un año desde la fecha última prevista para la adaptación del derecho nacional a la normativa europea, que era el 31 de diciembre de 1998¹⁰⁵; sin embargo, el órgano nacional remitente dictó una sentencia que declaró exigible el pago, sentencia que fue confirmada por el *Consiglio di Stato*. Dado el perjuicio provocado por esta decisión, Telecom Italia solicitó la inexistencia de los importes reclamados y que no se reconozca la eficacia de la cosa juzgada de la decisión judicial del *Consiglio di Stato*, y albergando dudas sobre esta cuestión, el juez nacional que conoce de la pretensión plantea esta cuestión prejudicial. La sentencia del Tribunal de Justicia constata que el Derecho de la Unión es contrario a una normativa nacional que proroga el pago antes referido¹⁰⁶. No obstante, vuelve a recordar, a falta de

¹⁰³ Es importante reseñar, aunque no es objeto de este estudio, que el Tribunal Constitucional español estimó un recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque el órgano judicial español, en este caso un juzgado de Primera Instancia, no atendió a la doctrina establecida en la sentencia *Banco Primus*, ni planteó cuestión prejudicial al respecto, en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Véase Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 31/2019, de 28 de febrero, rec. 1086/2018, ES:TC:2019:31.

¹⁰⁴ Asunto C-34/19, *Telecom Italia SpA*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de marzo de 2020, EU:C:2020:148.

¹⁰⁵ Asunto C-297/06, *Telecom Italia*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2008, EU:C:2008:106.

¹⁰⁶ Asunto C-34/19, *Telecom Italia SpA*, cit., apartado 52.

normativa de la Unión, la relevancia del principio de fuerza de cosa juzgada que se rige por el ordenamiento interno de los Estados miembros, conforme a la autonomía procesal, si bien sujetándose a los principios de equivalencia y efectividad, citando *Fallimento Olimpiclub*¹⁰⁷, e interpretando el derecho interno, toma en consideración todo el ordenamiento, para apreciar en qué medida puede aplicarlo de forma que no sea contrario al derecho europeo¹⁰⁸.

Así, estamos ante una ponderación en la que la sentencia atribuye al juez nacional la valoración de si conforme al derecho interno es posible que la fuerza de cosa juzgada de la sentencia del *Consiglio di Stato* no sea determinante, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia del derecho de la UE, dejando inaplicada una interpretación que no es compatible con el mismo¹⁰⁹, pero si considera que conforme al derecho interno la fuerza de cosa juzgada que reviste la sentencia del *Consiglio di Stato* despliega sus efectos sobre el asunto que debe resolver, no estaría obligado a dejar de aplicar estas normas procesales nacionales¹¹⁰, quedando abierta la vía de la responsabilidad del Estado para remediar la violación del derecho europeo¹¹¹.

En la misma línea, en *Hochtief Solutions*¹¹², un caso de licitación de contratos públicos, el Tribunal de Justicia había insistido en que si las normas procesales nacionales aplicables establecen la posibilidad de que el juez nacional reconsidere una decisión con fuerza de cosa juzgada para restablecer la conformidad de la situación, lo debe hacer, conforme a los principios de equivalencia y efectividad; pero interesa aquí más esta sentencia por otra cuestión, y es la que atañe al mecanismo de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho de la UE, que como hemos anticipado, es una de las vías para lograr la efectividad del mismo o restablecerla, pues se puede topar también con la cosa juzgada. Así ocurre precisamente en una de las cuestiones que se plantean en *Hochtief Solutions*, y el Tribunal de Justicia manifiesta que la responsabilidad por los daños causados por un órgano nacional que ha resuelto en última instancia violando el derecho de la UE, se rige por los requisitos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en *Köbler* —aunque pueden establecerse por el derecho interno requisitos menos restrictivos—, y no excluye esta responsa-

¹⁰⁷ *Ibid.*, apartado 58.

¹⁰⁸ *Ibid.*, apartado 59. Véase al respecto el Asunto C-554/14, *Ognyanov*, Sentencia de 8 de noviembre de 2016, EU:C:2016:835, apartados 59-66.

¹⁰⁹ *Ibid.*, apartados 59 y 63.

¹¹⁰ *Ibid.*, apartados 64-66.

¹¹¹ *Ibid.*, apartado 67-69.

¹¹² Asunto C-620/17, *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de julio de 2019, EU:C:2019:630.

bilidad el hecho de que la propia sentencia que produce la violación tenga fuerza de cosa juzgada¹¹³.

También es interesante considerar la fuerza de carácter vinculante que puede tener una sentencia penal en un proceso civil, cuando dicha sentencia firme es incompatible con el derecho de la UE, pero el derecho interno o su interpretación le atribuye fuerza vinculante y obliga al juez civil a dictar una sentencia conforme a la misma, y ello puede generar lógicamente una nueva sentencia contraria al derecho de la UE. A este problema se enfrenta el Tribunal de Justicia en la reciente sentencia *CRNPAC*¹¹⁴, donde una compañía aérea había sido condenada en sentencia firme, de forma incompatible con el Derecho de la UE, y el juez civil se plantea si la obligación de seguir la fuerza vinculante de la sentencia judicial en el sentido de imponer a dicho empresario una obligación de indemnizar a los trabajadores o a un organismo de pensiones nacional como víctimas de fraude sería conforme con el Derecho de la UE; el tribunal razona que esta fuerza vinculante de la cosa juzgada penal en el ámbito civil es contraria a la efectividad del derecho de la Unión¹¹⁵.

En definitiva, quizá el complejo puzle actualmente existente en la ponderación entre el principio de fuerza de cosa juzgada y la efectividad del Derecho de la Unión —que incorpora tanto la tutela de los derechos individuales, como también el tema de las competencias exclusivas y la plena jurisdicción del Tribunal de Justicia— deriva de una aproximación ciertamente casuística, pero respecto de la que podemos tratar de inferir, identificar, y proponer a consideración, algunas reglas prácticas:

1. Como regla general, la fuerza de cosa juzgada limita la posibilidad de revisar decisiones judiciales firmes (*Kapferer, Impresa Pizzarotti, Târșia, XC y otros*, etc.) e incluso laudos arbitrales (*Eco Swiss, Asturcom*), que gocen de esos efectos conforme a la normativa procesal nacional, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad, aunque tal revisión fuera necesaria para invalidar una decisión contraria al derecho europeo subsanando de esta forma la vulneración. Así, la efectividad de este y la eventual reparación habría que buscarla por parte de los individuos a través de la responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario (*Köbler*, no pudiendo verse limitada esta responsabilidad porque

¹¹³ *Ibid.*, apartados 37-39.

¹¹⁴ Asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18, *CRNPAC*, Sentencia de 2 de abril de 2020, EU:C:2020:260.

¹¹⁵ Y es que una cosa es que no se revise la sentencia penal, y otra que la interpretación de la fuerza de la cosa juzgada de la sentencia haga imposible o muy difícil en la práctica la efectividad del Derecho de la UE incluso en el ámbito civil, véase apartados 92 y ss. Asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18, *CRNPAC*, cit. supra.

- la violación la produzca una sentencia con fuerza de cosa juzgada como indica *Hochtief Solutions*), y en caso de que no se corrija a futuro la norma que facilite la vulneración, la Comisión Europea tendría el mecanismo del procedimiento de infracción.
2. No obstante, si la normativa procesal nacional, o incluso la jurisprudencia nacional aplicable, permite la revisión o corrección de una decisión judicial con fuerza de cosa juzgada por vulneración del derecho interno, en un supuesto equivalente, el Tribunal de Justicia entiende que la efectividad debe prevalecer y por tanto faculta al juez para que revise esa decisión con fuerza de cosa juzgada para reparar una vulneración del derecho de la UE, y por tanto darle efectividad (*Impresa Pizzarotti, Telecom Italia SpA, Hochtief Solutions*), siendo por tanto incluso más flexible a la hora de atribuir o facultar al juez nacional para este control que lo es con los requisitos estrictos establecidos en *Kühne & Heitz* sobre revisión de decisiones administrativas firmes, sin perjuicio de que, esta valoración del juez nacional, al depender lo puede convertir en un supuesto excepcional.
 3. Asimismo, cuando existe una doctrina jurisprudencial, con fuerza de cosa juzgada conforme a las normas procesales nacionales, que conlleva no sólo a una violación puntual del derecho europeo, sino a impedir de forma generalizada en el tiempo la efectividad del mismo, estaríamos ante obstáculos de un envergadura suficiente para que no estén razonablemente justificados por el principio de seguridad jurídica y sean contrarios al principio de efectividad (*Fallimento Olimpiclub, Gutiérrez Naranjo, Banco Primus*), por lo que procedería su revisión, incluso aunque las normas procesales nacionales no lo permitieran. Asimismo, y en términos similares, habría que considerar que la pretendida fuerza vinculante de una sentencia contraria al derecho de la UE no debe tener efectos a la hora de dictar otra sentencia que haría prácticamente imposible la efectividad del derecho de la UE (como ocurre en *CRNPAC*, respecto de la fuerza vinculante de una sentencia penal dictada en contra del derecho de la UE respecto a un procedimiento civil posterior).
 4. Por último, cuando se trata de un caso donde haya competencia exclusiva europea, y, por tanto, jurisdicción plena del Tribunal de Justicia, una decisión judicial nacional, aunque sea firme y tenga efectos de cosa juzgada conforme a la normativa procesal nacional, al vulnerar el derecho europeo sería —aunque el Tribunal de Justicia no lo manifieste así— *ultra vires*, y, por tanto, procedería su revisión, al carecer el juez nacional de competencia para pronunciarse (*Lucchini*).

IV. Consideraciones finales

Siendo la primacía la dovela central sobre la que descansa la arquitectura del derecho de la UE, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recuerda de forma constante la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada, para garantizar tanto la propia estabilidad del Derecho como de las relaciones jurídicas.

Así, y en la medida en que no existe una regulación europea sobre la fuerza de la cosa juzgada, corresponde a los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal su regulación, siempre que respete en lo que atañe al derecho europeo los principios de equivalencia y efectividad.

No obstante, la primacía, y la propia preservación de la efectividad del ordenamiento jurídico de la UE, exige que un conflicto entre normas europeas con efecto directo y normas nacionales se resuelva con el desplazamiento o inaplicación de las últimas. Sin embargo, no siempre es así, y en ocasiones el operador jurídico, incluso un juez nacional, o bien no interpreta el derecho nacional de conformidad con el europeo, o en caso de conflicto no lo resuelve correctamente.

Las decisiones judiciales incompatibles con el derecho de la UE que adquieren fuerza de cosa juzgada plantean el problema de la ponderación entre la seguridad jurídica de la cosa juzgada nacional con la efectividad del propio derecho europeo. El Tribunal de Justicia ha resuelto de forma casuística estos conflictos. Y en este trabajo hemos tratado de realizar una aproximación a este puzle, que, es innegable, parece un difícil cubo de Rubik; y hemos tratado, con mayor o menor acierto, de inferir y proponer algunas reglas prácticas que sirvan al operador jurídico.

De este estudio se deduce que, como regla general, la fuerza de cosa juzgada limita la posibilidad de revisar decisiones judiciales firmes (*Kapferer*, *Impresa Pizzarotti*, *Târșia*, *XC* y *otros*, etc.) e incluso laudos arbitrales (*Eco Swiss*, *Asturcom*), que gocen de estos efectos conforme a la normativa procesal nacional, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad. Esto es así, aunque la revisión fuera necesaria para invalidar una decisión contraria al derecho europeo subsanando de esta forma la vulneración.

La efectividad del mismo y la eventual reparación habría que buscarla a través de los mecanismos de la responsabilidad del Estado miembro (*Köbler*) que, por cierto, no podría limitarse porque la violación la produjera una sentencia con efectos de cosa juzgada (*Hochtief Solutions*); o bien en el supuesto de que la decisión judicial se base en una norma jurídica la corrección de la misma. Siempre quedaría también el mecanismo del procedimiento de infracción que podría activar la Comisión Europea.

No obstante, también hemos considerado la existencia de tres excepciones a esta regla general, donde se limita la eficacia de la fuerza de cosa juzgada:

- a) Si la normativa procesal nacional (o su interpretación) permite la revisión o corrección de una decisión judicial con fuerza de cosa juzgada por vulneración del derecho interno en un supuesto equivalente, el Tribunal de Justicia entiende que la efectividad debe prevalecer y por tanto el juez nacional debe revisar esa decisión con fuerza de cosa juzgada para reparar una vulneración del derecho de la UE, y por tanto darle efectividad (*Impresa Pizzarotti, Telecom Italia SpA, Hochtief Solutions*), siendo por tanto incluso más flexible para este control que lo es con los requisitos estrictos establecidos en *Kühne & Heitz* sobre revisión de decisiones administrativas firmes, sin perjuicio de que, esta valoración del juez nacional, al depender lo puede convertir en un supuesto excepcional.
- b) Asimismo, cuando existe una doctrina jurisprudencial, con fuerza de cosa juzgada conforme a las normas procesales nacionales, que conlleva no sólo a una violación puntual del derecho europeo, sino a impedir de forma generalizada en el tiempo la efectividad del mismo, estaríamos ante obstáculos de un envergadura suficiente para que no estén razonablemente justificados por el principio de seguridad jurídica y sean contrarios al principio de efectividad (*Falimento Olimpclub, Gutiérrez Naranjo, Banco Primus*), por lo que procedería su revisión, incluso aunque las normas procesales nacionales no permitan una revisión de la cosa juzgada; o bien en términos similares, habría que considerar que la pretendida fuerza vinculante de una sentencia contraria al derecho de la UE no debe tener efectos a la hora de dictar otra sentencia que haría prácticamente imposible la efectividad del derecho de la UE (*CRNPAC*).
- c) Por último, cuando se trata de un caso donde haya competencia exclusiva europea, y, por tanto, de jurisdicción plena del Tribunal de Justicia, una decisión judicial nacional, aunque sea firme y tenga efectos de cosa juzgada conforme a la normativa procesal nacional, al vulnerar el derecho europeo sería —aunque el Tribunal de Justicia no lo manifieste así— *ultra vires*, y procedería su revisión, al carecer el juez nacional de competencia para pronunciarse (*Lucchini*).

Sobre el autor

Joaquín Sarrión Esteve es Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad de Valencia. Doctor en Derecho de la Unión Europea por la Universidad de Bolonia desde 2011 (Premio de la Real Academia de Doctores de España) y Master en Unión Europea por la UNED.

Actualmente es Investigador Ramón en la UNED, donde además imparte docencia de Derecho Constitucional y es Vicesecretario General de Asuntos Jurídicos.

Participa en diversos proyectos y grupos de investigación a nivel nacional e internacional, y es autor de diversas publicaciones y trabajos de investigación, habiendo obtenido algunos premios de investigación como el Premio Internacional Jurídico ISDE-FIA en Derecho Internacional (2012), Premio de Investigación Derechos Humanos Pastor Delgado Hernández (2012), o el II.º Premio Internacional de Investigación en Derechos Humanos Joaquín Ruíz Giménez (Fundación Gregorio Peces Barba, 2011).

About the author

Joaquín Sarrión Esteve holds a degree in Law with Extraordinary Award from the University of Valencia. PhD in European Union Law by the University of Bologna since 2011 (Award Award of Royal Academy of Spanish Doctors). Master in European Union by the UNED. Actually is Ramón Cajal Senior Research Fellow at UNED, where he also teaches Constitutional Law and works as General vicesecretary in legal issues.

He participates in several national and international research groups. Author of several publications and research works, he won several research awards as the International Law Award ISDE&FIA (2012), the Pastor Delgado Hernandez Award in Human Rights (2012), and the IInd International Award Joaquín Ruíz Giménez in Human Rights (Gregorio Peces Barba Foundation, 2011).

La Asociación Internacional de Gendarmerías y Fuerzas Policiales con Estatuto Militar (FIEP): ¿un instrumento a disposición de la gestión integrada de fronteras europeas?¹

The International Association of Gendarmeries and Police Forces with Military Statute (FIEP): an instrument available for integrated european borders management?

Miguel Á. Acosta Sánchez

Profesor Titular de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales en la Universidad de Cádiz
miguelangel.acosta@uca.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021pp161-189>

Recibido el 10 de septiembre de 2020

Aceptado el 21 de junio de 2021

Sumario: I. Introducción.—II. Estatutos de la FIEP y normas de funcionamiento. 1. Objetivos y ámbito de aplicación. 2. Estructura organizativa. 3. Régimen de los miembros 4. Disposiciones finales.—III. La FIEP como modelo de integración en la gestión de fronteras exteriores.—IV. La compatibilidad con otras formas de cooperación policial: Eurogendfor y Frontex.—V. Ideas finales

Resumen: La Asociación Internacional de Gendarmerías y Fuerzas Policiales con Estatuto Militar (FIEP), representa un caso muy particular de cooperación. Esta estructura permite la participación de fuerzas de Estados europeos con otros Estados no europeos y en igualdad de condiciones. Por otra parte, sus objetivos facilitan una acción muy importante en la gestión integrada de fronteras exteriores, incluido el control y vigilancia fronterizos y actuando con Estados de origen y tránsito de la inmigración, y ello a través de mecanismos de formación conjunta e intercambio de información, particularmente. Finalmente, la FIEP representa una

¹ Trabajo realizado en el marco del Centre of Excellence Jean Monnet «Migration and Human Rights in Europe's External Borders»- With the support of the Erasmus+ Programme of the European Union (587177-EPP-1-2017-1-ES-EPPJMO-CoE), así como en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad «Inmigración marítima, Estrategias de Seguridad y protección de valores europeos en la región del Estrecho de Gibraltar» (2021-2024), IP: M. A. Acosta.

El autor desea agradecer la ayuda prestada y la documentación facilitada por parte del Punto de Contacto Nacional de la FIEP, Dirección General de la Guardia Civil, Secretaría de Cooperación Internacional.

interesante herramienta complementaria con otras formas de cooperación policial en el contexto europeo, como Eurogendfor y Frontex.

Palabras clave: fuerzas policiales con estatuto militar, formación, intercambio de información, gestión integrada de fronteras exteriores.

***Abstract:** The International Association of Gendarmeries and Police Forces with Military Status (FIEP) represents a very particular case of cooperation. This structure allows for the participation of forces from European states with other non-European states and on equal terms. On the other hand, its objectives facilitate very important action in the integrated external border management, including border control and surveillance and acting with States of origin and transit of immigration, particularly through joint training and information exchange mechanisms. Finally, the FIEP represents an interesting complementary tool to other forms of police cooperation in the European context, such as Eurogendfor and Frontex.*

Keywords: Police Forces with Military Status, Training, Information Exchange, Integrated External Borders Management.

I. Introducción

En las actuales relaciones internacionales, el fenómeno de los flujos de inmigración irregular está golpeando dramáticamente la zona del Mediterráneo, primero en la parte oriental a través de Turquía y Siria, posteriormente la central a través de Libia y actualmente, y de nuevo², en la parte occidental con destino a las costas españolas, en general, y Canarias, Andalucía, Ceuta y Melilla, en particular. Frente a este drama de proporciones desconocidas y que está afectando directamente la línea de flotación del proceso de integración europea se ha buscado, entre otras medidas, una mejora en la cooperación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad nacionales. Pero no solo a nivel europeo, sino igualmente vinculando a otros Estados de la orilla sur del Mediterráneo, países de origen y tránsito de la inmigración.

Muchas han sido las manifestaciones de cooperación policial en este ámbito, y en un intento claro no solamente de identificar criterios comunes de actuación frente a una amenaza compartida³, sino igualmente una for-

² Decimos *de nuevo*, pues el fenómeno migratorio surgió hace más de 30 años en España. Ver, Jesús A. Cañas, «Se cumplen 30 años de la primera muerte de un migrante en patera», *El País*, de 1 de noviembre de 2018, acceso el 30 de mayo de 2021, https://elpais.com/politica/2018/10/31/actualidad/1541019436_484192.html; Lucas de la Cal, «30 años de inmigración y hundimientos en el Estrecho», *El Mundo*, de 30 de diciembre de 2018, acceso el 30 de mayo de 2021, <https://www.elmundo.es/cronica/2018/12/30/5c2661b221efa06e748b46cb.html>.

³ Consideramos, en cualquier caso, que la amenaza o riesgo para la seguridad no sería la inmigración irregular, sino el crimen organizado transnacional que se nutre, entre otros tráfi-

mación conjunta en capacidades logísticas y medios a disposición a través, incluso, de ejercicios conjuntos. Todo ello a fin de favorecer una respuesta común integrada de todos los sujetos afectados.

Entre estas cooperaciones policiales, en el presente estudio, pretendemos analizar la estructura y alcance material de la poco conocida *Asociación Internacional de Gendarmerías y Fuerzas policiales con estatuto militar*. Y es que esta fuerza, a diferencia de otras como puede ser la *Fuerza de Gendarmería Europea (Eurogendfor)* o la *Agencia Europea de Guardias de Fronteras y Costas (Frontex)*, incluye entre sus miembros de pleno derecho, a fuerzas policiales con estatuto militar de países no europeos, especialmente de la orilla sur del Mediterráneo, y que conlleva un claro banco de pruebas de actuación regional frente a una amenaza compartida.

En el presente estudio pretendemos, entonces, analizar si las funciones y cometidos de la *Asociación Internacional de Gendarmerías y Fuerzas policiales con estatuto militar*, tienen impacto y repercusión en la gestión integrada de fronteras exteriores europeas, especialmente en cuanto a la consecución de protocolos de actuación coherentes y similares de los cuerpos de guardia de fronteras afectados frente a la inmigración irregular. Para ello, analizaremos en primer lugar el estatuto jurídico y funcionalidad de la *Asociación* a partir de sus Estatutos. En segundo lugar, su implicación en el desarrollo de la gestión integrada de fronteras, y a través de la sinergia entre todas las fuerzas afectadas. En tercer lugar, su compatibilidad con otras manifestaciones de cooperación policial, y si estamos ante una estructura única en cuanto a su desarrollo o cabrían opciones de fusión, complementación y/o solapamiento entre todas ellas a fin de dotar de coherencia a su labor. Finalmente, unas ideas finales nos indicarán el alcance de las funciones de la *Asociación* y su repercusión frente a los riesgos y amenazas, especialmente la criminalidad organizada transnacional, auténtica responsable de la inmigración irregular.

Cabe destacar, por último, la novedad del estudio de la *Asociación Internacional de Gendarmerías y Fuerzas policiales con estatuto militar*, pues no se ha podido encontrar apenas referencias doctrinales sobre la misma y menos aún sobre el impacto de sus funciones en el control fronterizo, o su compatibilidad con otras cooperaciones policiales más conocidas y estudiadas. Ello denota por tanto el interés del presente estudio a efectos de profundizar sobre esta *Asociación* y el alcance de sus cometidos frente a las actuales amenazas a la seguridad.

cos ilícitos, del tráfico de inmigrantes Sur-Norte. Ver: Miguel Á. Acosta Sánchez, «Estrategias de seguridad Marítimas y medios contra la inmigración irregular: análisis comparado de España, Unión Europea y Unión Africana», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 40 (2020): 8-15, doi: 10.17103/reei.40.12.

II. Estatutos de la FIEP y normas de funcionamiento

La *Asociación Internacional de Gendarmerías y Fuerzas policiales con estatuto militar* (en adelante, FIEP) tiene su origen en la reunión celebrada en París el 18 de febrero de 1993 con motivo del Círculo Nacional de Ejércitos. En dicho acto, y en el seno de una reunión de los Directores y Comandantes de la Gendarmería Nacional francesa, el Arma de Carabiniere italiana y la Guardia Civil española, se decidió crear una Asociación con objeto de facilitar el intercambio de información y la cooperación en el seno de la UE, denominándose en ese momento por las iniciales de los Estados fundadores, esto es FIE (Francia, Italia y España). La primera reunión se celebró en Madrid, el 12 de mayo de 1994, y con motivo del 150 aniversario de la Guardia Civil.

En 1996, tras la adhesión de la Guardia Nacional Republicana de Portugal, pasó a denominarse finalmente FIEP (Francia, Italia, España y Portugal) y hasta la actualidad⁴.

Debemos tener claro que los miembros de esta Asociación no son los Estados como sujetos de derecho internacional, sino cuerpos armados nacionales, unidades orgánicas dependientes del poder público y con competencias ejecutivas.

Los actuales Estatutos datan de octubre de 1999, siendo un Acuerdo informal de carácter administrativo y firmado por los Directores Generales de las distintas Fuerzas⁵. Actualmente, los Estatutos están compuestos por 20 artículos y 5 Anexos⁶. La estructura de dichos Estatutos podríamos establecerla de la siguiente manera: Objetivos y ámbito de aplicación (arts. 1 a 3); estructura organizativa (arts. 7 a 15 y Anexos 2 y 3); Régimen de los miembros (arts. 4 a 6, art. 17 y Anexos 1 y 4); y Disposiciones finales (art. 16, arts. 18 a 20 y Anexo 5).

⁴ La creación de la FIEP estuvo marcada por una corriente que cuestionaba este tipo de cuerpos policiales con estatuto militar, no sólo en sus propios países, sino también por organismos internacionales como el Consejo de Europa. En la práctica, su creación supuso un reforzamiento en la confianza y la unión de estos Cuerpos, así como una apuesta por la eficacia de ellas. Ver: Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Doc. n.º 10567 «Democratic oversight of the Security Sector in member States» (Strasbourg, 2 de junio de 2005): 100. Por otra parte, la adhesión de la Gendarmería Nacional portuguesa dio más relevancia al concepto de «Gendarmería», término más amplio que el concepto anglosajón de «military police».

⁵ De acuerdo con la legislación española, esto es la Ley 25/2014, de 27 de noviembre de Tratados y otros acuerdos internacionales (*B.O.E.*, núm. 288, de 28 de noviembre de 2014), sería considerado como un acuerdo internacional no normativo.

⁶ Fuente: www.fiep.org. Los Estatutos se han actualizado el 15 de octubre de 2001, 31 de octubre de 2002, 13 de octubre de 2009, 7 de octubre de 2015, 16 de octubre de 2017 y 23 de octubre de 2018.

1. *Objetivos y ámbito de aplicación*

La originalidad de la FIEP radica fundamentalmente en ser un foro de debate y discusión entre cuerpos policiales nacionales que persiguen, fundamentalmente, el desarrollo de su capacidad de hacerse reconocer como una estructura de cooperación policial adaptada a las necesidades. Según el art. 2 de los Estatutos, su objetivo pasa por ampliar y fortalecer las relaciones existentes entre los cuerpos armados de los países participantes, para promover una reflexión innovadora y activa sobre las formas de cooperación policial, y valorar su modelo de organización y estructuras en el exterior, especialmente en operaciones de gestión de crisis con participación policial. Por tanto, nos encontramos ante una Asociación con un claro objetivo ad intra en el sentido de mejorar y coordinar la propia estructura de las fuerzas, haciéndolas compatibles entre ellas, pero sin prever la posibilidad de lanzar operaciones ad extra. De este modo, se busca crear sinergias de actuación entre las fuerzas, dentro de su campo de acción particular, pero no está previsto, como sí ocurre en el caso de *Eurogendfor* o Frontex, el lanzamiento de acciones en el contexto exterior, de gestión de crisis, por lo que carecería de responsabilidad internacional como tal. Esta responsabilidad recaería en todo caso en el Estado al cual pertenece el cuerpo armado, y como sujeto básico de Derecho internacional.

El ámbito material de la FIEP aparece limitado a cuatro sectores tendentes en esencia a la búsqueda de parámetros comunes formativos, logísticos e incluso operativos. De este modo, la acción de FIEP se centra en materias de recursos humanos, organización de servicios, nuevas tecnologías y logística, y asuntos internacionales. Por último, la FIEP pretende aportar medios y capacidades para la constitución de una fuerza europea de policía en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa (PESD), por lo que pudiera ser una importantísima herramienta complementaria a la Fuerza de Gendarmería Europea (*Eurogendfor*), e incluso de Frontex, tal y como veremos posteriormente.

Centrándonos en sus Estatutos, se indica el interés de una mayor cooperación en el intercambio de buenas prácticas en materia de seguridad. Para ello se deberá tener en cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas⁷, la Convención de Naciones Unidas contra la tortura⁸, la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción⁹ y la Con-

⁷ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁸ Instrumento de ratificación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (*B.O.E.*, núm. 268, de 9 de noviembre de 1987).

⁹ Instrumento de ratificación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (*B.O.E.*, núm. 171, de 19 de julio de 2006).

vención Europea de Derechos Humanos¹⁰. Dado el alcance ad intra de la FIEP, en nuestra opinión la referencia a estos textos internacionales conlleva concluir que, en la labor cotidiana de los cuerpos armados, en su ámbito nacional, deben cumplir y respetar dichas normas, y a partir de la ratificación de los textos internacionales por parte de los Estados a los cuales pertenecen. Por otra parte, surge en este punto una cuestión relacionada con el respeto efectivo de estos textos internacionales por los Estados a los que pertenecen algunos de los cuerpos armados y que suscitan algunas serias dudas como veremos en el apartado siguiente.

De acuerdo con el art. 1 de los Estatutos y a partir de su composición, la Asociación se denomina actualmente *Asociación Internacional de Gendarmerías y Fuerzas policiales con estatuto militar* —FIEP (*International Association of Gendarmeries and Police Forces with Military Status—FIEP*). Por otra parte, por Gendarmerías y Policía con estatuto militar, debe entenderse toda organización bajo el código militar que tenga competencias o (co) responsabilidad en la prevención de/o investigación en actos criminales bajo la autoridad judicial; o el mantenimiento del orden público bajo la autoridad civil nacional o local, además de tener asignadas funciones administrativas (art. 3), dejándose en cualquier caso su consideración a la discrecionalidad del Estado¹¹.

¹⁰ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (*B.O.E.*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

¹¹ Sobre el carácter militar de la Guardia Civil, el art. 2.2 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (*B.O.E.*, núm. 33, de 7 de febrero de 2009) indica que «Dada su naturaleza militar y la condición militar de sus miembros, estas Reales Ordenanzas serán de aplicación a todos los miembros de la Guardia Civil, excepto cuando contradigan o se opongan a lo previsto en su legislación específica». Por su parte, el art. 1 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil (*B.O.E.*, núm. 289, de 29 de noviembre de 2014), indica que: «Esta Ley tiene por objeto establecer el régimen del personal de la Guardia Civil, y específicamente la carrera profesional de sus miembros y todos aquellos aspectos que la conforman, con el fin de que este Cuerpo de Seguridad del Estado de naturaleza militar, esté en condiciones de cumplir con la misión que el artículo 104.1 de la Constitución encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las funciones que le atribuyen los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, que lo desarrollan, así como las misiones de carácter militar que se le asignen, de acuerdo con lo previsto en la citada Ley Orgánica y en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional».

En la jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha llegado a considerar que «la configuración de la Guardia Civil como Cuerpo de naturaleza militar en todas sus facetas y funciones es una clara opción del Legislador». Con todo, viene a ratificar la naturaleza militar de la Guardia Civil, aun cuando desempeñe, además, funciones policiales. Ver: Sentencia de Tribunal Supremo, sala de lo contencioso, recurso n.º 574/2009, de 13 de febrero de 2012.

2. Estructura organizativa

En la estructura de la FIEP podemos distinguir los siguientes órganos: Consejo Superior; Presidencia asistida por una Secretaría; y las Comisiones.

a.—Consejo Superior. De acuerdo con el art. 7 de los Estatutos, el Consejo Superior de Directores/Comandantes Generales está formado por todos los miembros de la FIEP, actuando en igualdad de condiciones en cuanto a derechos y obligaciones. Esta última idea es interesante en cuanto a sus efectos en materia de búsqueda de sinergias, dado que nos encontramos con cuerpos armados de varias regiones con protocolos de actuación y tradiciones operativas muy diversas, por lo que la igualdad de condiciones permitirá un diálogo horizontal, valorando, comparando y aproximando las distintas estrategias de los cuerpos armados.

Este Consejo Superior es el órgano estratégico de toma de decisiones además de ser responsable de evaluar las diversas cooperaciones lanzadas entre las fuerzas, dirigir las actividades y definir los objetivos. En su reunión anual en el mes de octubre —denominada Cumbre (*Summit*)— se define la política general y el programa anual¹². Los miembros adoptarán sus decisiones por unanimidad, como claro ejemplo de igualdad de todos sus miembros, y estas decisiones se formalizarán a través de una Declaración Común¹³. Con la finalidad de ejecutar lo acordado, cada miembro adoptará las medidas internas ad intra necesarias para aplicar cualquier decisión.

b.—Presidencia. La Presidencia, elegida anualmente y responsable de la representación de la FIEP, es quien dirige las decisiones adoptadas, además de organizar y acoger las actividades preparatorias, así como la Cumbre. Está asistida por la Secretaría con las competencias previstas en el art. 15 de los Estatutos.

Partiendo del principio de igualdad, todos los miembros serán elegidos para la Presidencia de forma rotatoria, de acuerdo con el calendario previsto en el Anexo 3 de los Estatutos, y produciéndose el cambio durante la Cumbre de octubre de cada año¹⁴. Si algún miembro notifica un año antes que

¹² Si fuera necesario, por razones de urgencia, la Presidencia, tras escuchar la opinión de todos los miembros, podrá convocar una reunión general especial, fuera del mes de octubre, por cuestiones de máxima importancia; o bien remitir una decisión para su aprobación electrónica sin necesidad de la convocatoria oficial de una reunión. En 2020, no se ha celebrado la reunión anual debido a la alerta sanitaria derivada del COVID-19.

¹³ Con carácter previo a la Cumbre, se procederá a reuniones preparatorias entre representantes de todas las fuerzas, en las que se examinarán los resultados de las Comisiones y los seminarios del año anterior; proponer cuestiones generales para ser tratadas en las diferentes Comisiones; aprobar el orden del día; y preparar la Declaración Común.

¹⁴ De acuerdo con el Anexo 3, la Gendarmería Real de Marruecos ha ostentado la presidencia, inicialmente, hasta octubre de 2020. Durante el 2020 se acordó por todos los miem-

no desea ocupar la Presidencia, la misma será cubierta por cualquier cuerpo armado de forma voluntaria sin que afecte al sistema de rotación.

En cuanto a la Secretaría, es nombrada anualmente por la Presidencia entrante, estando localizada en su Dirección/Cuartel General. Entre sus funciones, cabe destacar una dimensión interna y externa. En cuanto a la dimensión interna, facilita los contactos entre las Comisiones y actúa como enlace de los Puntos de Contacto Nacionales¹⁵. La dimensión externa posee un mayor impacto de desarrollo de la FIEP, por cuanto que es la encargada de identificar gendarmerías y policías con estatuto militar de todo el mundo y remitir al Consejo Superior propuestas para iniciar un proceso de cooperación con ellas¹⁶; igualmente, en esta labor exterior, realiza una función de promoción de la idea de Asociación, acercándose a otras manifestaciones regionales similares¹⁷, y buscando la consolidación de una red mundial de gendarmerías. Igualmente, la Secretaría es responsable de las funciones administrativas y burocráticas propias de su cargo, entre las que cabe citar la elaboración y cumplimiento de las Declaraciones Comunes y las decisiones recogidas en las mismas y controlar y coordinar la comunicación interna y externa, particularmente a través de la página web de la FIEP¹⁸.

bros de la FIEP que el traspaso de la presidencia a Portugal se realizaría en octubre del 2021, y debido a la pandemia de la COVID-19. La Presidencia marroquí se ha centrado en los aspectos de la «Social Protest Management». Le seguirán en orden: Portugal, España, Italia, Francia, Argentina, Chile, Qatar, Túnez, Rumania, la Autoridad Palestina, Ucrania, Brasil, Jordania, Turquía, Kuwait y Senegal. Posteriormente, se pasaría al primer Estado de la lista, esto es Países Bajos, y de nuevo Marruecos. Los nuevos cuerpos que se fueran adhiriendo a la FIEP pasarían al final de la lista.

En el caso de España, asumió la Presidencia por última vez en octubre de 2012. Durante su presidencia se abordó el tema de la prevención y lucha contra el contrabando y tráfico de personas desde un enfoque de Fuerzas de Gendarmería. Fuente: <https://www.guardiacivil.es/ga/prensa/noticias/4202.html>, acceso el 30 de mayo de 2021.

¹⁵ Cada Cuerpo contará con un departamento responsable de los asuntos vinculados a la FIEP, el cual asegurará los trabajos, medidas y decisiones que posteriormente serán propuestas a las Comisiones o al Consejo Superior. Con esta finalidad, cada Cuerpo deberá nombrar un Punto de Contacto Nacional responsable del intercambio regular de información entre los Cuerpos. En el caso español, contamos con el Punto de Contacto Nacional de la FIEP, en la Dirección General de la Guardia Civil de la Secretaría de Cooperación Internacional.

¹⁶ Cabría incluso invitar a la fuerza en cuestión a las reuniones de la FIEP para conocer mejor a la Asociación.

¹⁷ En la Cumbre de Madrid de 2013, en su Declaración Común, la FIEP mostraba sus buenos deseos tras la creación de la «Asociación de las Fuerzas de Seguridad de Eurasia con estatuto militar», y formada por Turquía, Azerbaiyán, Kirziguistán y Mongolia (TAKM). No parece que esta Asociación haya tenido excesivo éxito, dado que Mongolia se retiró justo un año después en 2014, y más parece una clara iniciativa turca a fin de imponer su rol en la región.

¹⁸ Destaca sin duda la web de la FIEP (www.fiep.org), prácticamente la única fuente de conocimiento de esta Asociación. De hecho, el Anexo 5 de los Estatutos recoge su regulación. Así, se indica que la web tendrá una dimensión interna, a modo de intranet, a fin de ga-

c.—Comisiones. Las Comisiones vienen reguladas en el art. 10 y en el Anexo 2 de los Estatutos¹⁹. Se formarán cuatro Comisiones con la finalidad de aplicar las decisiones del Consejo Superior. Estas Comisiones se centrarán en los ámbitos materiales ya indicados previamente: i) recursos humanos, ii) organización de servicios, iii) nuevas tecnologías y logística, iv) asuntos internacionales²⁰. Se reúnen una vez al año y actúan de acuerdo con las directrices establecidas por la Presidencia de cada Comisión, la Secretaría de la Presidencia y el Consejo Superior²¹. Sus decisiones son adoptadas por 2/3 de los votos emitidos. Al final de cada año la Secretaría de la Presidencia presenta los resultados de los trabajos de las Comisiones, junto con el plan propuesto de cada sector particular al Consejo Superior para su aprobación.

Las competencias de las cuatro Comisiones aparecen recogidas en los arts. 11 a 14 de los Estatutos. Entre las establecidas, desarrolladas a través principalmente de seminarios y reuniones, podemos destacar las siguientes:

La Comisión de Recursos Humanos puede ser considerada como la más importante de todas, dado que persigue la armonización en la formación de los cuerpos armados. Con este objetivo, y en íntima coordinación con las academias nacionales, facilita el intercambio de experiencias y prácticas y compara programas de estudio. En esta última función es interesante la promoción que lleva a cabo a fin de incluir formación conjunta en materias tales como idiomas y derechos humanos.

La Comisión de Organización de Servicios tiene como finalidad la coordinación en el ámbito de la actuación operativa. Esto es, actúa como punto de contacto para permitir sinergias operativas en la lucha contra el crimen organizado, terrorismo, tráfico ilícito de seres humanos, redes de inmigración ilegal y cibercrimen, entre otros²². Más específicamente, pro-

rantizar el intercambio de documentos en la parte restringida; en su dimensión externa, servirá para dar a conocer las principales actividades de la FIEP.

¹⁹ El Anexo 2 ha sido actualizado con ocasión de la reunión del Consejo Superior de la FIEP celebrado en Amman en octubre de 2017.

²⁰ Originariamente eran solo tres: Formación y Reclutamiento (renombrada posteriormente como Recursos Humanos en 2001), Organización de Servicios y Nuevas Tecnologías. En 1999 se crea la Comisión de Asuntos Europeos, reconvertida posteriormente en Asuntos Internacionales en 2017.

²¹ Durante las sesiones de las Comisiones se prevén presentaciones sobre los ámbitos competenciales, dentro del marco del programa anual previsto, igualmente sobre proyectos de cooperación previamente notificados a la Secretaría de la Presidencia. Igualmente, el Estado anfitrión puede invitar a expertos de fuera de la FIEP (Universidades, ONGs, organizaciones internacionales), relacionados con los temas generales. En cualquier caso, se dará prioridad a expertos de las fuerzas miembros de la FIEP, con lo que, en nuestra opinión, se limita claramente el debate público en su seno.

²² Así, en junio de 2018, tuvo lugar en Amman una reunión de la Comisión sobre organización de servicios, y en la cual se celebró un seminario sobre «Security Risks and Human Cha-

mueve la colaboración en acciones como vigilancia costera, medidas anti-sabotaje, policía de frontera y misiones de apoyo a la paz.

La Comisión de Logística y Nuevas Tecnologías promueve, por su parte, la colaboración e intercambio de conocimientos en el ámbito de los medios tecnológicos para la investigación criminal, tales como sistemas avanzados de procesamiento de datos, tecnología de la información y comunicación, incluidos los recursos vía satélite, radio e intranet.

Finalmente, en la Comisión de Asuntos Internacionales, se busca extender la red de gendarmerías y fuerzas policiales con estatuto militar. Para ello, se encarga de identificar y analizar la idoneidad de cuerpos armados de todo el mundo para presentarlos ante los miembros de la FIEP²³. Del mismo modo, garantiza una relación fluida con organizaciones internacionales y regionales.

3. Régimen de los miembros

La FIEP se presenta como un proceso flexible, de tal forma que su art. 4 establece que estará abierta a todos los cuerpos de gendarmería y policías con estatuto militar. Además, deben demostrar el compromiso de cooperar en los ámbitos previstos en el art. 2, a saber, recursos humanos, organización de servicios, nuevas tecnologías y logística, y asuntos internacionales. La pertenencia a la FIEP implicará el pleno respeto de los derechos y libertades fundamentales, no únicamente en la aplicación de la ley sino igualmente en la organización interna de cada cuerpo, según las normas nacionales y los Tratados internacionales firmados por los Estados a los que pertenecen los distintos cuerpos. Esto último podría ponerse en cuestión con la participación de algunos cuerpos procedentes de Turquía, cuyo capítulo de cooperación policial y judicial lleva bloqueando las nego-

llenges for Illegal Immigration through the Mediterranean», donde los expertos intercambiaron conocimientos y experiencias. Ver: J.L. Hovens, *Transnational and robust proximity policing: complementary and adaptive* (The Hague: Royal Netherlands Marechaussee, October 2019).

²³ En un informe del Instituto Clingendale de 2009, se listaba las fuerzas policiales con estatuto militar del mundo. Ver: Michiel de Weger, *The Potential of the European Gendarmerie Force* (Den Haag: Netherlands Institute of International Relations Clingendale, March 2009), 81-83 (Annex D: World police-military organisations). En el listado, aparecían las fuerzas policiales con estatuto militar de: Argelia, Benin, Bután, Burkina Faso, Camboya, Camerún, República Centroafricana, Chad, China, Colombia, Comores, Congo, República Democrática del Congo, Guinea Ecuatorial, Gabón, Gambia, Guinea Conakri, Guinea-Bissau, Costa de Marfil, Kazajistán, Kirgizistán, Líbano, Madagascar, Malí, Mauritania, Mongolia, Nepal, Níger, Pakistán, Sri Lanka, Siria, Taiwán, Tajikistán, Togo, Turkmenistán, Uzbekistán, Venezuela, Vietnam y Zimbabue. En esta línea, en la Cumbre de la FIEP celebrada en Rabat en octubre de 2011, el cuerpo de Carabineros de Chile elaboró un proyecto de «Censo de Fuerzas Policiales con Estatuto Militar» en el mundo.

ciaciones con la Comisión para su hipotética futura adhesión a la UE²⁴, o países de escasa tradición en el respeto de los derechos humanos, al menos desde el punto de vista occidental europeo, como Senegal o Qatar²⁵.

Actualmente, la FIEP tiene una importante representación regional, al estar formada por las siguientes fuerzas: Gendarmería Nacional Francesa, Carabinieri italianos, Guardia Civil española, Guardia Nacional Republicana Portuguesa, Jandarma Turca, Royal Marechaussee Holandesa, Gendarmería Real Marroquí y la Gendarmería Rumana. Igualmente, participan la Gendarmería Nacional Argentina, el Cuerpo de Carabineros de Chile, la Gendarmería jordana, la Fuerza Lakhwijja de Qatar, la Policía Militar y el Cuerpo Militar de Bomberos de Brasil, la Guardia Nacional tunecina, las Fuerzas de Seguridad Nacional palestina, la Guardia Nacional ucraniana y la Gendarmería Nacional de Djibouti. En 2019 han pasado a ser miembro de pleno derecho la Guardia Nacional de Kuwait y la Gendarmería Nacional de Senegal²⁶. Esta ampliación del espectro geográfico de sus miembros provocó el cambio de denominación (anteriormente denominada *Asociación de Gendarmerías y Fuerzas con Estatuto Militar Europeas y Mediterráneas*²⁷), además de conllevar un claro punto de partida para la creación, a nivel internacional, de una red mundial de cuerpos armados en la consecución de una cooperación más fluida.

²⁴ Ver: «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Comunicación de 2020 sobre la política de ampliación de la UE», Doc. COM (2020) 660 final, de 6 de octubre de 2020: 32-35.

²⁵ Ver: Amnistía Internacional, *Informe de los Derechos Humanos en el mundo, 2017-2018*: 364-366 (Qatar), 388-389 (Senegal).

²⁶ Anexo I de los Estatutos. La evolución de las adhesiones ha sido la siguiente: los cuerpos originarios serían la Gendarmería nacional francesa, la Arma dei Carabinieri italiana y la Guardia Civil española (1994); en 1996, se adhiere la Guardia Nacional Republicana Portuguesa; en 1998, Jandarma Turca; en 1999, Royal Marechaussee Holandesa y Gendarmería Real Marroquí; en 2002, la Gendarmería Rumana; en 2005 la Gendarmería Nacional Argentina y el Cuerpo de Carabineros de Chile; en 2011 la Gendarmería jordana; en 2013 la Fuerza Lakhwijja de Qatar; en 2016 la Guardia Nacional tunecina; en 2017 la Policía Militar y el Cuerpo Militar de Bomberos de Brasil, las Fuerzas de Seguridad Nacional palestina y la Guardia Nacional ucraniana; en 2018 la Gendarmería Nacional de Djibouti; finalmente, en 2019 la Guardia Nacional de Kuwait y la Gendarmería Nacional de Senegal. Actualmente, no hay miembros observadores y están en proceso de valoración para su adhesión como observador Carabineiri Trupelor de Moldavia y Bangladesh Ansar & VDP Battalion. Ver: en general, Derek Lutterbeck, «The Paradox of Gendarmeries: Between Expansion, Demilitarization and Dissolution», *The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces*, SSR Paper 8 (2013).

²⁷ El cambio se ha producido en la Cumbre celebrada en Amman, el 16 de octubre de 2017. Por otra parte, inicialmente, en sus Estatutos se indicaba que la FIEP estaba abierta a todas las fuerzas policiales con carácter militar de los países miembros del Consejo de Europa, así como de otros países mediterráneos. Esto denotaba que originariamente poseía una proyección euromediterránea.

Se diferencian dos estatutos de miembros. En primer lugar, el de observador está previsto para los cuerpos que deseen formar parte de FIEP, y que hayan realizado su solicitud de adhesión según lo previsto en el art. 17 de los Estatutos. Podrán participar en las Comisiones y en la reunión anual del Consejo Superior, pero sin derecho de voto (art. 6). Por su parte, en segundo lugar, el estatuto de miembro de pleno derecho permite participar en las Comisiones, así como en la reunión anual del Consejo Superior de Directores y Comandantes Generales (Cumbre) con derecho de voto (art. 5).

El proceso de adhesión a la FIEP viene regulado ampliamente en el Anexo 4 de los Estatutos, el cual lo distribuye en seis fases y donde rige como sistema general la unanimidad, respetando el principio de igualdad entre todos los cuerpos armados miembros. Las Fases son las siguientes: 1) Solicitud, 2) Invitación a presentar la fuerza durante la reunión de la FIEP; 3) Presentación de la fuerza; 4) Misión de verificación; 5) Miembro observador; 6) Miembro de pleno derecho.

De acuerdo con el procedimiento, el cuerpo armado solicitante deberá remitir la petición de adhesión a la Presidencia, incluyendo una invitación oficial para que una delegación de la FIEP acuda al Estado solicitante, con objeto de verificar la estructura y el funcionamiento de la fuerza candidata. Tras recibir la carta de solicitud y por mayoría de los miembros de la FIEP, se invitará al cuerpo solicitante a presentar sus capacidades durante una de las reuniones de las Comisiones²⁸. En esta reunión, el cuerpo solicitante hará una breve presentación de la fuerza en términos de marco legal, estatuto militar, organización, competencias, misiones, formación, personal, logística, aspectos internacionales y respeto de los derechos humanos, entre otros. Tras la presentación, los miembros de la FIEP decidirán por unanimidad si continúa el proceso de admisión, informando la Presidencia de la decisión adoptada.

Para el caso de aceptar seguir el proceso de adhesión, se creará una misión de verificación, formada por al menos tres representantes de las instituciones de la FIEP (Presidencia actual, la siguiente Presidencia y al menos un miembro más) a fin de evaluar la institución candidata. Para ello se realizarán visitas a las unidades relevantes y a sus comandantes, así como reuniones con autoridades locales (administrativas, judiciales) que suelen trabajar con la fuerza candidata²⁹. Al final de la misión se emitirá un informe y que recogerá recomendaciones a la FIEP sobre la concesión o no del estatuto de observador a la fuerza candidata. Tras la consulta realizada a todos los miembros de la FIEP sobre el informe emitido, la Presidencia tendrá

²⁸ En este desplazamiento de la fuerza solicitante, los gastos correspondientes a alojamiento, comidas y transporte interno serán cubierto por la institución huésped.

²⁹ El solicitante se hará cargo de los gastos correspondientes a alojamiento, dietas y transporte interno.

dos opciones: i) informar al candidato que ha sido aceptada su solicitud de adhesión a la FIEP, invitando al Comandante de la fuerza para el próximo Consejo Superior; ii) informar al candidato que la solicitud ha sido rechazada, motivando la decisión si fuera el caso.

Por último, la admisión de una nueva fuerza dentro de la FIEP se decide oficialmente por el Consejo Superior, por unanimidad y se hace oficial a través de una Declaración Común firmada por los Directores/Comandantes de la FIEP. Durante al menos el primer año se concederá al nuevo miembro la condición de observador, pudiendo sus fuerzas participar en las reuniones de la FIEP, pero sin voto. En la práctica, la adhesión se observa como un trámite de marcado carácter político, y sin tener en cuenta las claras diferencias democráticas y culturales de los miembros actuales³⁰. Por otra parte, y en lo relativo a la protección y observancia de los derechos humanos, cabe destacar que, en las reuniones, sea del Consejo Superior o de las Comisiones, participan únicamente los altos mandos, cuando en la labor del día al día, son las unidades de menor rango las que ejercen sobre el terreno las competencias ejecutivas en sus respectivos países. Esto implica que cuando la comunicación y/o la escala de mando a nivel nacional no está suficientemente coordinada, apenas se produce control efectivo de las medidas ejecutivas sobre el terreno, y que pudieran poner en peligro los derechos fundamentales por parte de los cuerpos armados.

Finalmente, tras el periodo estipulado como miembro observador, previa petición de la fuerza y con la aprobación por unanimidad de los miembros de la FIEP, el miembro observador pasa a la condición de miembro de pleno derecho, pudiendo participar en las reuniones de la FIEP con voz y voto. Vemos entonces que tanto la aceptación de un miembro como observador y como de pleno derecho está sujeto a la norma de la unanimidad, por lo que se verá condicionado cada decisión por el posible derecho de veto de cualquiera de los miembros de la FIEP. Ello podría limitar, en su caso, la propia composición de la organización en función de los intereses políticos de cada uno. Por otra parte, la condición de miembro se podrá perder por renuncia o bien por decisión unánime del Consejo Superior tras haber constatado la violación de algunas de las normas previstas en los Estatutos, una situación que no se ha producido hasta la fecha.

³⁰ De hecho, se han producido rechazos a peticiones de adhesión por diversos motivos. Así, la Guardia Nacional de Ucrania, antes de su adhesión como observador (2016) y miembro de pleno derecho (2017) fue rechazada en 2004 y 2005, por no cumplir los requisitos del art. 2 de los Estatutos. El caso de la Gendarmería de Azerbaiyán es más particular pues fue rechazada en 2006 por no cumplir los criterios del art. 3 de los Estatutos, esto es no era considerada una fuerza de gendarmería o fuerza policial con estatuto militar. Otras fuerzas candidatas han visto su solicitud paralizada o siguen en proceso de estudio, como son los casos de Moldavia, Georgia y Bangladesh.

4. *Disposiciones Finales*

En las disposiciones finales se destaca el interés en promocionar acuerdos bilaterales de intercambio y colaboración entre los cuerpos (art. 16), y en aplicación del art. 2. Esta colaboración, como veremos en el siguiente apartado, ha conllevado especialmente la formación conjunta de los cuerpos a partir de criterios comunes y logística compartida, creando, de este modo, sólidas bases para futuras actuaciones a nivel regional.

Junto a esta voluntad de cooperación, se recoge, igualmente, el proceso de revisión. Así, cualquier propuesta de modificación de los Estatutos será remitida a la Secretaría de la Presidencia, la cual la transmitirá a todos los miembros de la FIEP, para su valoración. Su aprobación requerirá el consenso de todos los miembros³¹, y se hará oficial cuando se publique en la Declaración Común, hecho que ocurre al final de cada Cumbre en el mes de octubre de cada año.

Por otro lado, la lengua de trabajo para las comunicaciones oficiales y la preparación de documentos será el inglés. No obstante, tanto las comunicaciones como los documentos se elaborarán tanto en inglés como en la lengua nacional³².

Finalmente, el art. 20 de los Estatutos indica que todos los miembros de la FIEP aprueban los Estatutos, una vez vistos y examinados, y que cada nuevo miembro, tras su admisión, debe aceptar expresamente dichos Estatutos.

En conclusión, nos encontramos con una regulación de carácter práctico y administrativo ajena a cualquier Tratado internacional, lo cual permite su modificación con relativa facilidad. Igualmente, es destacable la igualdad en derechos y obligaciones de todos los miembros, con independencia de su tradición cultural y democrática, y que en definitiva perseguirá facilitar mejoras en los cuerpos armados a través del intercambio de buenas prácticas y la cooperación entre los mismos. Por otra parte, debemos considerar cuestionable el rígido respeto de los derechos fundamentales y de los valores democráticos, no claramente reconocidos, al menos, por parte de los países a los cuales pertenecen algunos de los cuerpos armados miembros de la FIEP.

³¹ Sorprende que no se acuda a la unanimidad de todos los miembros, como ocurre con las nuevas incorporaciones. Podemos imaginar, en cualquier caso, que para el hecho de que un miembro solicite votación, el resultado requerirá la unanimidad para ser aprobada la revisión de los Estatutos.

³² Se prevé incluso que el Estado anfitrión de las reuniones pueda establecer el procedimiento para que las mismas sean traducidas simultáneamente al inglés. Debe entenderse, en este caso, que dicho Estado asumirá el gasto derivado de estas traducciones.

III. La FIEP como modelo de integración en la gestión de fronteras exteriores

A partir de sus Estatutos, la FIEP se presenta realmente como un foro de diálogo e intercambio de experiencias nacionales, sin prever el lanzamiento de actuaciones conjuntas sobre el terreno, como sí sucede con otras manifestaciones de cooperación policial. Debemos entonces determinar su alcance en la consecución de una gestión integrada de fronteras exteriores, especialmente por cuanto que conlleva una clara sinergia entre cuerpos armados de países no solamente europeos sino igualmente de origen y tránsito de la inmigración Sur-Norte.

En el contexto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE, la denominada *Gestión Integrada de Fronteras Exteriores* (art. 77.1.c) TFUE³³) ha ido adaptándose desde un proyecto muy ambicioso y multidimensional, hasta centrarse incluso limitarse a las cuestiones securitarias de control fronterizo³⁴ frente a la inmigración de origen irregular³⁵. En la práctica, ello se ha llevado a cabo por medio de la regulación, desarrollo y fortalecimiento de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (Frontex)³⁶.

Junto a esta inmigración irregular como amenaza, y tal y como aparecen recogidas en las Estrategias de Seguridad europeas³⁷, debemos añadir

³³ Art. 77 TFUE: «1. La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo:...c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores».

³⁴ Ello se debe fundamentalmente a las reticencias de los Estados miembros a unificar criterios en la gestión de fronteras exteriores así como la gran multitud de agencias nacionales con competencia en dichas fronteras.

³⁵ Esta realidad de la limitación al control fronterizo ha sido incluso confirmada por Naciones Unidas. Ver: «Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. Estudio regional: administración de las fronteras periféricas de la Unión Europea y sus repercusiones sobre los derechos humanos de los migrantes», UN Doc. Rapp. A/HRC/23/46, de 24 de abril de 2013: ap. 42-43. Ver: Miguel Á. Acosta Sánchez, «An Analysis of Integrated Management of the External Borders of the European Union», *Paix et Sécurité Internationales*, n.º 8, (2020): 121-144. doi: https://doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2020.i8.05.

³⁶ Miguel A. Acosta Sánchez, «Reglamento 2019/1896/UE sobre la guardia europea de fronteras y costas: ¿Frontex 3.0?», Instituto Español de Estudios Estratégicos (*Documento de Opinión* 111/2019, de 2 de diciembre de 2019).

³⁷ Nos referimos a la «Estrategia de Seguridad interior para el quinquenio 2020-2025», Doc. COM (2020) 605 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad, de 24.07.2020; «Estrategia Global sobre Política Exterior y de Seguridad de la UE», Doc. Consejo 10715/16, de 28 de junio de 2016. Igualmente, «Estrategia de Seguridad Marítima de la UE», Doc. Consejo 11205/14, de 24 de junio de 2014; y «Plan de Acción de la Estrategia de Seguridad Marítima de la UE», Doc. Consejo 17002/14, de 16 de diciembre de 2014. En el contexto internacional, ver: «Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio», UN Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de

el terrorismo y la delincuencia transnacional organizada destacándose la interconexión entre ellos y la necesidad de una acción preventiva y multilateral. En nuestra opinión, la inmigración irregular está íntimamente vinculada con la criminalidad organizada, responsable de más del 90% de la misma según datos de Frontex y Europol, entre otros. El crimen organizado se nutre de los tráfico ilícitos, como drogas y personas, y provoca fenómenos de corrupción estatal, llegando a desestabilizar su estructura social, política y económica.

Esta Gestión Integrada de Fronteras Exteriores podemos definirla como un instrumento que busca integrar de acuerdo con parámetros comunes y coordinados, el conjunto de actividades en materia de control y vigilancia de los poderes públicos de los Estados miembros y a fin de garantizar la seguridad fronteriza exterior en pleno respeto de la legislación comunitaria e internacional. Esos parámetros deberán ser acordados entre Frontex y los Estados miembros de la UE, al encontrarnos irremediamente en una política compartida, y deberían formar parte de los planes de formación de los guardias de fronteras. En nuestra opinión, lo ideal sería una gestión integrada de carácter progresivo cronológicamente, de tal forma que, inicialmente se requiera una coherencia y aproximación en la gestión a nivel nacional, siendo aquí donde la FIEP puede jugar un papel esencial como veremos a continuación; y posteriormente dotar a los guardias de fronteras de mayores competencias, incluso de carácter ejecutivo.

Con la finalidad de precisar la posible repercusión de la labor de la FIEP en la gestión de fronteras exteriores, especialmente en su ámbito internacional y de coordinación entre fuerzas europeas y no europeas, conviene determinar el contenido material de dicha gestión fronteriza. Y ello lo encontramos recogido y listado en el art. 3 del Reglamento 2019/1896/UE por el que se regula actualmente Frontex³⁸. Podríamos diferenciar, dentro del componente material, dos grupos de acciones: por un lado, aquellas acciones que requieran un despliegue sobre el terreno y para lo cual la FIEP no parece inicialmente prevista; en segundo lugar, acciones de coordinación de fuerzas que perfectamente entrarían entre sus competencias a través de las Comisiones de la FIEP.

En cuanto al primer grupo, nos encontramos las siguientes acciones: control fronterizo a fin de prevenir la inmigración irregular, los tráfico ilícitos, la lucha contra el terrorismo y los mecanismos de protección interna-

2004. En la misma línea, «Un Concepto más amplio de seguridad: desarrollo, seguridad y Derechos Humanos para todos», UN Doc. A/59/2005, de 21 de marzo de 2005.

³⁸ Reglamento 2019/1896/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, y por el que se derogan los Reglamentos 2013/1052/UE y 2017/1624/UE (DO, L 295, de 14 de noviembre de 2019).

cional³⁹; operaciones de búsqueda y salvamento en el mar⁴⁰; cooperación entre los Estados para el lanzamiento de operaciones; retorno de nacionales de terceros países⁴¹; mecanismos de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad, en particular los instrumentos de financiación de la Unión⁴².

En el segundo grupo, el impacto de la FIEP puede ser más determinante toda vez que se centra en el intercambio de formación, experiencias y documentación a fin de lograr logísticas y capacidad de actuación paralelas entre sus miembros. Así, en nuestra opinión, las Comisiones de la FIEP podrían tener un papel relevante desde el momento en el cual los cuerpos armados europeos que fueran miembros pudieran exportar su modelo a otros cuerpos internacionales y actuando la FIEP como mecanismo vehicular. Así, las Comisiones, como foros limitados de debates cuyas decisiones son aprobadas posteriormente por el Consejo Superior, harían las veces de *Working Groups* especializados en sus respectivas competencias. De este modo, podrían aportar conocimiento técnico esencial para la consecución de los objetivos perseguidos. En concreto, en nuestra opinión, las cuatro Comisiones podrían destacar en los siguientes ámbitos materiales:

La Comisión de Recursos Humanos debería facilitar la cooperación en materia del intercambio de información y la formación conjunta, buscando, además, parámetros comunes a través de los centros de formación nacionales. Esto último podría realizarse por medio del intercambio no solamente de los agentes sino igualmente de los propios formadores. Por otra parte, la Comisión podría mejorar los mecanismos de control de calidad en la formación, potenciando la coherencia y armonización ejecutiva de los distintos

³⁹ Ver: Reglamento 2016/399/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO, L 77, de 23 de abril de 2016).

⁴⁰ Ver, Reglamento 2014/656/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DO, L 189, de 27 de junio de 2014).

⁴¹ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO, L 348, de 24 de diciembre de 2008).

⁴² Reglamento 2014/513/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece, como parte del Fondo de Seguridad Interior, el instrumento de apoyo financiero a la cooperación policial, la prevención y la lucha contra la delincuencia, y la gestión de crisis y por el que se deroga la Decisión 2007/125/JAI del Consejo; y Reglamento 2014/515/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece, como parte del Fondo de Seguridad Interior, el instrumento de apoyo financiero a las fronteras exteriores y los visados y por el que se deroga la Decisión núm. 574/2007/CE (DO, L 150, de 20 de mayo de 2014).

cuerpos nacionales. Finalmente, dentro de los planes de formación, se potenciaría la capacitación en materia de derechos fundamentales a partir de textos internacionales y como elemento esencial en la gestión integrada de fronteras.

En cuanto a la Comisión de Organización de Servicios, podría desarrollar el análisis de riesgos para la seguridad interior y las fronteras exteriores frente a los flujos migratorios, como esencial tráfico ilícito movido por la criminalidad internacional. Con este objetivo, podría recurrir a *Eurosur*, inserto actualmente en Frontex, y que facilitaría la recogida de datos derivados de los flujos migratorios hacia y dentro de la Unión, en términos de tendencias, volúmenes y rutas migratorios. Por otra parte, la Comisión podría potenciar la cooperación en materia de control fronterizo frente a crisis migratorias, incluido los derechos fundamentales.

La Comisión de Logística y Nuevas Tecnologías se centraría en el empleo de tecnología punta, incluidos sistemas de información a gran escala. Para ello podría contar con la colaboración de la Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el ámbito de la Seguridad y la Justicia (eu-LISA)⁴³.

Finalmente, la Comisión de Asuntos Internacionales debería favorecer la cooperación con las agencias especializadas de la UE⁴⁴, además de acercarse a los cuerpos armados de países de origen y tránsito de la inmigración irregular⁴⁵.

Todo ello parece entonces representar un primer paso hacia un posible multidimensionamiento de la gestión integrada, si bien quedará sujeta a su desarrollo normativo para lo cual se requerirá, en todo caso, el papel esencial de los Estados miembros de la UE.

Debemos entonces considerar que la FIEP carece de una proyección exterior propiamente dicha. Esto es, no pretende, dentro de su seno, ofrecerse como instrumento operativo sobre el terreno en la gestión de crisis o en el control de las fronteras exteriores. En todo caso, podemos considerarlo como un foro, siempre informal, de diálogo y especialmente de intercambio

⁴³ Reglamento 2018/1726/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 1987/2006 y la Decisión 2007/533/JAI del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) n.º 1077/2011 (*DO*, L 295, de 21 de noviembre de 2018).

⁴⁴ En concreto: el Servicio Europeo de Acción Exterior, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO), la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE, Eurojust, Europol, el Centro de Satélites, la Agencia Europea de Seguridad Marítima y la Agencia Europea de Control de la Pesca. De hecho, en la Declaración Común con ocasión de la Cumbre de Bucarest de octubre de 2016, se destacaba la importancia de la cooperación con organizaciones regionales e internacionales, en concreto el Servicio Europeo de Acción Exterior y *Eurogendfor*.

⁴⁵ Ver el listado de fuerzas policiales con estatuto militar del mundo citado *supra* en nota 23.

de experiencias y formación. Su finalidad es clara en cuanto tiende a dotar a una determinada figura armada nacional —cuerpos civiles con estatuto militar— con parámetros similares y que pudieran conllevar una incipiente red de cuerpos armados mundiales con una logística y operatividad común. Esto último, en determinadas regiones con riesgos y amenazas estructurales —véase la zona del Mediterráneo con el fenómeno de la inmigración irregular— representaría un instrumento idóneo a fin de lograr dar una respuesta multinacional y integrada a dichos riesgos⁴⁶.

En nuestra opinión, la participación de cuerpos procedentes de América Latina —Argentina, Chile y Brasil—, inicialmente como observadores para posteriormente pasar a ser considerados miembros de pleno derecho, permite vislumbrar una capacidad de exportación a otras regiones del mundo. En concreto, en la zona de América Latina la distribución competencial en el control de las fronteras marítimas es mucho más acentuada que en la realidad europea, existiendo cuerpos del tipo *Coast Guards* estadounidenses, pero igualmente un importante papel de las Armadas nacionales en el control y vigilancia de los espacios marítimos bajo soberanía o jurisdicción estatal.

Por otra parte, en la práctica observamos interesantes resultados de la cooperación en el seno de la FIEP. En concreto, en el ámbito bilateral hispano-francés, en los últimos años se han celebrado Acuerdos administrativos entre los Ministerios del Interior de ambos Estados y que tienen como objeto la formación de una compañía de guardias civiles alumnos españoles de la Academia de Guardias de Baeza en la Academia de Gendarmería de Dijon, y una compañía de gendarmes alumnos franceses de la Academia de Gendarmería de Tulle en el Colegio de Guardias Jóvenes de la Guardia Civil de Valdemoro⁴⁷. En ambos casos el marco político-jurídico de referen-

⁴⁶ Sobre esta cuestión, ver: «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo», Doc. COM (2020) 609 final, de 23 de septiembre de 2020; así como el Plan rector de preparación y gestión de crisis migratorias de la UE, creado por Recomendación 2020/1366/UE de la Comisión, de 23 de septiembre de 2020 (*DO*, L 317, de 1 de octubre de 2020), y en el que participan los Estados miembros de la UE, el Consejo, la Comisión, el Servicio Europeo de Acción Exterior, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, Frontex, Europol, la Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el ámbito de la Seguridad y la Justicia y la Agencia de los Derechos Fundamentales.

⁴⁷ Ver: Acuerdo Administrativo entre el Ministerio del Interior del Reino de España y el Ministro del Interior de la República Francesa relativo al refuerzo de la cooperación en materia de formación entre la Guardia Civil española y la Gendarmería Nacional francesa, hecho en Madrid, el 12 de noviembre de 2018 (*B.O.E.*, núm. 293, de 5 de diciembre de 2018); Acuerdo administrativo entre el Ministerio del Interior del Reino de España y el Ministro del Interior de la República Francesa relativo al refuerzo de la cooperación en materia de formación entre la Gendarmería Nacional francesa y la Guardia Civil española, hecho en Madrid y París el 2 y el 9 de enero de 2020 (*B.O.E.*, núm. 23 de 27 de enero de 2020).

cia es el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE, además de impulsar la realización conjunta de módulos de formación y de actividades de instrucción. De esta forma, los módulos formativos han girado sobre el control de los flujos migratorios, la lucha contra el terrorismo, lucha contra la delincuencia organizada transfronteriza y el conocimiento mutuo.

Igualmente, aunque con escaso éxito en la práctica debido a las importantes diferencias logísticas y competencias, en el ámbito hispano-marroquí se han desarrollado y se siguen desarrollando patrullas conjuntas⁴⁸. Estas patrullas se llevan a cabo en la región Las Palmas-El Aaiún, una en territorio marroquí y otra en territorio español. Con la misma disposición, se realizan, igualmente, patrullas en la región Algeciras-Tánger y Nador-Almería.

En este contexto bilateral con países de la ribera sur del Mediterráneo, destacan igualmente las patrullas conjuntas con las autoridades de Senegal, y a partir de un Memorando de Entendimiento de 24 de agosto de 2006, no publicado. Ello se ha visto posteriormente reforzado con la firma de un Convenio sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia de diciembre de 2006⁴⁹, y que se ha centrado en la cooperación en materia de inmigración y tráfico de personas, especialmente a través del intercambio de información y la prestación de ayuda. Estas patrullas conjuntas son ejemplo de lo que se conoce como control extraterritorial de la inmigración o externalización del control de fronteras⁵⁰. En dichas patrullas observamos entonces la participación de miembros de la Guardia Civil española en embarcaciones tanto nacionales como senegalesas, realizando labores de control fronterizo en zonas marítimas bajo soberanía o jurisdicción de Senegal, pero sin competencias ejecutivas. La finalidad sería impedir la salida al mar de embarcaciones con inmigrantes irregulares y destino a Europa —especialmente las islas Canarias—, devolviéndolos a su punto de origen. Incluso si son nacionales de ese tercer Estado. En nuestra opinión, estas actuaciones son de difícil encaje jurídico en el marco internacional, pues se llegaría a una situación en la cual

⁴⁸ Ver: Miguel Á. Acosta Sánchez, «The European Border and Coast Guard Agency (FRONTEX) and the migration crisis: some notes on the Law of the Sea and Human Rights», en *Law of the Sea and vulnerable persons and groups*, coordinado por Gabriela Oanta (Napoli: Editoriale Scientifica, 2019), 43-59, en 55-57.

⁴⁹ Convenio entre los Gobiernos del Reino de España y de la República de Senegal sobre la cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho ad referendum, en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (*B.O.E.*, núm. 63, de 14 de marzo de 2009).

⁵⁰ A. del Valle prefiere hablar de «Desterritorialidad», como acción de ubicar fuera del territorio determinadas funciones de control fronterizo y de políticas migratorias, a desarrollar por otros Estados o por el propio Estado. Ver: Alejandro del Valle Gálvez, «Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras: propuestas conceptuales sobre «extraterritorialidad», «desterritorialidad» y «externalización» de controles y flujos migratorios», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 2 (2020): 145-210, en 162-175.

se estaría impidiendo la salida de nacionales de su propio territorio, violando de este modo un derecho reconocido a nivel internacional⁵¹.

Encontramos además otras manifestaciones de cooperación bilateral con incidencia en los cuerpos civiles con estatuto militar, que, si bien han tenido su origen en otros marcos jurídicos, se han visto reforzados gracias al diálogo en el seno de la FIEP. De este modo, podemos citar en el contexto Schengen acuerdos de España con Francia y Portugal sobre la persecución en caliente *terrestre*. Así, respecto a Francia, España adoptó una Declaración por la que se preveía la persecución en caliente durante diez kilómetros en el territorio del otro Estado, y únicamente para el caso de la comisión de las infracciones o delitos previstos en el artículo 41 del Convenio de Aplicación de Schengen⁵². Sobre Portugal, la correspondiente Declaración hacía referencia a una persecución de hasta cincuenta kilómetros, o bien durante un máximo de dos horas, y siempre para el caso de la comisión de las infracciones o delitos previstos en el mismo artículo 41⁵³.

En esta misma línea, tenemos igualmente y en desarrollo del Convenio de Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas⁵⁴, el Tratado entre España y la República Italiana, de marzo de 1990, así como el Tratado entre España y Portugal, de marzo de 1998, ambos sobre la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar⁵⁵.

⁵¹ Ver: Marcello di Filippo, «La c.d. libertà di circolazione nel diritto internazionale: il diritto di uscita dal paese di origine e il diritto di ingresso o ritorno nel paese di cittadinanza», en, *Immigrazione, Diritti e Diritto: Profili internazionalistici ed europei*, coordinado por Marcello Calamia, Marcello di Filippo y Marco Gestri (Milano, CEDAM, 2012), 53-80.

⁵² Se incluye los siguientes delitos: asesinato, homicidio, violación, incendio provocado, falsificación de moneda, robo y encubrimiento con ánimo de lucro o receptación, extorsión, secuestro y toma de rehenes, tráfico de seres humanos, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, infracciones de las disposiciones legales en materia de armas y explosivos, destrucción con explosivos, transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos, y delito de fuga a raíz de un accidente con resultado de muerte o heridas graves. Ver: Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 14 de junio de 1985 (*B.O.E.*, núm. 81 de 5 de abril de 1994) y Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 (*B.O.E.*, núm. 85 de 9 de abril de 1994).

⁵³ Ver: Declaraciones en el momento de la ratificación del Convenio de Aplicación Schengen, de 1990 (*B.O.E.*, núm. 81, de 5 de abril de 1994). Aquí se vería afectado no solamente a la Guardia Civil sino igualmente el Cuerpo Nacional de Policía.

⁵⁴ Convenio de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988 (*B.O.E.*, núm. 270, de 10 de noviembre de 1990).

⁵⁵ Tratado entre España y la República Italiana para la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar, de 23 de marzo de 1990 (*B.O.E.*, núm. 108, de 6 de mayo de 1994); Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa para la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar, hecho en Lisboa el 2 de marzo de 1998 (*B.O.E.*, núm. 18, de 20 de enero de 2001). En el caso español, junto con la Guardia Civil, el Servicio de Vigilancia Aduanera estaría directamente afectado por la aplicación de estos Tratados.

En ambos tratados, y en el marco de una confianza mutua y plena colaboración entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, se ha optado por la superación del principio de consentimiento del Estado del pabellón, por lo que el mismo Convenio implica una autorización implícita de actuación en el caso de encontrarnos ante un tipo delictivo⁵⁶.

Vemos entonces que la FIEP puede actuar perfectamente como sede vehicular en donde potenciar estas manifestaciones de cooperación bilateral, además de extrapolar y dar a conocer las mismas a otras fuerzas. La buena experiencia española puede ser, por otra parte, un importante aliciente a fin de lograr interesantísimas sinergias a nivel regional y frente a amenazas y riesgos tan graves como la ciberdelincuencia, el terrorismo internacional y la criminalidad organizada vinculada, este última, a los tráfico ilícitos incluida la inmigración clandestina.

IV. La compatibilidad con otras formas de cooperación policial: Eurogendfor y Frontex

Por último, conviene determinar el grado de compatibilidad, asimilación o incluso solapamiento de la FIEP con otras formaciones de cooperación policial con estatuto militar, y que se encuentran insertadas en la UE. Nos referimos en concreto a la Fuerza de Gendarmería Europea (*Eurogendfor*) y la Agencia Europea de Fronteras y Costas (Frontex).

Respecto a la primera de ellas, la *Eurogendfor* (*European Gendarmerie Force*) tiene actualmente su base jurídica en un Tratado Internacional⁵⁷, si bien se regulaba inicialmente por un Acuerdo de naturaleza política y no normativa, denominado Declaración de intenciones, de 17 de septiembre de 2004, y firmado entre España, Francia, Italia, Portugal y Países Bajos⁵⁸. *Eurogendfor* en la que participa la Guardia Civil española y paralela en cuanto a naturaleza y estructura a otras fuerzas militares multinacionales como *Eu-*

⁵⁶ Sobre esta práctica, puede verse, Ruth García Llave, *Tráfico de drogas por mar y justicia universal* (Madrid: Iustel, 2019); Isabel Lirola Delgado, «La represión del tráfico ilícito de drogas en Alta Mar. Cooperación internacional y práctica estatal», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XII (1996): 523-576.

⁵⁷ Instrumento de Ratificación del Tratado entre el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Reino de los Países Bajos y la República Portuguesa por el que se crea la Fuerza de Gendarmería Europea (EUROGENDFOR), hecho en Velsen (Países Bajos) el 18 de octubre de 2007 (*B.O.E.*, núm. 131, de 1 de junio de 2012).

⁵⁸ Fuente: www.eurogendfor.org. Realmente, la primera iniciativa para crear esta fuerza la encontramos en la propia FIEP. En efecto, en la Cumbre de Madrid, de octubre de 1998, la Gendarmería francesa propuso ya la creación de un Grupo Europeo de Policía en Alerta – GEPA, considerándose como el primer antecedente de lo que posteriormente sería la *Eurogendfor*.

rofor, *Euromarfor* o el *Eurocuerpo*, posee un Cuartel General multinacional en Vicenza (Italia) y sus fuerzas no son permanentes. Su campo de actuación es la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD)⁵⁹, a través del componente policial, incluyendo el empleo de la llamada «Unidad de Policía Integrada»⁶⁰. Esta fuerza policial está destinada a actuar en los escenarios más exigentes y podrá desplegarse de forma rápida a fin de garantizar la seguridad y el orden públicos. Además del contexto PCSD, la *Eurogendfor* podrá participar bajo el mandato de otras Organizaciones Internacionales con competencia en materia de seguridad (ONU, OSCE, OTAN)⁶¹. Entre sus funciones, *Eurogendfor* realiza misiones de orden público y seguridad pública, trabajos de investigación criminal, control de fronteras y formación⁶². Finalmente, es un proceso abierto únicamente a los Estados

⁵⁹ Es interesante destacar que en la Declaración de Intenciones de 17 de septiembre de 2004, que regulaba *Eurogendfor*, se indicaba que la Fuerza de Gendarmería Europea tendría por objeto contribuir tanto a la PCSD como al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, por lo que podía abarcar funciones interpilares. En nuestra opinión, la eliminación de la referencia al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el actual Tratado internacional regulatorio viene dado no sólo por las reticencias de los Estados participantes sino también por la clara voluntad de constituir con *Eurogendfor* el germen de la futura fuerza policial de la PCSD. Ver: «Declaración ministerial de la Conferencia de Compromisos de Capacidades civiles incluida la declaración de los Jefes de policía de la UE», Informe de la Presidencia sobre la PESD, Anexo II del Anexo (Doc. Consejo 16062/04, de 13 de diciembre de 2004), presentado en el Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 2004, *Bol. UE*, n.º 12 (2004): puntos I.1 y ss. Ver: «Declaration of EU Chiefs of Police, following the meeting on police aspects in the ESDP – framework», Warnsveld, the Netherlands, de 25 de octubre de 2004; «Civilian Capabilities Commitment Conference», Ministerial Declaration, Brussels, de 22 de noviembre de 2004, disponible en, www.eurogendfor.org. Igualmente, Donatella D'Acapito, *Eurogendfor: «difesa informale?»* (Torino: L'Indro, 2013); Enrique Esquivel Lalinde, «La nueva Fuerza de Gendarmería Europea», Real Instituto Elcano (*ARI*, n.º 48, de 13 de abril de 2005); Jasna Hadley Stark, «La Force de Gendarmerie Européenne», *Revue du Marché Commun et de l'UE*, n.º 499 (2006): 401-405; Hans Hovens, «The European Gendarmerie Force: Bridging the Public Security Gap?» en, *Gendarmeries and the Security Challenges of 21st Century*, editado por Hans Hovens y Gemma van Elk (The Hague: Koninklijke Marechaussee, 2011), 139-165.

⁶⁰ Esta «Unidad de Policía Integrada» implicaría un contingente policial, con tareas civiles e integrada en una misión de naturaleza militar. La «Unidad de Policía Integrada» realizaría aquellas actividades para las que no están capacitados los contingentes militares.

⁶¹ A fecha de hoy, *Eurogendfor* ha actuado en la Operación *Althea* de la UE en Bosnia-Herzegovina, en la Misión ISAF de la OTAN en Afganistán, y en la Misión de estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH). Ver, Luis Guijarro Márquez, «Elementos policiales en las misiones de reestructuración de los Estados», en *La coordinación de elementos militares, policiales y judiciales en las misiones de reconstrucción de los Estados*, Monografías del CESEDEN (Madrid: Ministerio de Defensa, 2017): 147-175, en 166-175.

⁶² En concreto, en el Tratado internacional que lo regula se incluye las siguientes funciones: a) realizar misiones de seguridad y orden público; b) controlar, asesorar, orientar y supervisar a la policía local en su trabajo cotidiano, incluidas las labores de investigación crimi-

miembros, así como candidatos a la adhesión de la UE con fuerzas policiales con estatuto militar⁶³.

Vemos entonces que *Eurogendfor* está destinado, principalmente, al desarrollo de las operaciones de naturaleza policial en el marco de las denominadas operaciones *Petersberg* y recogidas en el art. 43.1 TUE⁶⁴ y dentro de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD). Respecto a la FIEP, podemos observar dos variantes. En primer lugar, la FIEP permitiría la sincronización y la logística de una buena parte de los cuerpos armados miembros de *Eurogendfor* —aquellos miembros de la UE—, a fin de mejorar la actuación integrada de la misma. En segundo lugar, la participación de cuerpos armados no europeos en la FIEP puede facilitar y mejorar la participación de terceros Estados en operaciones de gestión de crisis de la UE de naturaleza policial y en el marco de la *Eurogendfor*⁶⁵. En efecto, estas operaciones de la UE, al tener una naturaleza abierta, permitirán la participación de Estados no miembros de la UE en las mismas, y a través de contingentes armados y bajo mando europeo. En esta situación, la participación de fuerzas policiales con estatuto militar que, a su vez, pertenezcan a la FIEP, puede ser más ventajosa al ya disponer de un amplio trabajo previo de coordinación y colaboración con fuerzas europeas a través de las Comisiones de la FIEP.

En cuanto a Frontex, la misma actúa en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y estando actualmente regulada por el Reglamento

nal; c) llevar a cabo tareas de vigilancia en lugares públicos, regulación del tráfico, control de fronteras e inteligencia general; d) realizar labores de investigación criminal, entre ellas la investigación de delitos, averiguación del paradero de delincuentes y su puesta a disposición de las autoridades judiciales competentes; e) protección de personas y bienes y mantenimiento del orden público en caso de alteraciones del mismo; f) formación de agentes de policía de acuerdo con los estándares internacionales; g) formación de instructores, en particular a través de programas de cooperación.

⁶³ *Eurogendfor* cuenta actualmente como Estados miembros de pleno derecho a España, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, Rumanía y Polonia; siendo miembro asociado Lituania y miembro observador Turquía.

⁶⁴ Art. 43.1 TUE: «las misiones contempladas en el apartado 1 del artículo 42, en las que la Unión podrá recurrir a medios civiles y militares, abarcarán las actuaciones conjuntas en materia de desarme, las misiones humanitarias y de rescate, las misiones de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, las misiones de prevención de conflictos y de mantenimiento de la paz, las misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz y las operaciones de estabilización al término de los conflictos. Todas estas misiones podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo, incluso mediante el apoyo prestado a terceros Estados para combatirlo en su territorio».

⁶⁵ Ver: Miguel A. Acosta Sánchez, «Política Común de Seguridad y Defensa de la UE y participación de terceros Estados: hacia una cooperación avanzada con Marruecos», en, *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, coordinado por Carmen Martínez Capdevila y Enrique Martínez Pérez (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 329-353.

2019/1896/UE, del Parlamento y del Consejo, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas⁶⁶. El actual desarrollo de la gestión integrada de las fronteras exteriores y su securitarización, ha provocado que la piedra angular de la misma gire entorno a Frontex, a través, esencialmente de sus funciones de control y vigilancia fronteriza. Esta vigilancia de fronteras incluiría⁶⁷:

- a) evitar el cruce no autorizado de las fronteras, hacer frente a la criminalidad organizada transfronteriza y detener a las personas que cruzan ilegalmente las fronteras;
- b) la detención, el abordaje y registro, así como el apresamiento del buque;
- c) medidas positivas como la interceptación de embarcaciones sospechosas de intentar entrar en la Unión sin someterse a controles fronterizos, así como disposiciones dirigidas a abordar las situaciones de búsqueda y salvamento que pueden surgir durante una operación de vigilancia marítima de fronteras y disposiciones destinadas a finalizar con éxito esas operaciones, lo cual incluiría el desembarco en un «lugar seguro»⁶⁸.

Hay que resaltar que las competencias de Frontex, recogidas en el art. 10 del Reglamento 2019/1896/UE, vendrían a representar la transcripción operativa del componente material de la gestión integrada de fronteras exteriores (art. 3), como hemos visto anteriormente⁶⁹. Frontex entonces permite opera-

⁶⁶ Reglamento 2019/1896/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, y por el que se derogan los Reglamentos 2013/1052/UE y 2017/1624/UE (DO, L 295, de 14 de noviembre de 2019).

⁶⁷ Considerando (1) del Reglamento 2014/656/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DO, L 189, de 27 de junio de 2014); y art. 13.1 del Reglamento 2016/399/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO, L 77, de 23 de abril de 2016). Ver: Fancina Esteve García, «The Search and Rescue Tasks Coordinated by the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) Regarding the Surveillance of External Maritime Borders», *Paix et Sécurité Internationale*, n.º 5 (2017): 93-116, doi: https://doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2017.i5.04.

⁶⁸ Podemos entender como «lugar seguro»: un lugar en el que se considera que finaliza una operación de salvamento y donde la seguridad de la vida de los supervivientes no está amenazada, y pueden satisfacerse sus necesidades humanas básicas y encontrarse medios de transporte para su traslado a su destino próximo o final, teniendo en cuenta la protección de sus derechos fundamentales de conformidad con el principio de no devolución. Art. 2.12) del Reglamento 2014/656/UE *cit. supra* nota.

⁶⁹ Respecto a las acciones operativas, a petición de un Estado miembro o por iniciativa de Frontex (art. 42), el Reglamento Frontex de 2019 recoge las siguientes: a) Funcionarios de

ciones entre Estados miembros, pero igualmente con terceros Estados a través de lo que se denomina «acuerdos de trabajo» (art. 73), incluido el intercambio de información. Estos acuerdos, además, deben contar con la aprobación previa de la Comisión Europea y respetar, en todo caso, los derechos fundamentales. Con todo, nos encontramos en este contexto de nuevo una complementación entre la FIEP y Frontex, toda vez que la primera puede facilitar la cooperación con cuerpos armados de terceros Estados, especialmente aquellos que ya son miembros de la *Asociación*. Por otra parte, y en materia de formación, la normativa recogida en el actual Reglamento Frontex⁷⁰, puede representar un importante elemento de cohesión y exportación de la logística y prácticas europeas a otras regiones, tanto del espacio mediterráneo como de América Latina a través de la FIEP⁷¹.

Así, observamos una clara doble vertiente de la FIEP. En efecto, la complementariedad manifiesta que puede jugar la FIEP con *Eurogendfor*, por un lado, y con Frontex, por otro, en cuanto a la potenciación en la participación de terceros Estados, deben ser resaltadas de forma destacable. Así, FIEP representa un interesantísimo foro de debate, pero igualmente de asimilación de los criterios formativos y logísticos europeos hacia otras regiones de interés.

Y es más, esta doble vertiente tiene un impacto considerable en la propia acción europea, toda vez que las cooperaciones policiales analizadas, se desarrollan en dos áreas de la máxima actualidad pero que además poseen un papel esencial en la presencia europea frente a las crisis más destacables hoy en día. *Eurogendfor* representa la cooperación policial en el contexto

enlace en los Estados miembros (art. 31); b) Operaciones conjuntas en las fronteras exteriores (art. 37); c) Intervenciones fronterizas rápidas en las fronteras exteriores (art. 37); d) Equipos de apoyo a la gestión de la migración (art. 40); e) Acciones urgentes en las fronteras exteriores (art. 42); f) Operaciones de retorno (art. 50); g) Equipos de supervisores del retorno forzoso (art. 51); y, h) Intervenciones de retorno (art. 53). En este elenco, se ha añadido como novedad, respecto a la anterior regulación de 2016, los equipos de retorno (art. 52).

⁷⁰ Frontex desarrollará herramientas de formación específicas para sus funciones y competencias, incluyendo las relativas a la protección de menores y de otras personas en situación vulnerable. Esta formación deberá ajustarse a un programa troncal común, basado en los valores consagrados en los Tratados, y en coherencia con las culturas formativas nacionales. La formación se realizará en centros nacionales o bien en centros asociados de Frontex en los Estados miembros. Incluso, se prevé la posibilidad de crear un centro de formación propio. Por otra parte, Frontex establecerá un programa de intercambio de buenas prácticas entre los guardias de fronteras de los Estados miembros, pudiendo, además, organizar actividades formativas en cooperación con Estados miembros y terceros países en su territorio. Ver: Reglamento 2019/1896/UE (Reglamento Frontex), *cit. supra*, nota 66, art. 62.

⁷¹ De hecho, en la Cumbre de Amman, de octubre de 2017, en la Declaración Común se destacaba la importancia de la cooperación con organizaciones regionales e internacionales, concretamente con la Agencia Europea de Fronteras y Guarda Costas (Frontex), así como la Dirección General para Migraciones y Asuntos de Interior de la Comisión Europea.

internacional, a través de operaciones de formación de fuerzas y cuerpos de seguridad o bien como Unidad de Policía Integrada, y teniendo como marco jurídico-político la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD); Frontex, por su parte, es la piedra angular de las cuestiones securitarias y de control fronterizo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, especialmente en lo que se refiere a la lucha contra el tráfico ilícito de inmigrantes por parte de la delincuencia internacional organizada. Por tanto, consideramos que la FIEP actúa y debe actuar como instrumento idóneo para lograr sinergias en materia de formación y operatividades de cualquier acción policial internacional, esencialmente en el marco europeo, pero con participación de terceros Estados. Y es que, frente a los actuales retos y amenazas, la acción integrada y global es, sin duda, la respuesta más eficaz, particularmente en el contexto mediterráneo.

V. Ideas finales

A partir del análisis de la FIEP y su impacto en la gestión integrada de fronteras exteriores, podemos obtener una serie de ideas finales:

En primer lugar, nos encontramos con una clara manifestación de cooperación de carácter informal entre cuerpos civiles con estatuto militar a nivel internacional. Cabe destacar, además, la ampliación del espectro geográfico, inicialmente previsto en el espacio euromediterráneo, pero que rápidamente se ha abierto a otras regiones del mundo donde esta categoría de fuerzas, juegan un papel esencial en el mantenimiento del orden público. Por otra parte, es interesante su vocación de aproximación logística y formativa en la dimensión ad intra, y en la consecución de una Red internacional con estructuras comunes.

En segundo lugar, el hecho de encontrarnos con cuerpos armados de distintas regiones y tradiciones en materia de seguridad conlleva una interesante riqueza de puntos de vista en el foro de diálogo informal creado al efecto. Es más, el reconocimiento expreso de igualdad de derechos y obligaciones de todos los cuerpos armados representa un banco de pruebas a fin de concertar y preparar respuestas conjuntas globales e integradas frente a los riesgos y amenazas actuales, en particular el terrorismo, el crimen organizado y la ciberdelincuencia. En este contexto, es claro que el germen inicial de la FIEP, centrado en el corazón de Europa, concretamente en la franja sur mediterránea, puede implicar una extrapolación de los valores europeos, así como de sus propias estrategias securitarias en otras regiones del mundo, como son América del Sur, África y Oriente Medio.

En tercer lugar, hemos podido comprobar la interesantísima implicación de la FIEP en la gestión integrada de fronteras exteriores, en particular en lo

que respecta a la formación y el intercambio de información. En este contexto debemos destacar la compatibilidad y complementación con las otras modalidades de cooperación policial analizadas, estas son *Eurogendfor* y *Frontex*. En efecto, la FIEP se manifiesta como un instrumento a fin de facilitar la participación de terceros Estados en estructuras creadas a partir de y en el seno de la UE, participación que se manifestaría a través de acuerdos de trabajo o incluso acuerdos internacionales. Ello permitiría la inclusión de Estados no europeos en operaciones de gestión de crisis y misiones de control fronterizo de la UE. Esta función vehicular de la FIEP debe ser especialmente destacada, de tal modo que la inclusión de un cuerpo armado en su seno podría implicar una posición privilegiada e incluso prioritaria a efectos de ser invitado a participar en operaciones europeas.

En cuarto y último lugar, las sinergias de la FIEP con *Eurogendfor* y *Frontex* dejan patente una realidad de importante calado. La dimensión de seguridad exterior de *Eurogendfor* junto con la dimensión de seguridad interior de *Frontex*, convierten a la FIEP en una estructura única y privilegiada de tal forma que aglutine en su seno ambas dimensiones. En efecto, la propia naturaleza de los cuerpos armados con estatuto militar, con una amplia tradición de actuación en la gestión de crisis tanto de carácter interno como internacional, hacen que su refuerzo y armonización a nivel intergubernamental por medio de la FIEP, favorezca la posibilidad de sinergias securitarias integradas. Esto último conlleva, inevitablemente, la consecución de una formación conjunta de estos cuerpos para actuar en las crisis, con independencia de su naturaleza, característica y situación geográfica, y a partir de parámetros comunes, globales y eficaces frente a cualquier riesgo o amenaza. Y, además, en el contexto de la UE se hace más patente por cuanto que las sinergias entre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, por un lado, y la Política Común de Seguridad y Defensa, por otro, son, en nuestra opinión, uno de los elementos más actuales y de mayor proyección operativa de la Unión; por lo que la FIEP, y su labor de concreción de aquellos parámetros comunes, merece un mayor reconocimiento y valoración por los Estados. Y es que la gestión de las crisis en el mundo actual requiere de medidas integradas y recurriendo a todos los medios disponibles, por lo que estructuras como la FIEP, siendo un foro informal de cooperación, representan el mecanismo idóneo para lograr estos objetivos.

Sobre el autor

Miguel Á. Acosta Sánchez, es licenciado y Doctor por la Universidad de Cádiz, premio extraordinario de doctorado, y Diplomado en Derecho Europeo por el Institut d'Études Européennes de la ULB-Bruselas. Es Pro-

esor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Cádiz y profesor visitante en la Universidad de Pisa (Italia). Actualmente es investigador principal del proyecto de I+D «Inmigración marítima, Estrategias de Seguridad y Protección de valores europeos en la región del Estrecho de Gibraltar» (2021-2024). Entre sus líneas de investigación, como miembro del grupo SEJ-572: «Centro de Estudios Internacionales y Europeos del Área del Estrecho - CINTERGIB», destacan cuestiones sobre mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, asilo y refugio, cooperación policial, Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, Política Común de Seguridad y Defensa, y cooperación y fronteras.

About the author

Miguel Á. Acosta Sánchez, holds a Degree and PhD from the University of Cádiz, Extraordinary Doctorate Award, and a Diploma in European Law from the *Institut d'Etudes Européennes* of the ULB-Brussels. He is Associate Professor of International Law and International Relations at the University of Cadiz and visiting professor at the University of Pisa (Italy). He is currently principal Researcher of the R&D project «Maritime Immigration, Security Strategies and Protection of European Values in the Strait of Gibraltar Region» (2021-2024). His lines of research, as a member of the SEJ-572 group: «Centro de Estudios Internacionales y Europeos del Área del Estrecho - CINTERGIB», include issues on peacekeeping and international security, asylum and refuge, police cooperation, European Area of Freedom, Security and Justice, Common Security and Defense Policy, and cooperation and borders.

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 Especialistas en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021pp193-226>

Sumario: I. Introducción.—II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea 1. La responsabilidad política de los comisarios, la responsabilidad extracontractual de la Comisión y el adiós definitivo a la abogada general Sharpston 2. La independencia judicial, de nuevo 3. El pago del canon audiovisual de una radiotelevisión regional alemana y la Unión Económica y Monetaria 4. Las sanciones administrativas penales y el derecho a guardar silencio 5. La aplicación efectiva del Reglamento General de Protección de Datos.—III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada desde España y sus efectos en el derecho interno 1. Cuánto pueden confiar los jueces españoles en los jueces de otros Estados miembros 2. El alcance de la Carta de los Derechos Fundamentales en la aplicación judicial 3. La saga de las cláusulas abusivas, los créditos al consumo y el juez español 4. La responsabilidad por la salida a bolsa de Bankia 5. El alcance del seguro de responsabilidad de vehículos automóviles 6. Tasas municipales y redes electrónicas: *sentencia Orange* 7. El IVA y el impuesto sobre la energía eléctrica: *sentencia Oliva Park* 8. El impuesto sobre depósitos y las libertades económicas fundamentales: *sentencia Novo Banco* 9. La jubilación anticipada y la discriminación de las trabajadoras 10. Los trabajadores a tiempo parcial no son discriminados indirectamente por el Fogasa 11. La equiparación y abuso de los empleados públicos temporales.—IV. Relación de las sentencias comentadas.

I. Introducción

La integración europea no se entendería sin la contribución de los jueces, los supranacionales europeos y los nacionales, al mercado común y al espacio de libertad, seguridad y justicia.

La realización del mercado único europeo tiene que ver con la obligatoriedad de las normas y con su eficacia, lo que traducido al lenguaje del Tribunal de Justicia estará vinculado a los principios del efecto directo y de la primacía del Derecho comunitario europeo acuñados hace ya 60 años.

Ahora mismo, el Derecho de la Unión se enfrenta no solo al reto del mercado sino también al desafío de consolidar un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia para lo que cuenta desde el 1 de diciembre de 2009 con una Carta de derechos fundamentales plenamente efectiva y cuya interpretación concentra las energías de los jueces, europeos y nacionales.

De hecho, en nuestros días se plantea de manera acuciante y en determinados países de la Unión un acoso a la independencia judicial. Desde el Tribunal de Justicia se está respondiendo con firmeza en casos como Polonia, Hungría o Rumanía. Pero también se está planteando la cuestión clave del espacio de libertad, seguridad y justicia, articulado mediante el principio de confianza recíproca entre los jueces nacionales y precisamente el Tribunal Supremo español acaba de preguntarle al Tribunal de Justicia sobre su alcance práctico en el espinoso asunto de los independentistas catalanes contra los que había dictado sendas órdenes europeas de detención y entrega.

En el mismo sentido, la Comisión Europea ha iniciado el 9 de junio de 2021 un procedimiento por incumplimiento contra Bélgica por su legislación relativa a la aplicación de la normativa europea sobre la orden europea de detención y entrega y por la interpretación que de la misma hacen sus tribunales (INFR(2021)2002).

También la Comisión Europea está preocupada por los incumplimientos de Alemania en relación con el Banco Central Europeo. El mismo 9 de junio de 2021 ha remitido una carta de emplazamiento a Berlín como inicio de un recurso por incumplimiento debido a la actuación del Tribunal Constitucional de Karlsruhe y, en particular, a partir de su *sentencia* «*Ultra vires*» en relación con el programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (PPPS) del Banco Central Europeo (sentencia de 5 de mayo de 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15 y 2 BvR 980/16).

La Comisión Europea tiene en cuenta el auto, de 29 de abril de 2021, en el que el Tribunal Constitucional alemán desestima la solicitud de ejecución forzosa de su sentencia al considerar que el Gobierno federal y el *Bundestag*, el Parlamento alemán, habían tomado medidas, en coordinación con el Banco Central Europeo, para ajustarse a las exigencias de su sentencia de 5 de mayo de 2020. Sin embargo, la Comisión considera que la sentencia del Tribunal Constitucional alemán ha vulnerado los principios de autonomía, primacía, efectividad y aplicación uniforme del Derecho de la Unión y con el referido auto no le ha puesto remedio sino que constituye un serio precedente tanto para la futura práctica del propio Tribunal Constitucional ale-

mán como de los Tribunales Supremos, constitucionales y ordinarios de los demás Estados miembros (INFR(2021)2114).

Desarrollaré la *Crónica* correspondiente al primer semestre de 2021 en un contexto caracterizado por la pandemia pero que, según las Estadísticas del Tribunal de Justicia, no ha afectado al desarrollo de la actividad judicial que ha encontrado en las nuevas tecnologías un aliado extraordinario. El trabajo en Luxemburgo es significativo: el Tribunal de Justicia dedica tres cuartas partes de su trabajo a resolver cuestiones prejudiciales y lo hace en una media de 16 meses, aunque el procedimiento prejudicial de urgencia permite responder, en un contexto multilingüe, en menos de cuatro meses.

II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea

Es imposible dar cuenta de toda la jurisprudencia que va elaborando pacientemente el Tribunal de Justicia. De esta exhaustividad se encargan los *Informes* anuales del Tribunal de Justicia. Sin embargo, mi objetivo es más modesto al tratar de tomar el pulso a aquellos aspectos más significativos y, desde luego, en atención a las preferencias del cronista.

1. *La responsabilidad política de los comisarios, la responsabilidad extracontractual de la Comisión y el adiós definitivo a la abogada general Sharpston*

Permítaseme, por ejemplo y con el fin de dar continuidad a lo desarrollado en estas *Crónicas*, recordar, por una parte, que, como era previsible, el Tribunal de Justicia ha cerrado el *caso Dalli*, desestimando mediante la *sentencia Dalli/Comisión*, C-615/19 P, el recurso de casación formulado contra una sentencia del Tribunal General que denegaba cualquier indemnización por responsabilidad de la Comisión Europea. Pero, también, por otra parte, y en este caso con amargura es preciso despedirse definitivamente de la excelente abogada general británica Sharpston.

Sobre la buena noticia, baste recordar que John Dalli fue un comisario maltés al que el presidente de la Comisión Europea le presionó para dimitir por haberse visto implicado en un posible caso de corrupción. Sus recursos contra su dimisión y cese de 16 de octubre de 2012, al término de la reunión con el presidente José Manuel Durão Barroso y el entonces Director del Servicio Jurídico de la Comisión, Luis Romero Requena, fueron infructuosos y ahora sus recursos en busca de responsabilidad extracontractual de la Comisión también han terminado en fracaso.

Quizás lo más reseñable de esta última sentencia del *culebrón Dalli* sea la repetición de la doctrina jurisprudencial conforme a la cual y, por una parte: «para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Unión a la que se refiere el artículo 340 TFUE, párrafo segundo, es necesario que concurran un conjunto de requisitos, a saber, la ilicitud de la actuación imputada a la institución de la Unión, la realidad del daño y la existencia de una relación de causalidad entre la actuación de la institución y el perjuicio invocado»; y, por otra parte, sostiene el Tribunal de Justicia, en relación con la exigencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica cuyo objeto sea conferir derechos a los particulares, que, como ocurre en el caso del desafortunado comisario Dalli, «cuando no se ha demostrado que pueda imputarse una actuación ilegal a una institución de la Unión, el recurso de indemnización debe desestimarse en su totalidad sin que sea necesario examinar la realidad del daño o la existencia de una relación de causalidad entre la actuación de dicha institución y el perjuicio invocado».

La mala noticia está vinculada a los efectos maléficos del Brexit que aquí están representados por el cese abrupto de la excelente abogada general Eleanor Sharpston. Como ya adelanté en la *Crónica* anterior, la denegación de las medidas cautelares solicitadas por la británica eran un mal augurio que ha terminado por confirmarse no solo en el Tribunal General sino, definitivamente, en el Tribunal de Justicia.

El *auto de 16 de junio de 2021, Sharpston, C-684/20 P*, insiste en que el recurso de la británica era inadmisibile en la medida en que atacaba un acto que no era enjuiciable por los tribunales europeos.

El argumento resulta sencillo y demoledor: la decisión del cese como abogada general del Tribunal de Justicia adoptada por la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros se limitó a tomar en cuenta las consecuencias necesarias derivadas de la salida del Reino Unido de la Unión. Desde el 1 de febrero de 2020 ya no es un Estado de la Unión por lo que los mandatos de los miembros de las instituciones, órganos y organismos de la Unión que hayan sido nombrados, designados o elegidos como consecuencia de la pertenencia del Reino Unido a la Unión se consideran automáticamente terminados en esa misma fecha.

2. *La independencia judicial, de nuevo*

Siguiendo la estela del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia ha corroborado el carácter vertebrador de los principios de Estado de Derecho y de separación de poderes. En tres nuevas sentencias vuelve a insistir en la trascendencia de la independencia de los jueces en Polonia, Malta y Rumanía.

En relación con Polonia, la *sentencia A. B. y otros*, C-824/18, se refiere a la legislación polaca y sus reformas con el fin de evitar cualquier control del nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo y de otros tribunales polacos.

La jurisprudencia que deduce el Tribunal de Justicia está en consonancia con las sentencias anteriores adoptadas frente a los cambios legislativos en Polonia en relación con el nombramiento de los jueces. Por una parte, en esta sentencia el Tribunal de Justicia muestra sus dudas sobre la independencia del Consejo del Poder Judicial de Polonia (CNPJ) lo que tiene trascendencia en el nombramiento de los jueces.

Asimismo, el Tribunal de Justicia construye su respuesta a partir de la configuración de la cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE), de la cláusula de cooperación leal (artículo 4.3 TUE), y de las vías de recurso para garantizar la tutela judicial efectiva (artículo 19.1.2 TUE) que hace prevalecer de conformidad con el principio de primacía del Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia es muy claro a la hora de exigir que se produzca «la impermeabilidad de los jueces nombrados sobre la base de las resoluciones del CNPJ controvertidas en los litigios principales frente a elementos externos y, en particular, frente a influencias directas o indirectas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo polacos» porque, de otro modo, estas circunstancias podrían «dar lugar a una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de esos jueces susceptible de menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y un Estado de Derecho» (apartado 139).

En este supuesto no ha de olvidarse que en Polonia se había abierto un frente legislativo e incluso constitucional que respaldaba la actuación del Ejecutivo. Por eso resulta de especial importancia el encarecimiento que hace el Tribunal de Justicia del principio de primacía y llega a decir: «los efectos que se asocian al principio de primacía del Derecho de la Unión se imponen a todos los órganos de un Estado miembro, sin que puedan oponerse a él, en particular, las disposiciones internas relativas al reparto de las competencias judiciales, incluidas las de rango constitucional» (apartado 148).

Respecto de Malta, en la *sentencia Repubblica*, C-896/19, el Tribunal de Justicia acepta el sistema de nombramiento de jueces del Tribunal Supremo pero vuelve a recordar la importancia creciente del principio de separación de poderes y de independencia de los jueces. La sentencia se produce en un litigio en el que una asociación cívica había impugnado ante el Tribunal Constitucional maltés el procedimiento de nombramiento de los miembros de la judicatura previsto en la Constitución.

La primera cuestión que se aclara es la de la aplicación del artículo 19.1.2 TUE sobre las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión y

del artículo 47 de la Carta sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso concreto, el Tribunal de Justicia considera que el enjuiciamiento del procedimiento de nombramiento de los jueces malteses que aplican el Derecho de la Unión debe atenerse al artículo 19.1.2 TUE que, a su vez, debe interpretarse de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 47 de la Carta.

En segundo lugar, la aplicación del referido artículo 19.1.2 TUE se hace descansar en la concepción que tiene el Tribunal de Justicia de las características esenciales de un sistema judicial nacional encargado de la aplicación del Derecho de la Unión. A tal efecto, el Tribunal de Justicia se hace eco de su jurisprudencia conforme a la cual: «las garantías de independencia e imparcialidad exigidas por el Derecho de la Unión postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano jurisdiccional, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a la neutralidad de este ante los intereses en litigio».

Pero también el Tribunal de Justicia invoca el principio de separación de poderes que caracteriza el funcionamiento de un Estado de Derecho e insiste en que debe garantizarse la independencia de los tribunales en particular frente a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. También subraya que es importante que los jueces se encuentren protegidos frente a intervenciones o presiones externas que puedan amenazar su independencia. Y, en fin, a juicio del Tribunal de Justicia, es «necesario asegurarse de que las condiciones materiales y las normas de procedimiento que rigen la adopción de dichas decisiones de nombramiento impiden que se susciten dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de los jueces de que se trate frente a elementos externos y en lo que respecta a la neutralidad de estos, una vez nombrados, ante los intereses en litigio».

En el caso concreto el Tribunal de Justicia constata que, aun cuando el nombramiento de los jueces corresponde al Primer Ministro, la reforma de la Constitución maltesa en 2016, que establece el Comité de Nombramientos Judiciales, puede contribuir, en principio, a objetivar ese proceso, al delimitar el margen de maniobra de que dispone el Primer Ministro. No obstante, puntualiza el Tribunal de Justicia, dicho comité debe disfrutar de una independencia suficiente respecto de los Poderes Legislativo y Ejecutivo y de la autoridad a la que debe informar sobre la evaluación de los candidatos a un cargo judicial.

Además, el Tribunal de Justicia no se opone a que de manera excepcional el Primer Ministro pueda proponer el nombramiento de un juez que no

haya sido propuesto por el Comité de Nombramientos Judiciales pero en este caso debe exponer sus motivos ante el Parlamento y debe hacer pública una motivación que se publica en el Diario Oficial.

Por tanto, concluye su análisis el Tribunal de Justicia considerando que tal modo de proceder en el nombramiento de los jueces malteses no genera por sí mismo «dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de los jueces y magistrados nombrados frente a elementos externos, en particular, frente a influencias directas o indirectas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, o en lo que respecta a la neutralidad de aquellos ante los intereses en litigio ni [pueden], por lo tanto, conducir a una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de dichos miembros de la judicatura capaz de menoscabar la confianza que la justicia debe inspirar a los justiciables en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho».

En fin, respecto de Rumanía la Gran Sala responde, mediante la sentencia *Asociația «Forumul Judecătorilor Din România»*, es decir, la *Asociación Foro de Jueces de Rumanía*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, seis reenvíos prejudiciales de distintos tribunales rumanos que planteaban la conformidad con el Estado de derecho (artículo 2 TUE) y el sistema de recursos garantes de la tutela judicial efectiva (artículo 19.1.2 TUE) de determinadas regulaciones y prácticas referidas a la justicia.

La sentencia se pronuncia sobre las garantías de que debe estar revestido el derecho disciplinario aplicado a los jueces y señala que es necesario evitar cualquier riesgo de que se utilice el régimen disciplinario sobre los jueces como un sistema de control político del contenido de las decisiones judiciales. Por eso, el Tribunal de Justicia subraya la importancia de mantener un conjunto de garantías esenciales para preservar la independencia del poder judicial, por ejemplo, normas que definan los comportamientos constitutivos de infracciones disciplinarias y que prevean las sanciones aplicables por una instancia independiente y que aplique un procedimiento que garantice los derechos fundamentales de la Carta, en particular los derechos de defensa lo que permite impugnar ante los tribunales las decisiones de los órganos disciplinarios, preservando de este modo la independencia del poder judicial.

De este modo, a juicio del Tribunal de Justicia, sería contrario al artículo 19.1.2 TUE un régimen nacional como el rumano que permita al Gobierno nombramientos interinos en los puestos de la Inspección disciplinaria sobre los jueces y los fiscales en la medida en que esta regulación suscita dudas legítimas en cuanto a la utilización de prerrogativas y de funciones de la propia Inspección como instrumento de presión sobre la actividad de los jueces y fiscales o de control político de esta actividad.

Asimismo, el Tribunal de Justicia recuerda que la creación de una Sección especial de Inspección en el Ministerio Fiscal encargada de investigar los delitos cometidos por los jueces podría ser percibida como un instrumento de presión e intimidación frente a los jueces y podría conducir de este modo a una apariencia de ausencia de independencia o de imparcialidad de estos jueces lo que es susceptible de socavar la confianza que la justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y un Estado de Derecho.

También examina el Tribunal de Justicia si el régimen de responsabilidad de los jueces por haber incurrido en un error afecta al valor del Estado de Derecho y al sistema de recursos que garantice una tutela judicial efectiva. Y llega a la conclusión de que no queda comprometido el estatuto de los jueces siempre y cuando una eventual acción de repetición no sea utilizada como instrumento de presión sobre la actividad jurisdiccional y para asegurar el respeto de los derechos de defensa del juez con el fin de que se descarte cualquier duda legítima, en el ánimo de los justiciables, en cuanto a la impermeabilidad de los jueces respecto de elementos exteriores susceptibles de orientar sus decisiones y no elimine la apariencia de independencia o de imparcialidad de estos jueces de modo que pueda afectar a la confianza que la justicia debe inspirar en estos mismos justiciables en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho.

Por último, el Tribunal de Justicia recuerda con vigor la primacía del Derecho de la Unión sobre los derechos nacionales, en concreto sobre la Constitución rumana y la interpretación que pueda deducir su Tribunal Constitucional. Para ello, el Tribunal de Justicia recuerda el principio de interpretación conforme de la Constitución con el Derecho de la Unión y, cuando no sea posible, el Tribunal de Justicia insiste en la obligación del juez de inaplicar las disposiciones nacionales cualquiera que sea su naturaleza, legislativa o constitucional.

3. *El pago del canon audiovisual de una radiotelevisión regional alemana y la Unión Económica y Monetaria*

La Gran Sala se ha pronunciado en la *sentencia Dietrich y Häring*, C-422/19 y C-423/19, sobre el reparto de competencias entre los Estados y la Unión Económica y Monetaria. Los dos litigios que están en el origen de esta cuestión prejudicial se refieren a la impugnación por dos ciudadanos de la prohibición de pago en efectivo del canon audiovisual aplicable en el *Land* alemán de Hesse. La jurisdicción contencioso-administrativa alemana, primero el Tribunal Administrativo de Fráncfort del Meno y luego el Tribunal Superior Administrativo de Hesse, había desestimado sendos re-

cursos de los dos ciudadanos que pretendían pagar en efectivo el canon de la televisión regional. Es el Tribunal Supremo Administrativo el que plantea las cuestiones prejudiciales.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia explica con especial energía que la Unión dispone de competencia exclusiva en el ámbito de la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro y esto quiere decir que se funda en tres elementos: una moneda única (el euro), la definición y la aplicación de una política monetaria única y la definición y la aplicación de una política única de tipos de cambio.

Esto supone que tal competencia exclusiva excluye toda competencia de los Estados miembros en la materia, salvo si actúan facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión. Y, por tanto, incluso si se diera la circunstancia de que la Unión no hubiera ejercido su competencia exclusiva, la adopción o el mantenimiento por un Estado miembro de una disposición incluida en el ámbito de dicha competencia no se podrían justificar por esta mera circunstancia.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia también puntualiza que la competencia exclusiva de la Unión en materia de política monetaria no impide a los Estados miembros cuya moneda es el euro «regular las modalidades de extinción de las obligaciones pecuniarias, tanto de Derecho público como de Derecho privado, siempre y cuando, en particular, dicha regulación no afecte al principio según el cual, por regla general, debe ser posible cumplir una obligación pecuniaria mediante ese pago en efectivo». Y, añade el Tribunal de Justicia, que este permite que un Estado miembro, en el marco del ejercicio de sus competencias propias, como la organización de su Administración pública, adopte una medida que obligue a dicha Administración a aceptar pagos en efectivo por parte de los administrados o que introduzca, por un motivo de interés público, una excepción a esta obligación para los pagos impuestos en virtud de prerrogativas públicas.

En el caso concreto, el Tribunal de Justicia examina si la prohibición del *Land* de Hesse de pagar en efectivo el canon audiovisual era conforme al Derecho de la Unión y, en concreto, si estaba justificada por motivos de interés público y si respondía al principio de proporcionalidad.

Entre los motivos de interés público el Tribunal de Justicia incluye que las deudas monetarias frente a las autoridades públicas puedan ser satisfechas de una manera que no implique para ellas un coste irrazonable que les impediría prestar con menor coste los servicios encomendados.

Y el principio de proporcionalidad se cumple si, por una parte, las medidas controvertidas no sobrepasan los límites de lo que es necesario para alcanzar los objetivos que se pretende conseguir. En este caso las alternativas al pago en efectivo son la domiciliación, la transferencia individual o la orden permanente. Y, por otra, si la alternativa es a la vez idónea y neces-

ria para alcanzar el objetivo consistente en recaudar efectivamente el canon audiovisual, en este caso, evitar que la Administración se arriesgue a sufrir una carga económica irrazonable por el coste que supondría el establecimiento generalizado de un procedimiento que permitiera a los contribuyentes pagar en metálico el canon audiovisual.

4. *Las sanciones administrativas penales y el derecho a guardar silencio*

La *sentencia Consob*, C-481/19, pronunciada por la Gran Sala, es de especial importancia porque, por una parte, responde una cuestión prejudicial de interpretación y de validez planteada por el Tribunal Constitucional italiano, y porque, por otra parte, se refiere a la interpretación de un derecho fundamental derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de derechos fundamentales de la Unión.

Se trata de un asunto que tiene su origen en la imposición por la Comisión Italiana del Mercado de Valores (Consob) de dos multas por uso de información privilegiada y por su divulgación. En la *sentencia Consob* el Tribunal de Justicia delimita el derecho a guardar silencio en un procedimiento de carácter penal remitiéndose tanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de Estrasburgo como a la Carta y a su propia jurisprudencia.

En efecto, el Tribunal de Justicia considera, de conformidad con el Tribunal Europeo de Estrasburgo, que «el derecho a guardar silencio no puede limitarse razonablemente a la confesión de actos ilícitos o a las observaciones que inculpen directamente al interesado, sino que abarca también información sobre cuestiones de hecho que puedan utilizarse posteriormente en apoyo de la acusación y afectar así a la condena o sanción impuesta a dicha persona». Ahora bien, esto no significa que este derecho fundamental pueda «justificar cualquier falta de cooperación con las autoridades competentes, como sucede en el caso de una negativa a presentarse a una audiencia prevista por estas o maniobras dilatorias dirigidas a aplazar su celebración».

Este derecho a guardar silencio se aplica en el caso de «sanciones penales» que identifica el propio Tribunal de Justicia de acuerdo con tres criterios: la calificación jurídica de la infracción en el Derecho interno, la propia naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción que puede imponerse al interesado.

A continuación, el Tribunal de Justicia comprueba si tanto la Directiva 2003/6/CE sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado como el Reglamento (UE) n.º 596/2014 sobre el abuso de mercado exigen establecer e imponer sanciones en caso de falta de cooperación en las investigaciones.

Finalmente, el Tribunal de Justicia establece que «entre las garantías que se derivan de los artículos 47, párrafo segundo, y 48 de la Carta, y tienen la obligación de respetar tanto las instituciones de la Unión como los Estados miembros cuando estos aplican el Derecho de la Unión, figura, en particular, el derecho a guardar silencio de una persona física «acusada» en el sentido de la segunda de estas disposiciones».

Ahora bien, la Directiva 2003/6/CE sobre abuso del mercado y el Reglamento (UE) n.º 596/2014 sobre el abuso de mercado «no exigen que una persona física sea sancionada por su negativa a dar a la autoridad competente respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal». Por tanto, el Tribunal de Justicia descarta la invalidez de estas normas de Derecho derivado.

5. *La aplicación efectiva del Reglamento General de Protección de Datos*

La *sentencia Facebook Ireland y otros*, C-645/19, constituye una guía muy útil para aplicar el Reglamento General de Protección de Datos porque resuelve problemas esenciales sobre su aplicación en la Unión Europea.

El litigio surge ante los tribunales belgas entre la Autoridad de Protección de Datos de Bélgica y Facebook, tanto la filial establecida en Bruselas como la del establecimiento principal en Irlanda. En instancia el juez belga había ordenado la cesación de determinadas actuaciones de Facebook que afectaban a la protección de datos. En apelación, el tribunal plantea varias preguntas al Tribunal de Justicia.

La cuestión más relevante es sin duda la relativa al funcionamiento coordinado de las Autoridades Nacionales de Protección de Datos pero también deja claro el Tribunal de Justicia la concepción del Reglamento General de Protección de Datos. Asimismo, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la transitoriedad que se produce entre la antigua Directiva 95/46/CE y el nuevo Reglamento General de Protección de Datos, en vigor el 25 de mayo de 2018. Y sobre el efecto directo de determinadas disposiciones del Reglamento.

En primer lugar y a juicio del Tribunal de Justicia, a falta de normas transitorias del Reglamento, se aplican los principios conforme a los cuales: «en general, las normas de procedimiento son aplicables en la fecha en que entran en vigor, a diferencia de las normas sustantivas, que habitualmente se interpretan en el sentido de que solo contemplan situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor en la medida en que de sus términos, finalidad o sistema se desprenda claramente que debe atribuírseles dicho efecto».

En segundo lugar y por lo que se refiere al efecto directo, el Tribunal de Justicia con pedagogía explica cómo se aplican los reglamentos de la Unión:

por una parte, dice el Tribunal de Justicia, «en virtud del artículo 288 TFUE y en razón de la propia índole de los Reglamentos y de su función en el sistema de fuentes del Derecho de la Unión, sus disposiciones tienen, por regla general, efecto directo en los ordenamientos jurídicos nacionales, sin necesidad de que las autoridades nacionales adopten medidas de aplicación»; pero, por otra parte, «algunas de estas disposiciones pueden requerir, para su ejecución, la adopción de medidas de aplicación por los Estados miembros». En el caso del artículo 58.5 del Reglamento «tiene efecto directo, de modo que una autoridad de control nacional puede invocarla para ejercitar o retomar una acción contra particulares, aun cuando dicha disposición no se haya aplicado específicamente en la legislación del Estado miembro de que se trate». Baste recordar la importancia de esta disposición conforme a la cual «Cada Estado miembro dispondrá por ley que su autoridad de control esté facultada para poner en conocimiento de las autoridades judiciales las infracciones del presente Reglamento y, si procede, para iniciar o ejercitar de otro modo acciones judiciales, con el fin de hacer cumplir lo dispuesto en el mismo».

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia explica el sistema de aplicación administrativa de la protección de datos en la Unión. A tal efecto, se prevé el establecimiento de una autoridad de control en cada Estado miembro (formada por una o varias autoridades públicas independientes) que debe actuar coordinadamente con las demás autoridades nacionales de control cuyo ámbito de actuación es el de cada Estado miembro. Ahora bien, en los tratamientos transfronterizos interviene una autoridad de control principal y una o varias autoridades de control interesadas que están sometidas a un mecanismo de cooperación, en el que interviene el Comité Europeo de Protección de Datos, o por utilizar la expresión del Tribunal de Justicia: «la autoridad de control principal, en el ejercicio de sus competencias, no puede prescindir de un diálogo indispensable y de una cooperación leal y efectiva con las demás autoridades de control interesadas».

Ahora bien, no puede olvidarse que en supuestos excepcionales las autoridades de control interesadas podrán intervenir. La premisa del Tribunal de Justicia es esta: «las normas de reparto de competencias decisorias entre la autoridad de control principal y las demás autoridades de control previstas en dicho Reglamento se entienden sin perjuicio de la responsabilidad que incumbe a cada una de esas autoridades de contribuir a un elevado nivel de protección de tales derechos, respetando dichas normas y las exigencias de cooperación y de asistencia mutua». Y la regla de intervención subsidiaria de la autoridad de control interesadas dice: «el ejercicio de la facultad de una autoridad de control de un Estado miembro de dirigirse a los órganos jurisdiccionales de su Estado no puede excluirse cuando, después de haber requerido la asistencia mutua de la autoridad de control principal,

en virtud del artículo 61 del Reglamento 2016/679, esta última no le facilite la información solicitada». Y en estos supuestos el Tribunal de Justicia también le indica al tribunal belga que la actuación de la autoridad de control interesada que intervenga excepcionalmente puede hacerlo respecto no solo del establecimiento principal sino cualquier otro establecimiento. De modo que en los casos de la intervención de la autoridad de control belga el alcance de su actuación se refiere no solo a Facebook Belgium sino también a Facebook Ireland.

En suma, esta sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia traza los principios básicos de funcionamiento el mecanismo institucional de aplicación del Reglamento General de Protección de Datos que, no lo olvidemos, constituye el desarrollo legislativo de los derechos consagrados en los artículos 7 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 8 de la Carta y en el artículo 16 TFUE (derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan).

III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada desde España y sus efectos en el derecho interno

La implicación de los jueces españoles en la integración europea está fuera de toda duda y resulta significativo que no dejan de aumentar las cuestiones prejudiciales resultando realmente difícil dar cuenta, aun cuando sea resumidamente, de las respuestas del Tribunal de Justicia a las preguntas «españolas».

Ahora bien, en este caso destaca la reciente pregunta que acaba de hacer la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre la orden europea de detención y entrega y son destacables las respuestas dadas en este semestre por el Tribunal de Justicia en los temas tradicionales como las cláusulas abusivas en los contratos de los consumidores o la protección de los trabajadores temporales y a tiempo parcial.

En esta *Crónica* es preciso congratularse de que España haya propuesto a una excepcional jurista y juez de carrera, Lourdes Arastey Sahún, antigua miembro de la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea y magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como futura juez del Tribunal de Justicia.

Sin embargo, hay que lamentar la incuria del legislador español que ha sido condenado por el Tribunal de Justicia a una multa de 15 millones de euros por no haber transpuesto la Directiva (UE) 2016/680 sobre datos personales en el ámbito penal. Adicionalmente, el Tribunal de Justicia fijó una multa coercitiva diaria de 89.000 euros para el caso de que al dictarse la sentencia persistiese el incumplimiento del legislador español.

La *sentencia Comisión / España (Directiva datos personales — Ámbito penal)*, C-658/19, es un ejemplo especialmente negativo de algunas deficiencias en la participación española en la Unión Europea. No tiene justificación alguna que una Directiva de tanta trascendencia y cuyo plazo de transposición terminó el 6 de mayo de 2018. Hasta que el *BOE* de 27 de mayo de 2021 no publicó la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, las multas coercitivas han ido aplicándose. Se puede cuantificar bien el retraso en la transposición: ¡¡¡más de 23 millones de euros!!!

1. *Cuánto pueden confiar los jueces españoles en los jueces de otros Estados miembros*

El planteamiento de la cuestión prejudicial de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo adoptó la forma de auto de 9 de marzo de 2021, recurso n.º 20907/2017, ES:TS:2021:2544A, ponente: Llàrena Conde, y se tramita como procedimiento C-158/21, Puig Gordi y otros, ante el Tribunal de Justicia.

En este caso el Juez instructor se refiere a las cuatro órdenes de detención europea emitidas en octubre y noviembre de 2019 contra los procesados por los delitos de sedición y malversación de caudales públicos, acordando su búsqueda e ingreso en prisión (el expresidente de la Generalitat de Cataluña Carles Puigdemont, y los exconsejeros Antonio Comín, Lluís Puig y Clara Ponsatí). Los tres primeros están huidos a Bélgica y la última está en Escocia. Los Sres. Puigdemont y Comín, adquirieron la condición de eurodiputados. Y en este caso particular el origen de la cuestión prejudicial está en que la orden europea emitida contra el Sr. Puig Gordi fue rechazada por los tribunales belgas: el 7 de agosto de 2020, por el Juzgado neerlandófono de Primera instancia de Bruselas (Sala correccional de deliberaciones 27.^a), confirmada por sentencia de 7 de enero de 2021 por el Tribunal de Apelación de Bruselas.

La cuestión prejudicial no deja de ser comprometedora en la medida en que las preguntas del Tribunal Supremo español pretenden, por una parte, saber si puede volver a emitir una orden europea de entrega y, por otra parte, si la actuación de los jueces del Estado de ejecución, en este caso de Bélgica, ha sido conforme con el Derecho de la Unión.

Precisamente el hecho de que gran parte de la cuestión prejudicial se pregunte por el comportamiento de los tribunales belgas que rechazaron la ejecución de la orden europea de detención emitida por el Tribunal Supremo español, le hace subrayar al Tribunal Supremo español la posibilidad de que «por parte del Estado español se pueda llegar a plantear un recurso por incumplimiento en los términos del art. 259 del Tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea»; a lo que podría añadirse que también por parte de la Comisión Europea, habilitada y habitualmente la institución por antonomasia para interponer recursos por incumplimiento, en este caso contra Bélgica.

El 9 de junio de 2021 la Comisión Europea ha iniciado un procedimiento por incumplimiento contra Bélgica, pero paradójicamente también ha enviado al mismo tiempo cartas de emplazamiento contra España y otros tres países más (de hecho y en estos momentos 15 de los 27 Estados de la Unión no cumplen, a juicio de la Comisión, la Decisión Marco 2002/584/JAI, bien por deficiencias en su legislación bien por la interpretación que de la misma hacen sus tribunales (INFR(2021)2002).

En su resumen inicial del objeto de la cuestión prejudicial, el instructor del Tribunal Supremo lo explica meridianamente: la interpretación de la Decisión Marco 2002/584/JAI, «a los efectos de que el órgano judicial remitente, a la vista de la respuesta que ofrezca el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el alcance de las posibilidades de emisión de una ODE y de las razones para su denegación, pueda adoptar una decisión concreta en torno a mantener, retirar o emitir nuevas ODEs respecto de todos o algunos de los copartícipes procesados en esta causa».

Ahora bien, la cuestión prejudicial española revela el disgusto que supone la interpretación por los tribunales belgas de la orden europea de detención y se manifiesta claramente cuando señala: «El principio de confianza en los sistemas de los Estados de la Unión y de reconocimiento mutuo de sus resoluciones se transmuta en un principio de desconfianza».

Es difícil predecir la posición final del Tribunal de Justicia pero hay probabilidades de que considere, al menos en parte, que la cuestión prejudicial es, en realidad, un recurso por incumplimiento contra Bélgica y sus tribunales. Sin embargo, también debe ponderar el Tribunal de Justicia que la actuación de los jueces belgas ha sido manifiestamente mejorable y que con ese tipo de actuaciones se pone en peligro la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea.

2. *El alcance de la Carta de los Derechos Fundamentales en la aplicación judicial*

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 17 de Barcelona planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Carta Europea de la Autonomía Local, de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión y del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance del derecho a la libertad de expresión del Ayuntamiento de Les Cabanyes que había reprobado, adhiriéndose a la Resolución del Parlamento de Cataluña, la actuación del Rey Felipe VI en relación con el proceso independentista.

Ahora bien, por un auto de 6 de mayo de 2021, *Administración General del Estado / Ayuntamiento de Les Cabanyes*, C-679/20, el Tribunal de Justicia inadmite la cuestión al considerar que, por una parte, un tratado adoptado en el seno del Consejo de Europa, la Carta Europea de la Autonomía Local, no forma parte del Derecho de la Unión; y, por otra parte, la pretensión de que se aplique la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, el artículo 11 relativo al derecho a la libertad de expresión, también es desestimada dado que «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». Por tanto, tampoco, ni siquiera indirectamente, es aplicable el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión.

Así pues, esta cuestión prejudicial tan poco afortunada técnicamente es inadmitida por el Tribunal de Justicia porque el reenvío no tiene que ver con el Derecho de la Unión. De hecho, el Tribunal de Justicia le reprocha al juez barcelonés que ni siquiera sepa citar adecuadamente el fundamento del propio reenvío prejudicial.

3. *La saga de las cláusulas abusivas, los créditos al consumo y el juez español*

El Tribunal de Justicia ya está respondiendo por autos a las insistentes cuestiones prejudiciales remitidas por los tribunales españoles que, a pesar de contar, por lo general, con indicaciones claras, pretenden cerrar algunos aspectos muy particulares sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, con un poco de mayor novedad, respecto de la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo. Aquí se da cuenta de cuatro de estos autos.

En primer lugar, el *auto CDT*, C-321/20, responde una cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona en un litigio sobre un préstamo de 5.133 euros que debía ser devuelto en seis años. Se preveía que para el caso de impago de una cuota el prestamista podía declarar el vencimiento anticipado del préstamo. Una vez que se dejaron de pagar seis cuotas, CDT reclamó ante el Juzgado que, en primera instancia, anuló la cláusula abusiva y desestimó la demanda.

El Tribunal de Justicia señala su competencia para interpretar la Directiva 93/13/CEE y se refiere al carácter declarativo y no constitutivo de su jurisprudencia, a saber: «una sentencia prejudicial no tiene un valor constitutivo, sino puramente declarativo, con la consecuencia de que sus efectos se remontan, en principio, a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada».

Por tanto, el Tribunal de Justicia señala que el único límite a esta jurisprudencia europea es una interpretación *contra legem* de la Directiva; en cambio, cuando se trata de una interpretación conforme con la Directiva tiene efectos incluso contra la jurisprudencia nacional. Dicho en palabras del Tribunal de Justicia: «un tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar una norma nacional de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que esa norma se haya interpretado reiteradamente en un sentido que no es compatible con ese Derecho».

A las preguntas de la Audiencia barcelonesa, el Tribunal de Justicia contesta: «el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible». Sobre este particular, la finalidad de esta interpretación del Tribunal de Justicia es que no se elimine «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, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales».

En segundo lugar, el *auto Ibercaja Banco*, C-13/19, responde la cuestión prejudicial remitida por la Audiencia Provincial de Zaragoza en un litigio relativo a un préstamo hipotecario a interés variable con una cláusula suelo, el interés mínimo aplicable, que, a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 2013, fue renegociado y objeto de una novación para cuya firma la entidad bancaria permitió que los clientes asistieran con su asesor pero sin poder sacar el contrato de la oficina sin haberlo firmado. En el nuevo contrato se incluyó una cláusula en virtud de la cual los prestatarios renunciaban a ejercitar cualquier acción judicial contra el prestamista.

A pesar de la *sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco* (C-452/18, EU:C:2020:536), la Audiencia aragonesa decidió mantener la cuestión prejudicial que, ahora, contesta el Tribunal de Justicia mediante simple auto.

Por una parte, el Tribunal de Justicia subraya que el derecho a la protección efectiva del consumidor comprende su facultad de renunciar a hacer valer sus derechos pero esta renuncia debe otorgarse mediante un consentimiento libre e informado. En cambio, a juicio del Tribunal de Justicia, «la cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor».

Por otra parte, el mismo Tribunal europeo llega a la conclusión de que las circunstancias concurrentes de la firma de la cláusula de novación apuntan a que se trata de una cláusula que no ha sido negociada individualmente aunque los clientes hubiesen escrito con su puño y letra que comprendían el mecanismo de la cláusula suelo.

En fin, por lo que se refiere a las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia del profesional, en este caso del banco, deben ser objeto de control por el juez nacional. El Tribunal de Justicia se refiere al principio de transparencia y subraya que, en relación con la nueva cláusula suelo, «debe situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de tal cláusula».

En tercer lugar y en el mismo sentido, el Tribunal de Justicia aplica la referida *sentencia Ibercaja* mediante el *auto UP / Banco Santander*, C-268/19. Es a requerimiento del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Ourense y en relación con la novación de un préstamo hipotecario abusivo, lo que permite al Tribunal de Justicia reiterar que un consumidor puede renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula mediante un contrato de novación cuya consecuencia es que este renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de tal cláusula, siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado.

Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia vuelve a recordar su jurisprudencia conforme a la cual: «la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con la fecha de celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en esa fecha y que eran susceptibles de influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que es posible que una cláusula contractual entrañe un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato».

El cuarto es el *auto Banco Santander*, C-503/20, se refiere a los contratos de créditos al consumo y resuelve la cuestión de las cláusulas usurarias de las denominadas tarjetas *revolving*. En este caso la Audiencia Provincial de Las Palmas le preguntaba al Tribunal de Justicia en un litigio relativo a un contrato de una tarjeta con un límite de crédito de 3.000 euros y una TAE del 26,82%.

El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la interpretación de las Directivas sobre los contratos de crédito al consumo, cuya última versión ahora vigente se recoge en la Directiva 2008/48/CE. A tal efecto, comprueba que en España la legislación aplicable sobre la usura prevé, tal como la interpreta el Tribunal Supremo, que las TAE de los contratos de préstamo al consumo que superan el doble del tipo de interés medio español se consideran usurarias y, en consecuencia, los contratos son nulos.

Ahora bien, a juicio del Tribunal de Justicia el hecho de que se indique la TAE en el contrato de crédito reviste una importancia esencial por cuanto permite que el consumidor valore el alcance de su obligación. Sin embargo, las Directivas europeas aplicables en este caso no impiden una legislación y una interpretación jurisprudencial como la que se hace en España.

4. *La responsabilidad por la salida a bolsa de Bankia*

La *sentencia Bankia*, se pronuncia sobre la eventual responsabilidad de este banco frente a un inversor, en este caso una aseguradora, que había adquirido 160.000 acciones por 600.000 euros como consecuencia de la salida a bolsa de este banco español en 2011 y que poco después perdieron casi todo su valor.

El Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 2003/71, que, no obstante, fue derogada y sustituida por el Reglamento (UE) 2017/1129, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado.

La primera cuestión se refiere a si en el caso de una oferta mixta, que se dirige tanto a inversores cualificados como minoristas, la información contenida en el folleto los ampara a todos. Pues bien, a juicio del Tribunal de Justicia, todos los inversores, minoristas y cualificados, disponen del folleto que debe contener información completa y fiable que es legítimo invocar por cualquiera de ellos y debe poder iniciarse una acción de responsabilidad civil por la información de dicho folleto, cualquiera que sea la condición del inversor que se considere perjudicado.

La segunda cuestión tiene que ver con la legislación española que trata con más rigor a los inversores cualificados. A tal efecto, el Tribunal de Justicia señala que la Directiva 2003/71 concede a los Estados miembros un margen amplio de apreciación a la hora de fijar los términos del ejercicio de la acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto.

Esto exige que el Derecho español cumpla los principios de equivalencia (que las disposiciones procesales nacionales que rigen situaciones sujetas al Derecho de la Unión no serán menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas a Derecho interno) y de efectividad (que esas mismas disposiciones no hagan imposible ni excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión).

Lo que traducido al Derecho español significa que en un supuesto de ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de un inversor cualificado por la información contenida en el folleto el juez puede tomar en consideración que dicho inversor tenía o debía tener conocimiento de la situación económica del emisor de la oferta pública de suscripción de acciones en función de sus relaciones con este y al margen del folleto, o incluso obli-

guen al juez a tomar en consideración tal hecho, siempre que las citadas disposiciones no sean menos favorables que las que rijan acciones similares previstas en el Derecho español ni surtan el efecto práctico de hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de la acción de responsabilidad.

5. *El alcance del seguro de responsabilidad de vehículos automóviles*

La *sentencia Van Ameyde España*, C-923/19, responde una cuestión prejudicial remitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con el alcance del seguro de responsabilidad de vehículos automóviles y que pretende interpretar la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles.

En este caso se produjo un accidente con un vehículo articulado formado por un camión-tractor y un semirremolque, asegurados por dos compañías distintas. Fue el semirremolque el dañado por causa en exclusiva del conductor del camión.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia interpreta que todo remolque o semirremolque está sujeto a la obligación de aseguramiento esté enganchado o no a otro vehículo.

Pero, a continuación, el Tribunal de Justicia puntualiza que «la obligación de cobertura por el seguro de responsabilidad civil de los daños causados a los terceros por la circulación de vehículos automóviles es distinta del alcance de la indemnización de estos daños en virtud de la responsabilidad civil del asegurado».

En este sentido, señala que la Directiva no tiene por objeto restringir el círculo de las personas protegidas, sino que, por el contrario, ha hecho obligatoria la cobertura de los daños sufridos por determinadas personas consideradas especialmente vulnerables. Sin embargo, no es el caso del propietario o el poseedor de un semirremolque dañado.

Por tanto y en este supuesto, la Directiva 2009/103 no impide interpretar el Derecho español que excluye de la cobertura y, por tanto, de la indemnización, por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de un camión-tractor, los daños materiales causados por este al semirremolque enganchado a él cuando tuvo lugar el accidente.

6. *Tasas municipales y redes electrónicas: sentencia Orange*

Se está generalizando el intento de anular determinados tributos invocando su disconformidad con el Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia, a requerimiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, dictó la *sentencia de Ayuntamiento de Pamplona / Orange España*, C-764/18, donde interpreta la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas en relación con su aplicación a una tasa por aprovechamiento del dominio público de 2014 por la actividad de telefonía fija y de acceso a Internet.

La respuesta a la primera cuestión dada por el Tribunal de Justicia es que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que es aplicable también a las empresas que prestan servicios de telefonía fija y de acceso a Internet.

En cambio, la segunda cuestión sobre la conformidad de la tasa municipal de Pamplona con la Directiva, el Tribunal de Justicia explica, en primer lugar, que esta tasa municipal no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 12 de la Directiva al no tener por objeto cubrir los gastos administrativos globales relativos a las actividades de la autoridad nacional de reglamentación, es decir, no puede calificarse de «tasa administrativa».

Pero tampoco, en segundo lugar, la tasa está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 13 de la Directiva porque, en esencia, la tasa por aprovechamiento del dominio público no se limita únicamente a los operadores que suministran redes o servicios de comunicaciones electrónicas o a quienes disfrutaban de los derechos previstos en el artículo 13 de la Directiva de autorización.

Así pues, todo parece indicar que la Directiva 2002/20/CE no afecta a la legalidad de la Ordenanza municipal de Pamplona.

7. El IVA y el impuesto sobre la energía eléctrica: sentencia *Oliva Park*

Nuevamente el intento de cuestionar un tributo tiene su dimensión europea y así ha ocurrido con el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, especialmente cuestionado ante el Tribunal Constitucional y ante el Tribunal de Luxemburgo.

El Tribunal de Justicia, a requerimiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Comunidad Valenciana, dictó la *sentencia Oliva Park*, C-220/19, sobre la compatibilidad del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, con tres Directivas: la Directiva 2008/118/CE sobre impuestos especiales, la Directiva 2009/28/CE relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y la Directiva 2009/72/CE sobre el mercado interior de la electricidad.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia señala que la Directiva 2008/118/CE sobre impuestos especiales no impide una regulación como

la del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica. En efecto, a juicio del Tribunal de Justicia el impuesto español se calcula en función exclusivamente de la condición de productor de electricidad, sobre la base de los ingresos de los sujetos pasivos parcialmente fijados y, por tanto, con independencia de la cantidad de electricidad efectivamente producida e incorporada al sistema eléctrico. Por tanto, no constituye un impuesto indirecto que grave directa o indirectamente el consumo de electricidad y, en consecuencia, no está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/118.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que la posibilidad prevista en la Directiva 2009/28 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables de que los Estados miembros establezcan sistemas de apoyo para promover la utilización de la energía procedente de fuentes renovables, en su caso en forma de exenciones o desgravaciones fiscales, no implica en absoluto que no se pueda gravar a las empresas que desarrollan esas fuentes de energía.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia también concluye que el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica no está incluido en el ámbito de aplicación del régimen europeo de ayudas de Estado.

En cuarto lugar, la Directiva 2009/72/CE sobre el mercado interior de la electricidad no constituye una medida relativa a la aproximación de las disposiciones fiscales de los Estados miembros por lo que el principio de no discriminación de esta Directiva no se aplica al impuesto español que grava la producción e incorporación al sistema eléctrico de electricidad en el territorio de un Estado miembro.

8. *El impuesto sobre depósitos y las libertades económicas fundamentales:* sentencia *Novo Banco*

También se ha impugnado, invocando el Derecho de la Unión Europea, el impuesto andaluz sobre los depósitos en las entidades de crédito, en este caso atacando su incompatibilidad con el IVA, con la libertad de establecimiento y con la libre circulación de capitales. El Tribunal de Justicia se pronuncia a requerimiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en la *sentencia Novo Banco / Junta de Andalucía*, C-712/19.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia señala que el mantenimiento o el establecimiento de impuestos, derechos y gravámenes solo están autorizados si no pueden asimilarse a un impuesto sobre el volumen de negocios.

La Directiva del IVA no se opone al mantenimiento o al establecimiento de un impuesto que no tenga una de las características esenciales del

IVA. Estas características son cuatro, a saber, la aplicación del IVA con carácter general a las transacciones que tengan por objeto bienes o servicios; la determinación de su cuota en proporción al precio percibido por el sujeto pasivo como contraprestación de los bienes que entregue o de los servicios que preste; la recaudación del impuesto en cada fase del proceso de producción y de distribución, incluido el de la venta al por menor, con independencia del número de transacciones efectuadas anteriormente, y, por último, la deducción, respecto del IVA devengado por un sujeto pasivo, de los importes abonados en las etapas anteriores del proceso de producción y de distribución, de manera que, en una fase determinada, el impuesto se aplica solo al valor añadido en esa fase y su carga final recae en definitiva sobre el consumidor.

En este caso el impuesto andaluz no constituye ni un impuesto sobre el volumen de negocios ni un tributo asimilable al IVA.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia señala que determinados aspectos de la regulación del impuesto andaluz son contrarios a la libertad de establecimiento. Sobre este particular, el artículo 49 TFUE, que consagra la libertad de establecimiento, se opone al impuesto andaluz en la medida en que establece una deducción general de 200.000 euros únicamente en favor de aquellas entidades de crédito cuyo domicilio social se encuentre en Andalucía porque establece una diferencia de trato entre, por un lado, las entidades de crédito cuyo domicilio social se encuentra en Andalucía, que disfrutan de la ventaja fiscal derivada de la deducción en cuestión, y, por otro, aquellas cuyo domicilio social se encuentra en otra región de España o en otro Estado miembro, que no disfrutan de dicha deducción y que, por tanto, están sometidas a una tributación más elevada.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia considera que el artículo 63 TFUE sobre la libre circulación de capitales se opone a unas deducciones de la cuota íntegra de dicho impuesto por importes equivalentes a los créditos, préstamos e inversiones destinados a proyectos realizados en Andalucía, en la medida en que el objetivo de dichas deducciones es puramente económico para incentivar la inversión en esa región y promover el ahorro regional.

9. *La jubilación anticipada y la discriminación de las trabajadoras*

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en dos sentencias, la *sentencia INSS / BT*, C-843/19, y la *sentencia YJ / INSS*, C-130/20, sobre la conformidad de la regulación española de los complementos de pensión de las madres 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.

En la *sentencia INSS / BT* la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña preguntaba si era discriminatoria la negativa de la Seguridad Social española a reconocer una jubilación anticipada de una empleada del hogar al cumplir los 63 años ya que el importe de la pensión que percibiría era inferior a la cuantía de la pensión mínima que le correspondería por su situación familiar al cumplimiento de 65 años de edad.

Por una parte, el Tribunal de Justicia comprueba que la discriminación denunciada no es directa porque se aplica por igual a trabajadores y a trabajadoras. Por otra parte y en cuanto a la discriminación indirecta por razón del sexo, el Tribunal de Justicia la define en estos términos: «una situación en la que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios».

Y, a partir de la definición el Tribunal de Justicia indaga si se ha producido la discriminación en este caso en aplicación de la legislación española.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia admite que se produzca una discriminación para lo cual le indica al juez que debe tener en cuenta las estadísticas y, en particular, se refiere a los datos que deben tomarse en consideración, a saber, «no solo los afiliados al régimen especial, sino también el conjunto de los trabajadores sujetos al régimen general de la seguridad social española, dentro del cual están integrados los afiliados al régimen especial, ya que la normativa [española] se aplica a todos los afiliados a dicho régimen general». No obstante, el juez debe tomar en consideración el número de jubilados que perciben un complemento a la pensión para alcanzar la cuantía de la pensión mínima legal y debe compararlo con el número total de jubilados sujetos a ese régimen.

En cualquier caso, le explica el Tribunal de Justicia a la Sala de lo Social de Barcelona: si las estadísticas presentadas pusieran en evidencia el hecho de que entre las nuevas jubiladas sujetas al régimen general de la seguridad social el porcentaje de quienes han cotizado más de 35 años y perciben un complemento a la pensión es considerablemente más elevado que el registrado entre los nuevos jubilados sujetos a ese mismo régimen, cabría considerar que el artículo 208.1.c) de la LGSS supone una discriminación indirecta por razón de sexo contraria a la Directiva 79/7, a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Así pues, caben excepciones justificadas y proporcionadas a una normativa nacional de esta naturaleza.

Por una parte, si el órgano jurisdiccional remitente llegara a constatar que responde a un objetivo legítimo de política social, es adecuada para al-

canzar este objetivo y es necesaria a tal fin, entendiéndose que solo puede considerarse apta para garantizar el objetivo invocado si responde verdaderamente al empeño de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática. De hecho, el Tribunal de Justicia apunta que en este caso así podría ocurrir porque los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación al elegir las medidas que permitan alcanzar los objetivos de su política social y de empleo y la atribución de unos ingresos iguales al mínimo social forma parte de la política social de los Estados miembros y, por otra parte, el abono de un suplemento compensatorio que pretende garantizar medios mínimos de subsistencia a su beneficiario, en los casos en que la pensión sea insuficiente, constituye un objetivo legítimo de política social que es ajeno a cualquier discriminación basada en el sexo.

Por otra parte, también el Tribunal de Justicia insiste en que «si bien las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos, los objetivos consistentes en asegurar la financiación sostenible de las pensiones de jubilación pueden, en cambio, considerarse, habida cuenta del amplio margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, objetivos legítimos de política social que son ajenos a toda discriminación por razón de sexo».

Por tanto, la normativa española estaría justificada y sería proporcionada que, en caso de que un trabajador afiliado al régimen general de la seguridad social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a ese trabajador a la edad de 65 años, aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente, siempre que esta consecuencia quede justificada no obstante por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

En la *sentencia YJ / INSS* el Tribunal de Justicia responde el reenvío prejudicial del Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona que se planteaba si constituía una discriminación directa por razón del sexo el hecho de que se denegase por la legislación de la Seguridad Social española un complemento por maternidad por haberse jubilado anticipadamente.

A juicio del Tribunal de Justicia, 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 se aplica solo a los casos de discriminación entre trabajadores de sexo masculino, por una parte, y trabajadoras de sexo femenino, por otra.

El propio Tribunal de Justicia recuerda que en este caso debe distinguirse la situación a la que se refería su sentencia de 12 de diciembre de 2019, Instituto

Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:1075), dado que a un trabajador de sexo masculino se le trataba de manera menos favorable que a las trabajadoras de sexo femenino, puesto que, por pertenecer al sexo masculino, se le denegaba el complemento de pensión por maternidad, lo cual era contrario a la Directiva 79/7.

Por tanto y en este caso la discriminación entre trabajadoras que se jubilan, unas anticipadamente y sin derecho al complemento, y otras una vez cumplida la edad de jubilación, que perciben el complemento, no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7.

10. *Los trabajadores a tiempo parcial no son discriminados indirectamente por el Fogasa*

El *auto* JL / Fogasa, C-841/19, resuelve la duda del Juzgado de lo Social n.º 41 de Madrid que le planteaba al Tribunal de Justicia si la legislación española era discriminatoria al prever la reducción del pago por el Fondo de Garantía Salarial en caso de insolvencia del empresario respecto de los trabajadores a tiempo parcial, en proporción a la jornada realizada, dado que la reducción afecta particularmente a las trabajadoras, y si, en consecuencia, era conforme con la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

La legislación española establece como límite de la garantía de los salarios pagados dos veces el salario mínimo interprofesional para los trabajadores a tiempo completo y en el caso de los trabajadores a tiempo parcial el límite opera en función de la jornada.

Por lo que se refiere al límite general de la garantía de los salarios, el Tribunal de Justicia subraya que la propia Directiva 2006/54/CE permite a los Estados miembros que establezcan límites a los pagos efectuados por la institución de garantía, siempre que no sean inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo de esta Directiva.

En cuanto al límite de la garantía de los salarios para los trabajadores a tiempo parcial, teniendo en cuenta su jornada, el Tribunal de Justicia considera que, simplemente, se está aplicando el principio *pro rata temporis*, es decir, tiene en cuenta el porcentaje de la jornada realizada por los trabajadores a tiempo parcial en comparación con la jornada realizada por los trabajadores a tiempo completo que ejercen la misma actividad.

Como dice el Tribunal de Justicia, ya ha aplicado en su jurisprudencia este principio *pro rata temporis* al cálculo de una pensión de jubilación, de las vacaciones anuales retribuidas o de un complemento por hijo a cargo abonado por el empresario.

Por tanto, a juicio del Tribunal de Justicia, la normativa española no es indirectamente discriminatoria porque no coloca en situación de desventaja a una categoría determinada de trabajadores, en este caso los que trabajan a tiempo parcial y, menos aún, a las trabajadoras, respecto de los trabajadores a tiempo completo.

11. *La equiparación y abuso de los empleados públicos temporales*

En junio de 2021 el Tribunal de Justicia pronunció un auto y tres nuevas sentencias que responden a la preocupación de los tribunales españoles por la interpretación de la Directiva 1999/70 sobre contratos de duración determinada. En la primera, el Tribunal de Justicia resuelve un problema recurrente ante los tribunales españoles: si también debe aplicarse la Directiva a los empleados fijos; en la segunda, vuelve a recordar el Tribunal de Justicia la necesidad de que se proceda por parte de España a trasponer legislativamente la Directiva; en la tercera sentencia, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la continuidad de los contratos laborales en el tiempo tratándose de obras públicas. En el auto también se hace referencia a la defectuosa transposición de la Directiva por el legislador español.

En la *sentencia Servicio Aragonés de la Salud*, C-942/19, a requerimiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se plantea la cuestión de la equiparación del personal estatutario temporal con el fijo en materia de excedencia.

El litigio lo planteaba una odontóloga, vinculada al Servicio Aragonés de Salud por una relación estatutaria fija y a la que no se le concede la excedencia por prestación de servicios en el sector público, sino simplemente la excedencia voluntaria por interés particular, dado que la nueva plaza que pasaba a ocupar, como profesora interina de la Universidad Complutense, lo era con carácter temporal.

En este supuesto el Tribunal de Justicia considera que carece de competencia para responder la cuestión prejudicial dado que la cláusula 4 del Acuerdo Marco no es aplicable a una situación en la que la Administración Pública deniega una excedencia a un trabajador vinculado a ella por un contrato de duración indefinida por haberse solicitado para ocupar un empleo de duración determinada.

Por tanto, la Directiva 1999/70 no se aplica a los empleados fijos sino a los temporales. Sin embargo, debe reconocerse que tal circunstancia está produciendo indeseables agravios comparativos en la aplicación de una legislación española que estaba concebida a partir de una discriminación de los empleados públicos fijos, en especial los funcionarios de carrera y el personal estatutario fijo, y los empleados temporales.

Ya no se puede decir más veces ni más claro: el legislador español está obligado a trasponer legislativamente la Directiva 1999/70 aplicable a los empleados públicos temporales. La *sentencia Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario, C-726/19*, es la respuesta a un reenvío prejudicial de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre el abuso en el nombramiento de personal laboral interino.

Esta nueva sentencia no depara sorpresas en un litigio frecuente: un auxiliar de hostelería fue contratado en 2003 por un organismo público autonómico para una plaza de laboral cuya oferta de empleo público se aprobó en 2002; sin embargo, hasta 2016 no se cubrió la plaza por un trabajador fijo. Ante el Juzgado de lo Social el IMIDRA fue condenado a abonar al trabajador una indemnización por despido de 3.266,48 euros, es decir, 20 días de salario por año trabajado.

Con carácter previo, el Tribunal de Justicia matiza cuándo se aplica la Directiva. Así, solo se aplicaría en el caso de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. No obstante, el Tribunal de Justicia se encarga de puntualizar: «la prórroga automática del contrato de duración determinada inicial puede asimilarse a una renovación y, por consiguiente, a la celebración de un contrato de duración determinada distinto, la situación controvertida en el litigio principal no se caracteriza por la celebración de un único contrato, sino por la celebración de contratos que efectivamente pueden calificarse de «sucesivos», en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco».

La anterior precisión la había desarrollado el Tribunal de Justicia en la *sentencia M. V. y otros / Organismos Topikis Aftodioikisis, C-760/18*, referida a un asunto griego en el que el Juzgado de Primera Instancia de Lasithi en Creta había planteado la cuestión sobre la calificación de la relaciones laborales por tiempo indefinido de empleados del servicio municipal de limpieza. Habían sido contratados por ocho meses y se renovaron automáticamente de 24 a 29 meses. Por tanto y a juicio del Tribunal de Justicia, «la prórroga automática por vía legislativa puede asimilarse a una renovación y, por ello, a la celebración de un contrato de duración determinada distinto, contratos como los controvertidos en el litigio principal pueden efectivamente calificarse de «sucesivos», en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco».

El Tribunal de Justicia recuerda que las medidas contra el abuso en la contratación temporal de empleados deben ser, al menos, una de estas tres: que se establezcan razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, que se fije la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada o, en fin, que se limite el número de sus renovaciones.

En este sentido, la cláusula 5 del Acuerdo marco exige prevenir el abuso de la contratación temporal y, por tanto, «cuando se ha producido

una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión».

Asimismo, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público que exige que la oferta de empleo público se desarrolle en el plazo improrrogable de tres años. Sin embargo, el propio Tribunal europeo considera que esta normativa española «no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada».

Ahora bien, aunque la cláusula 5.º del Acuerdo marco no tiene efecto directo, el Tribunal de Justicia no descarta una interpretación conforme de la que resulte, en particular, una solución. En este sentido, define la interpretación conforme como una operación en la que los jueces nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, deben hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta. De hecho, el Tribunal de Justicia parece forzar a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a cambiar su jurisprudencia porque «la exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva».

En la *sentencia M. V. y otros/Organismos Topikis Aftodioikisis*, C-760/18, que le sirve de precedente al Tribunal de Justicia para resolver la cuestión prejudicial española, había comprobado que no cabe una interpretación conforme *contra legem*, en este caso el artículo 103, apartados 7 y 8, de la Constitución helénica que impide la conversión de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido en el sector público. Aunque debe recordarse que esta modificación constitucional se introduce después de adoptarse y entrar en vigor la Directiva 1999/70, por lo que el Tribunal de Justicia recuerda: «durante el período de adaptación del Derecho interno a una directiva, los Estados miembros destinatarios deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente la consecución del resultado prescrito por dicha directiva [...] poco importa que la norma controvertida de Derecho nacional, adoptada tras la entrada en vigor de la directiva de que se trate, tenga o no por objeto la adaptación del Derecho interno a dicha directiva [...] todas las autoridades de los Estados miembros están sujetas a la obligación de garantizar el pleno efecto de las disposiciones del Dere-

cho de la Unión, incluso cuando dichas autoridades modifican su Constitución».

Por último, el Tribunal de Justicia en respuesta a la cuestión española subraya que «consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada».

El tercer lugar, la *sentencia Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua*, C-550/19, tiene su origen en el reenvío prejudicial del Juzgado de lo Social n.º 14 de Madrid, que debía resolver la cuestión de la antigüedad y la naturaleza fija o no de la relación de un trabajador durante más de 25 años con sucesivas empresas que se fueron sucediendo entre sí como empleadoras y que había firmado seis contratos como «fijo de obra».

Por una parte, el Tribunal de Justicia descarta que en este caso las diferencias entre distintos tipos de contratos temporales puedan solventarse aplicando la Directiva 1999/70 porque las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo marco de la Directiva.

Por otra parte, en caso de abuso de la contratación temporal, la Directiva no impone a los Estados miembros una obligación general de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada pero el Derecho interno debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada. Esto se debe a que, como subraya el Tribunal de Justicia, la utilización de contratos laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo Marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades.

Asimismo, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la Directiva 2001/23 relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas y llega a la conclusión de que deben protegerse los intereses de los trabajadores afectados por la transmisión, no pueden pasarse por alto los derechos del cesionario, que debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad por lo que la Directiva no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores en una transmisión de empresa, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de estos, por una parte, y los del cesionario, por otra. Esto supone, en definitiva, que se está obligado a reconocer los derechos que tenía el trabajador en la empresa ce-

dente con ocasión de la subrogación pero no los generados con anterioridad con otras empresas.

En fin, el Tribunal de Justicia señala que la aplicabilidad de la Directiva 2001/23 no prejuzga la protección de la que puede beneficiarse un trabajador frente al uso abusivo de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos en virtud de otras disposiciones del Derecho de la Unión. De modo que cuando se produce una subrogación de personal en el marco de contratos públicos, los derechos y obligaciones del trabajador subrogado que la empresa entrante está obligada a respetar se limitan exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por ese trabajador con la empresa saliente, siempre y cuando la aplicación de dicha normativa no tenga como efecto colocarlo en una posición menos favorable por el mero hecho de esa subrogación.

Por último, el *auto Sindicato Único de Sanidad e Higiene (SUSH) de la Comunidad de Madrid*, C-103/19, constituye la respuesta del Tribunal de Justicia a un nuevo reenvío prejudicial de la juez sustituta, en este caso en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 24 de Madrid, sobre la interpretación de la Directiva 1999/70/CE.

Dos sindicatos de la Sanidad pública madrileña habían impugnado la Orden autonómica 406/2017, que establece un procedimiento extraordinario de transformación de nombramientos de eventuales en interinos en plaza vacante, que supuso la reclasificación de 9.126 estatutarios del Servicio Madrileño de Salud.

El Tribunal de Justicia reitera su jurisprudencia y constata, por una parte, que la Orden madrileña no constituye una medida que cumpla las exigencias de la Directiva porque, en primer lugar, la transformación no obsta para que el empleador público pueda acordar el cese de los estatutarios interinos cuando las plazas que ocupan sean provistas mediante un proceso selectivo libre; y, porque, en segundo lugar, aunque la Administración sanitaria prevea la organización de procesos selectivos para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas temporalmente y establezca los plazos, no garantiza que esos procesos se organicen efectivamente.

Ahora bien, a juicio del Tribunal de Justicia la Directiva no se opone a la adopción de la Orden madrileña que reserva únicamente al personal estatutario eventual la facultad de obtener la transformación en personal estatutario interino, en el caso de que tal transformación constituya una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos como consecuencia de la sucesiva utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada siempre que en el ordenamiento español existan otras medidas eficaces para prevenir y sancionar tales abusos respecto de los empleados públicos temporales que no tienen la condición de personal estatutario eventual.

IV. Relación de las sentencias comentadas

1. TJUE, sentencia de 21 de enero de 2021, INSS / BT, C-843/19, EU:C:2021:55 (jubilación anticipada y discriminación de las trabajadoras).
2. TJUE (Gran Sala), sentencia de 26 de enero de 2021, Dietrich y Häring / Hessischer Rundfunk C-422/19 y C-423/19, EU:C:2021:63 (prohibición de pago en efectivo del canon audiovisual en una radiotelevisión regional alemana).
3. TJUE, sentencia de 27 de enero de 2021, Ayuntamiento de Pamplona / Orange España, C-764/18, EU:C:2021:70 (tasa por aprovechamiento del dominio público y operadoras de telefonía móvil).
4. TJUE (Gran Sala), sentencia de 2 de febrero de 2021, DB / Consob, C-481/19, EU:C:2021:84 (derecho a guardar silencio y las sanciones administrativas de carácter penal).
5. TJUE, auto de 4 de febrero de 2021, CDT / MIMR y HRMM, C-321/20, EU:C:2021:98 (cláusulas abusivas y la facultad del juez español de integrar el contrato).
6. TJUE, sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros / Organismos Topikis Aftodioikisis, C-760/18, EU:C:2021:113 (sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público).
7. TJUE, sentencia de 25 de febrero de 2021, Dalli / Comisión, C-615/19 P, EU:C:2021:133 (no hay responsabilidad extracontractual de la Unión en la dimisión del comisario europeo).
8. TJUE, sentencia de 25 de febrero de 2021, Novo Banco / Junta de Andalucía, C-712/19, EU:C:2021:137 (compatibilidad del impuesto sobre los depósitos de clientes en las entidades de crédito en Andalucía con el IVA).
9. TJUE, sentencia de 25 de febrero de 2021, Comisión / España (Directiva datos personales — Ámbito penal), C-658/19, EU:C:2021:138.
10. TJUE (Gran Sala), sentencia de 2 de marzo de 2021, Procedimiento penal entablado contra Prokuratuur (Condiciones de acceso a los datos relativos a las comunicaciones electrónicas), C-746/18, EU:C:2021:152.
11. TJUE (Gran Sala), sentencia de 2 de marzo de 2021, A. B. y otros (nombramiento de jueces al Tribunal Supremo en Polonia), C-824/18, EU:C:2021:153.
12. TJUE, auto de 3 de marzo de 2021, Ibercaja Banco / TJ y UK, C-13/19, EU:C:2021:158 (cláusulas suelo y abuso de los consumidores).

13. TJUE, auto de 3 de marzo de 2021, JL / Fogasa, C-841/19, EU:C:2021:159 (discriminación indirecta de trabajadores a tiempo parcial).
14. TJUE, sentencia de 3 de marzo de 2021, Oliva Park / Tribunal Económico Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana, C-220/19, EU:C:2021:163 (IVA y nuevo impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica).
15. TJUE, auto de 25 de marzo de 2021, Banco Santander / YC, C-503/20, EU:C:2021:254 (cláusulas abusivas, usura y tarjetas ‘revolving’).
16. TJUE (Gran Sala), sentencia de 20 de abril de 2021, Repubblika / Repubblika / II-Prim Ministru, C-896/19, EU:C:2021:311 (nombramientos e independencia del poder judicial).
17. TJUE, auto de 6 de mayo de 2021, Administración General del Estado / Ayuntamiento de Les Cabanyes, C-679/20, EU:C:2021:362 (inadmisibilidad de cuestión prejudicial sobre la autonomía local).
18. TJUE, sentencia de 12 de mayo de 2021, YJ / INSS (complemento de pensión para las madres – II), C-130/20, EU:C:2021:381 (discriminación en la jubilación anticipada de madres).
19. TJUE (Gran Sala), sentencia de 18 de mayo de 2021, Asociația «Forumul Judecătorilor Din România», C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, EU:C:2021:393 (independencia del poder judicial).
20. TJUE, auto de 1 de junio de 2021, UP / Banco Santander, C-268/19, EU:C:2021:423 (abuso de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios y su novación).
21. TJUE, auto de 2 de junio de 2021, Sindicato Único de Sanidad e Higiene (SUSH) de la Comunidad de Madrid, C-103/19, EU:C:2021:460 (conversión de estatutarios eventuales en interino s en plaza vacante en la Sanidad madrileña).
22. TJUE, sentencia de 3 de junio de 2021, Bankia / Unión Mutua Asistencial de Seguros, C-910/19, EU:C:2021:433 (salida a bolsa de un banco y la responsabilidad por el folleto de oferta pública de valores).
23. TJUE, sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439 (abuso en el nombramiento de personal interino).
24. TJUE, sentencia de 3 de junio de 2021, Servicio Aragonés de Salud, C-942/19, EU:C:2021:440 (la Directiva 1999/70 no se aplica a los empleados fijos sino solo a los temporales).
25. TJUE, sentencia de 10 de junio de 2021, Van Ameyde España, C-923/19, EU:C:2021:475 (responsabilidad por daños en la circulación y seguro obligatorio).

26. TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de junio de 2021, Facebook Ireland y otros, C-645/19, EU:C:2021:483 (mecanismo de cooperación entre autoridades de control del Reglamento General de Protección de Datos).
27. TJUE, auto de 16 de junio de 2021, Eleanor Sharpston / Consejo de la Unión Europea y Consejo de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, C-684/20 P, EU:C:2021:486 (casación contra la inadmisibilidad de la impugnación del cese de la abogada general británica en el Tribunal de Justicia).
28. TJUE, sentencia de 24 de junio de 2021, Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua, C-550/19, EU:C:2021:514 (sucesión de empresas y contratos laborales de duración determinada).

Crónica

Actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea (Junio 2021)

Beatriz Iñarritu

Profesora de la «Deusto Business School», Universidad de Deusto

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021pp229-248>

Sumario: I. Introducción.—II. El estado de la Integración.—III. Cuestiones generales de la actualidad económica

I. Introducción

A lo largo del primer semestre de 2021 la Unión ha continuado la implementación de los programas de estímulos fiscales del paquete «Next Generation EU» y estímulos monetarios del Banco Central Europeo, y hemos conocido la aprobación de los diferentes Planes Nacionales de Recuperación, Transformación y Resiliencia, incluido el español.

Por otra parte, también fue un tema relevante del semestre la inauguración de la «Conferencia sobre el Futuro de Europa», con la que se iniciaba un novedoso proceso de reflexión ciudadana y política que planteará, previsiblemente, cambios importantes en el funcionamiento y en las prioridades de la Unión del futuro.

La reactivación del Pilar de los Derechos Sociales, la reforma de la Política Agrícola Común, el futuro del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, la transparencia fiscal de las grandes corporaciones y las diferentes investigaciones llevadas a cabo por la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea fueron, asimismo, asuntos destacados en este primer semestre de 2021.

During this first half of 2021 the Union has continued to implement the fiscal stimulus from the “Next Generation EU” pack and those monetary stimulus on the part of the European Central Bank, and therefore we have known the approval of different National Plans of Recovery, Transformation and Resilience, the Spanish one included.

On the other hand, it was also an outstanding point in the semester the launch of the “Conference on the Future of Europe” which initiated an innovative process of public and political reflexion that might propose important changes in the EU’s functioning and priorities.

Other remarkable issues in this first semester of 2021 were the activation of the Social Agenda, the reform of the Common Agricultural Policy, the future Growth and Stability Pact, the tax transparency of big companies and the different investigations carried out by the Directorate General for Competition of the European Commission.

II. El estado de la integración

1. *Los Fondos de la Recuperación: aprobación del Plan Nacional de Recuperación español y emisión de Deuda conjunta*

La presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, se desplazó a Madrid el 16 de Junio para comunicar en persona al presidente del gobierno español, Pedro Sánchez, la aprobación del Plan de Recuperación de España.

España tendrá acceso a 140.000 millones de euros procedentes de los fondos «Next Generation EU», de los que 69.500 serán ayudas directas, y que irá recibiendo cada año hasta 2026. El gobierno español deberá demostrar la ejecución de una serie de hitos y objetivos para asegurarse el cobro de los 69.500 millones y, si finalmente decide solicitarlos, de otros 70.500 millones de euros en préstamos en condiciones ventajosas.

Por tanto, España deberá ir certificando el cumplimiento de una lista de 212 medidas contempladas en el Plan, 102 reformas y 110 inversiones.

«El plan pone un enfoque positivo en la creación de empleo y en la próxima generación, con medidas para abordar el desempleo juvenil, mejorar la provisión de habilidades relevantes para el mercado laboral y mejorar el entorno empresarial y la administración pública», destacó el vicepresidente económico de la Comisión, Valdis Dombrovskis.

En todo caso, junto a las reformas también son relevantes las inversiones, ya que el Plan aprobado por la Comisión prevé movilizar un volumen de recursos sin precedentes para acometer 110 proyectos de inversión, centrados fundamentalmente en los ámbitos de la transición ecológica y la digitalización.

Von der Leyen destacó, en este sentido, que el 40% de las inversiones españolas girarán en torno a la transición ecológica y un 28% se centrarán en la transformación digital, un porcentaje superior al 20% que solicitaba la Comisión.

Los diez proyectos de inversión clave recibirán 50.000 millones de euros para su despliegue. Los más importantes estarán relacionados con la movilidad y el coche eléctrico, que recibirán unos 13.200 millones de euros, mientras que la renovación de edificios para mejorar su eficiencia energética recibirá 6.800 millones. El Plan español también destinará 3.100 millones para el despliegue e integración de energías renovables, e impulsará la «transición verde» del sector turístico con 3.400 millones de euros.

En el apartado digital, el plan reserva 4.300 millones para la modernización de las administraciones públicas y otros 4.000 millones estarán destinados a ayudar a las pymes. Además, se invertirán 4.000 millones en el despliegue del 5G y se apostará por la formación con una inversión de 3.600 millones para un plan nacional de competencias digitales.

La recomendación de la Comisión deberá pasar al Consejo de la UE, que dispondrá de hasta cuatro semanas para evaluar y respaldar definitivamente el plan, una decisión que podría ser adoptada en la reunión de ministros de Finanzas de la UE (Ecofin) que se celebrará a mediados de julio, desbloqueando así la entrega de los primeros fondos de prefinanciación que llegarían al gobierno español ese mismo mes.

España espera un desembolso anticipado de 9.000 millones de euros en concepto de prefinanciación del Plan antes de Agosto de 2021 y otros 10.000 en Diciembre a cuenta de las inversiones y reformas ya ejecutadas.

A partir de 2022, se efectuarán otros ocho desembolsos semestrales hasta 2026, que estarán necesariamente sujetos al control del cumplimiento de las reformas e inversiones marcadas en el Plan, y de los hitos y objetivos correspondientes.

Plan de recuperación, transformación y resiliencia Distribución de la inversión

Tabla 10: Distribución de la inversión entre las diferentes palancas y componentes		M€	%
	I. Agenda urbana y rural, lucha contra la despoblación y desarrollo de la agricultura	14.407	20,7%
	1. Plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos	6.536	9,4%
	2. Plan de rehabilitación de vivienda y regeneración urbana	6.820	9,8%
	3. Transformación ambiental y digital del sistema agroalimentario y pesquero	1.051	1,5%
	II. Infraestructuras y ecosistemas resilientes	10.400	15,0%
	4. Conservación y restauración de ecosistemas y su biodiversidad	1.642	2,4%
	5. Preservación del espacio litoral y los recursos hídricos	2.091	3,0%
	6. Movilidad sostenible, segura y conectada	6.667	9,6%
	III. Transición energética justa e inclusiva	6.305	9,2%
	7. Despliegue e integración de energías renovables	3.165	4,6%
	8. Infraestructuras eléctricas, promoción de redes inteligentes y despliegue de la flexibilidad y el almacenamiento	1.365	2,0%
	9. Hoja de ruta del hidrógeno renovable y su integración sectorial	1.555	2,2%
	10. Estrategia de Transición Justa	300	0,4%
	IV. Una Administración para el siglo XXI	4.315	6,2%
	11. Modernización de las Administraciones públicas	4.315	6,2%
	V. Modernización y digitalización del tejido industrial y de la pyme, recuperación del turismo e impulso a una España nación emprendedora	16.075	23,1%
	12. Política Industrial España 2030	3.782	5,4%
	13. Impulso a la pyme	4.894	7,0%
	14. Plan de modernización y competitividad del sector turístico	3.400	4,9%
	15. Conectividad Digital, impulso de la ciberseguridad y despliegue del 5G	3.999	5,8%
	VI. Pacto por la ciencia y la innovación. Refuerzo a las capacidades del Sistema Nacional de Salud	4.949	7,1%
	16. Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial	500	0,7%
	17. Reforma institucional y fortalecimiento de las capacidades del sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación	3.380	4,9%
	18. Renovación y ampliación de las capacidades del Sistema Nacional de Salud	1.069	1,5%
	VII. Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades	7.317	10,5%
	19. Plan Nacional de Competencias Digitales (<i>digital skills</i>)	3.593	5,2%
	20. Plan estratégico de impulso de la Formación Profesional	2.076	3,0%
	21. Modernización y digitalización del sistema educativo, incluida la educación temprana de 0 a 3 años	1.648	2,4%
	VIII. Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo	4.855	7,0%
	22. Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión	2.492	3,6%
	23. Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo	2.363	3,4%
	IX. Impulso de la industria de la cultura y el deporte	825	1,2%
	24. Revalorización de la industria cultural	325	0,5%
	25. España hub audiovisual de Europa (<i>Spain AVS Hub</i>)	200	0,3%
	26. Plan de fomento del sector del deporte	300	0,4%
	X. Modernización del sistema fiscal para un crecimiento inclusivo y sostenible	-	-
	27. Medidas y actuaciones de prevención y lucha contra el fraude fiscal	-	-
	28. Adaptación del sistema impositivo a la realidad del siglo XXI	-	-
	29. Mejora de la eficacia del gasto público	-	-
	30. Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo	-	-
Total		69.528	100%

Plan de recuperación, transformación y resiliencia Principales reformas y programas tractores de inversión

TABLA 2. Los 20 programas tractores de inversión	MC 2021-23
1. Estrategia de Movilidad Sostenible, Segura y Conectada	13.283
2. Programa de Rehabilitación de Vivienda y Regeneración Urbana	6.820
3. Modernización de las Administraciones públicas	4.315
4. Plan de Digitalización de Pymes	4.866
5. Hoja de Ruta del 5G	3.999
6. Nueva Política Industrial España 2030 y Estrategia de Economía Circular	3.782
7. Plan Nacional de Competencias Digitales	3.593
8. Modernización y Competitividad del Sector Turístico	3.400
9. Desarrollo del Sistema Nacional de Ciencia e Innovación	3.388
10. Despliegue e integración de energías renovables	3.165
11. Nueva Economía de los Ciudadanos	2.492
12. Nuevas Políticas Públicas para un Mercado de Trabajo Dinámico, Resiliente e Inclusivo	2.363
13. Preservación del Litoral y Recursos Hídricos	2.891
14. Plan Estratégico de Formación Profesional	2.874
15. Modernización y Digitalización del Sistema Educativo	1.648
16. Conservación y restauración de ecosistemas y biodiversidad	1.642
17. Hoja de Ruta del Hidrógeno Renovable	1.556
18. Infraestructuras Eléctricas, Redes Inteligentes, Almacenamiento	1.365
19. Renovación y Modernización del Sistema Sanitario	1.869
20. Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial	500

TABLA 3. Las 20 principales reformas del Plan de recuperación
1. Ley de cambio climático y transición energética
2. Desarrollo de un sistema energético, robusto y flexible, despliegue e integración de renovables
3. Hoja de Ruta del Hidrógeno Renovable
4. Resiliencia y Adaptación de Ecosistemas, Desarrollo y Conectividad de Infraestructuras Verdes
5. Ley de Aguas y Plan Nacional de Depuración, Saneamiento, Eficiencia, Ahorro y Revitalización
6. Modernización de la Política Agrícola y Pesquera – Protección del suelo y uso eficiente del agua
7. Política de Residuos e Impulso de la Economía Circular
8. Modernización del Sistema Nacional de Ciencia y Apoyo a la Innovación
9. Estrategia de Movilidad Sostenible y Conectada
10. Nueva Política de Vivienda
11. Modernización de la Justicia
12. Modernización y Digitalización de la Administración
13. Mejora de la Calidad Regulatoria y Clima de Negocios – Reforma concursal
14. Modernización y Refuerzo del Sistema Nacional de Salud
15. Modernización y Refuerzo del Sistema Educativo, de Formación Profesional y de la Universidad
16. Nuevas políticas públicas del Mercado de Trabajo – hacia un estatuto de los trabajadores del Siglo XXI
17. Nueva Economía de los Ciudadanos
18. Refuerzo de las Políticas de Inclusión y Servicios Sociales
19. Modernización y Progresividad del Sistema Fiscal
20. Refuerzo del Sistema de Pensiones

Fuente: Gobierno de España.

<https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Paginas/index.aspx>

https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

Para financiar estos Fondos europeos de Recuperación, conocidos como «Next Generation EU», y, por tanto, los diferentes Planes nacionales, Bruselas anunció a comienzos de Junio el lanzamiento de la primera emisión de deuda conjunta.

Desde este mismo mes de Junio y hasta finales de 2026, la Comisión Europea prevé emitir deuda por valor de unos 150.000 millones de euros al año, haciendo valer sus más altas calificaciones crediticias conseguidas ante los inversores y previendo un plazo de amortización de la deuda que se extenderá hasta 2058.

Los analistas y expertos financieros no han dudado en destacar la relevancia de esta mutualización masiva de deuda, y han señalado que, incluso, podría ser el embrión de un futuro Tesoro europeo.

14 April 2021

NextGenerationEU – a game changer in EU capital markets

NextGenerationEU is a temporary recovery instrument which can raise up to **€750 billion** in 2018 prices or some **€800 billion** in current prices through bond issuance. It is at the heart of the European Union (EU) response to the coronavirus crisis and aims to support the economic recovery and build a greener, more digital and more resilient future.

To finance NextGenerationEU, the European Commission, on behalf of the EU, will borrow on the capital markets. The borrowing will be undertaken between mid-2021 and 2026. All borrowing will be repaid by 2058.

This would translate into borrowing volumes of on average roughly **€150 billion** per year between mid-2021 and 2026, which will make the EU one of the largest issuers in euro. By using diverse funding instruments and funding techniques, the Commission will expand the investor base for EU securities, facilitate the smooth repayment of borrowed amounts, and deliver all funds as required on the most advantageous terms for EU Member States and citizens.

Given the volumes, frequency and complexity of the borrowing operations ahead, the Commission will follow the best practices used by sovereign issuers, and implement a diversified funding strategy.



Fuente: Comisión Europea.

https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/about_the_european_commission/eu_budget/factsheet_1_funding_strategy_20.04.pdf

https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/eu-borrower-investor-relationships_es#nextgenerationeu

En total, la Comisión prevé demandar a los mercados hasta 800.000 millones de euros entre 2021 y 2026, convirtiéndose así en uno de los mayores actores mundiales del mercado de deuda.

2. La Conferencia sobre el futuro de la UE

El pasado 9 de Mayo, día de Europa, la Unión Europea puso en marcha, en la sede del Parlamento Europeo de Estrasburgo, un novedoso ejercicio de participación ciudadana y reflexión política sobre su futuro bautizado como la «Conferencia sobre el Futuro de Europa», CFE, que deberá prolongarse durante doce meses, hasta el 9 de Mayo de 2022.

De hecho, el coronavirus había obligado a retrasar el inicio de la Conferencia, ya que inicialmente estaba prevista su inauguración para el 9 de mayo de 2020, coincidiendo con el 70 aniversario de la Declaración de Schuman. Finalmente, se ha puesto en marcha en el 71 aniversario a pesar de que varias capitales eran partidarias de cancelarla definitivamente y a pesar también del enfrentamiento mostrado entre las tres instituciones involucradas, Parlamento Europeo, Comisión Europea y Consejo de la UE, por asumir el liderazgo y la gestión del nuevo foro, y cuya solución fue alcanzada con una presidencia tripartita y paritaria.

La Conferencia estará liderada, en efecto, por la triple co-presidencia del eurodiputado Guy Verhofstadt, de la vicepresidenta de la Comisión Dubravka Suica y de un representante de la presidencia rotatoria del Consejo de la UE, representación que, durante el primer semestre de 2021, ha sido asumida por la secretaria de Estado portuguesa, Ana Paula Zacarias, y quien será sustituida por representantes de los gobiernos esloveno y francés, puesto que estos dos países asumirán las dos próximas presidencias rotatorias del segundo semestre de 2021 y del primero de 2022.

Un Comité Ejecutivo, compuesto por nueve miembros, tres por cada una de las instituciones implicadas en la Conferencia (Comisión, Parlamento y Consejo) y cuatro observadores con voz pero sin voto, organizará la Conferencia (las sesiones Plenarias, los Paneles Ciudadanos, la Plataforma Digital Multilingüe y sus eventos), la supervisará a medida que avance y monitorizará las aportaciones de los ciudadanos. El Comité Ejecutivo asistirá e informará periódicamente a la Presidencia Conjunta.

Por otra parte, y dado que el objetivo de la Conferencia es conocer las opiniones de la ciudadanía para intentar después traducirlas en posibles reformas de la UE, se constituirán cuatro paneles con 200 ciudadanos cada uno, que deberán ser seleccionados respetando la diversidad de la UE en términos de origen geográfico, edad, situación socioeconómica y nivel educativo, según las normas pactadas por las tres instituciones europeas. Se garantizará, en este sentido, la presencia de al menos un hombre y una mujer de cada uno de los 27 países de la UE, y que al menos un tercio de los miembros tengan una edad comprendida entre los 16 y los 25 años.

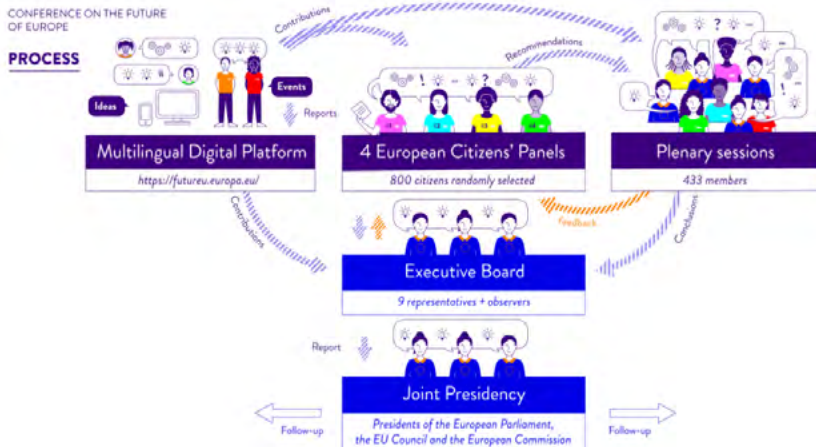
Además de estos paneles, la Conferencia ha activado una plataforma digital y multilingüe para que cualquier ciudadano que se registre tenga la oportunidad de participar en los debates en marcha o, incluso, organizar su propio debate o acto de deliberación.

Las propuestas se trasladarán al Plenario de la Conferencia para ser debatidas. Este pleno estará compuesto por 433 personas, 108 eurodiputados, 54 representantes del Consejo de la UE (dos por Estado miembro) y 3 de la Comisión Europea; y también serán miembros del Plenario 108 diputados nacionales, 108 ciudadanos (80 representantes de los paneles europeos, 27 representantes de los paneles o actos celebrados a nivel nacional y el presidente del Foro europeo juvenil), 18 miembros del Comité de las Regiones, 18 miembros del Comité Económico y Social, 8 representantes de los agentes sociales y otros 8 de la sociedad civil.

El Alto Representante de la UE para la Política Exterior podrá participar cuando se discuta sobre el papel internacional de la UE, y otros actores relevantes podrán ser invitados puntualmente.

Las conclusiones del Plenario pasarán al Comité, quien se encargará de presentar el informe final a la presidencia conjunta. Las tres instituciones

deberán, entonces, decidir cómo implementar, en su caso, las propuestas recibidas, en el marco de las competencias que tengan asignadas en los Tratados. Las propuestas podrían dar lugar, de esta forma, a una eventual y profunda transformación de la UE.



Fuente: Conferencia sobre el Futuro de Europa.
<https://futureu.europa.eu/pages/information-material?locale=es>



Conferencia sobre el Futuro de Europa

Los paneles de ciudadanos europeos

Los paneles de ciudadanos europeos son un elemento clave de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, un ejercicio pionero en la democracia deliberativa en la Unión Europea.

Los paneles dan a los ciudadanos un papel más importante en la configuración de las futuras políticas y ambiciones de la Unión. Una muestra representativa de 800 ciudadanos se reunirá y debatirá sobre el futuro de Europa para formular recomendaciones políticas sobre los principales temas abordados en la plataforma digital multilingüe de la Conferencia.

Dichas recomendaciones se incorporarán a los debates generales de la Conferencia para su seguimiento.

¿Quién formará parte de los paneles?



- Cuatro paneles, cada uno de ellos compuesto por 200 ciudadanos de los veintisiete Estados miembros, seleccionados de modo aleatorio
- Representativos de la diversidad de la UE: origen geográfico, sexo, edad, situación socioeconómica y nivel educativo
- Un tercio de jóvenes (16-25) en cada panel

¿Qué se debatirá?

- Cuatro paneles que cubren temas diferentes ofrecen el espacio para un debate ascendente:



valores, derechos, estado de Derecho, democracia, seguridad



cambio climático, medio ambiente/salud



una economía más fuerte, justicia social, empleo/educación, juventud, cultura, deportes/transformación digital



la UE en el mundo/migración

¿Cuál será el resultado de los paneles?

- Los paneles debatirán las aportaciones recogidas a través de la plataforma digital. Formularán una serie de recomendaciones para su seguimiento por parte de la Unión, y éstas se debatirán en el Pleno de la Conferencia.
- 80 representantes de cada panel de ciudadanos europeos, de los cuales al menos un tercio será menor de 25 años, participarán en el Pleno a fin de presentar los resultados de sus debates y de debatir con otros participantes.
- Se mantendrá informados a los participantes de cada panel sobre el seguimiento de sus recomendaciones. Al final del proceso se celebrará un acto dedicado a la información de retorno.

Fuente: Comisión Europea.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/FS_21_3032

Cuadernos Europeos de Deusto

ISSN: 1130-8354 • ISSN-e: 2445-3587, No. 65/2021, Bilbao, págs. 229-248
doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-65-2021pp229-248> • <http://ced.revistas.deusto.es>

3. Ratificación del Acuerdo post-Brexit en el Parlamento Europeo

En su sesión plenaria del 28 Abril, el Parlamento Europeo ratificó por abrumadora mayoría (660 votos a favor, 5 en contra y 32 abstenciones) el acuerdo post-Brexit acordado en la Nochebuena de 2020.

De esta forma, el Acuerdo de Comercio y Cooperación, que entró en vigor de forma provisional el 1 de enero de este año, quedaba listo para entrar en vigor de manera definitiva.

El debate previo a la votación, que se prolongó durante más de cuatro horas y media, se convirtió en la antesala del momento histórico que significaba la ratificación del primer acuerdo comercial con un antiguo Estado miembro de la UE.

El voto favorable, sin embargo, no ocultaba la desconfianza de Bruselas hacia el Gobierno británico, y en particular sobre la aplicación del protocolo del acuerdo sobre la provincia británica de Irlanda del Norte. Durante el debate, numerosos europarlamentarios reclamaron a la Comisión Europea que extremase la vigilancia para garantizar que Londres cumpla lo pactado y evitar que Irlanda del Norte se convierta en un «agujero de entrada» de productos hacia el mercado interior europeo.

Recordaban, sin duda, que el 3 de marzo, de forma unilateral e inesperada, el gobierno británico había anunciado que el 1 de abril no aplicaría controles aduaneros y fronterizos a las mercancías procedentes de Gran Bretaña con destino a la provincia británica de Irlanda del Norte, y que los aplazaba seis meses, hasta el 1 de octubre.

Tras la primera reacción de Bruselas, que decidió abrir un procedimiento de infracción contra el gobierno de Boris Johnson a mediados de Marzo, la Comisión y el Gobierno británico han mantenido un diálogo sobre esta eventual violación del protocolo específico para Irlanda del Norte contenido en el acuerdo de retirada.

«En los últimos días y semanas, hemos asistido a una dinámica nueva y constructiva, y seguiremos trabajando estrechamente con el Reino Unido para encontrar soluciones que respeten lo acordado. El siguiente paso es acordar mutuamente las vías de cumplimiento, con plazos e hitos concretos», señalaba la presidenta de la Comisión Von der Leyen ante el pleno del Parlamento Europeo.

«Coincido con ustedes en que este acuerdo sobre el papel sólo es tan bueno como su aplicación y cumplimiento en la práctica. Y comparto su preocupación por las acciones unilaterales del Reino Unido desde que el acuerdo entró en aplicación provisional. Evidentemente, hemos visto surgir una serie de problemas desde entonces», dijo Von der Leyen. La presidenta de la Comisión incidió en que «las decisiones unilaterales no llevan a ninguna parte» y pidió «centrarse en soluciones conjuntas», al tiempo que

recordó que el acuerdo comercial contiene precisamente las herramientas «para garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones» que ambas partes acordaron al poner su firma en el acuerdo.

El negociador jefe de la UE para el Brexit, Michel Barnier, quien recibió un prolongado aplauso de despedida de los eurodiputados en reconocimiento a su trabajo, señaló que «todo el mundo debe asumir la responsabilidad de lo que se ha firmado» y también recordó las palabras de la diputada laborista asesinada en vísperas del referéndum de 2016, Jo Cox, quien afirmó entonces que la UE y el Reino Unido «tienen más en común que lo que les divide».

«El Brexit es un aviso y es un fracaso de la UE. Tenemos que aprender lecciones de ello como políticos en las instituciones y en las capitales. ¿Por qué un 52 % de los británicos votó en contra de la UE?», se preguntó Barnier, apuntando a continuación a razones como «la tensión social y el enfado», por lo que recordó que el deber de los políticos es «escuchar y entender» a los ciudadanos.

Con la aplicación definitiva del Acuerdo, la Comisión deberá reforzar sus esfuerzos para prevenir el dumping social, fiscal y ambiental por parte del Reino Unido; la UE deberá garantizar también la competencia leal de los británicos en su acceso al mercado único de servicios financieros, condicionado al cumplimiento de una serie de compromisos sobre cooperación fiscal y lucha contra el blanqueo de capitales.

4. BCE: inicio del debate sobre la retirada de estímulos

El Banco Central Europeo afronta una encrucijada clave ante los síntomas de recuperación económica en la Eurozona.

Tras su enérgica respuesta contra la crisis del coronavirus, que le llevó a aprobar en Marzo de 2020 un Programa de Compra de Activos contra la Pandemia («Pandemic Emergency Purchase Programme», PEPP, por sus siglas en inglés) y que en Diciembre alcanzó la cifra de 1,85 billones de euros, se vislumbra ya el inicio del complejo debate sobre el ritmo al que se debería comenzar a retirar estos estímulos monetarios.

Las fricciones internas en el seno del Consejo de Gobierno del BCE (formado por los seis miembros de su Comité Ejecutivo y los 19 gobernadores de los Bancos Centrales de la Eurozona) no son un secreto, ni cuando se decidieron las sucesivas ampliaciones del programa en Junio y Diciembre de 2020, ni en estos momentos, cuando ya se escuchan opiniones de los más ortodoxos, los conocidos como «halcones», partidarios de la retirada de los estímulos.

Por el momento, el Consejo de Gobierno ha dejado claro que mantendrá las compras, al menos, hasta marzo de 2022 y que reinvertirá los vencimientos hasta 2023, pero a partir de estas decisiones todo son incógnitas.

El enfrentamiento entre «palomas» y «halcones» es evidente, y en los últimos meses este debate se ha visto personalizado en las posiciones antagónicas del italiano Fabio Panetta, miembro del Comité Ejecutivo del BCE, quien alerta de los peligros de una retirada prematura de los estímulos que podría poner en peligro la recuperación, y la del holandés Klaas Knot, gobernador del Banco Central de los Países Bajos, quien ha destacado que la recuperación avanza más rápidamente de lo esperado y que el repunte de la inflación, que en Mayo alcanzó el 2% en la Eurozona justificarían el no alargamiento innecesario de dichos estímulos.

El comportamiento de la inflación, aunque centrado en los precios de la energía, ha dado nuevos argumentos al sector más ortodoxo del BCE, y sitúa a la autoridad monetaria en una disyuntiva difícil, ya que deberá encontrar el complicado equilibrio que defina el momento y los ritmos para retirar las ayudas sin que estas decisiones comprometan el camino hacia la recuperación económica. En efecto, la palabra «tapering», que alude a la retirada gradual de estímulos, podría conducir a una subida de las primas de riesgo y, por tanto, de los costes de financiación de los Estados.

5. Consejo Europeo de Oporto: reactivación de la Agenda Social

El Consejo Europeo celebrado en Oporto en el mes de Mayo acordó la reactivación de la Agenda Social en la UE con el objetivo de frenar las desigualdades sociales mediante un plan de acción que despliegue políticas de empleo, igualdad de género y educación.

Aunque ya en otoño de 2017 la UE anunció una batería de medidas para imprimir un giro social a sus políticas después de años de austeridad, este «Pilar de los Derechos Sociales» ha tenido un alcance muy limitado desde entonces.

Y es por ello que, apenas cuatro años después de la cumbre de Gotemburgo que alumbró esta Agenda social y cuando, al igual que entonces, la UE parece vislumbrar la salida de esta nueva crisis a medida que el ritmo de la vacunación se acelera, los líderes de la Unión Europea se muestran preocupados y alerta sobre el riesgo de que la crisis económica se convierta en una grave crisis social.

Es así como la presidencia portuguesa se fijó el reto de impulsar el plan de acción propuesto previamente por la Comisión Europea para revitalizar el Pilar social de la UE, y que contiene diferentes iniciativas como la promoción de una vivienda asequible, la inversión en los sistemas de salud o la mejora de las capacidades laborales de los europeos.

Según afirmó la presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, «si en Gotemburgo se trató de principios, en Oporto se trata de acción».

Se trata de convertir esos principios en un cambio positivo que sea tangible para millones de europeos».

El consenso del Consejo Europeo llegó tras superar los recelos procedentes de los países del norte, que reivindican sus competencias nacionales en políticas como el salario mínimo, y, también, la oposición de Polonia y Hungría, que trataron hasta el final de evitar cualquier referencia a la «igualdad de género».

En la declaración final, los Veintisiete abogaban por «profundizar en la implementación del Pilar Social», que los países consideran «un elemento fundamental de la recuperación», aunque «con el debido respeto por las respectivas competencias y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad», afirmación que hacía referencia, sin duda, a la controvertida propuesta de un sueldo mínimo en las retribuciones de los trabajadores europeos.

«Estamos comprometidos en reducir desigualdades, defender salarios justos, combatir la exclusión social y la lucha contra la pobreza, asumiendo el objetivo de luchar contra la pobreza infantil, y abordar los riesgos de exclusión de grupos sociales especialmente vulnerables como los parados de larga duración, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas sin hogar», apuntaba el texto.

Los líderes de la UE también afirmaron que darán prioridad a los jóvenes, puesto que «se han visto muy perjudicados por la crisis de la covid-19, viendo obstaculizada su participación en el mercado laboral, así como sus planes de educación y formación». De hecho, los Veintisiete se comprometen a situar la «educación» y «las capacidades» en «el centro» de la acción política, puesto que las transiciones ecológica y digital darán nuevas oportunidades, pero también requerirán de nuevas destrezas laborales.

III. Cuestiones generales de la actualidad económica

1. *Suspensión del Pacto de Estabilidad y Crecimiento: debates sobre su activación y futuro diseño*

Los debates en torno a la suspensión del Pacto de Estabilidad y Crecimiento se han sucedido a lo largo del semestre. Se iniciaron ya a comienzos de Marzo, cuando la Comisión Europea propuso mantener su suspensión también en 2022, sobre la base de la publicación de sus previsiones económicas de invierno, que no situaban la recuperación económica a niveles pre-pandemia hasta la segunda mitad de 2022.

Y en Junio esta propuesta, defendida de forma oficiosa hasta entonces, fue presentada formalmente por tres comisarios, el vicepresidente econó-

mico Valdis Dombrovskis, el comisario de Economía Paolo Gentiloni, y el comisario de Empleo y Derechos Sociales Nicolas Schmit.

Los tres insistieron en la necesidad de que los Estados miembros no retiren de forma prematura los estímulos económicos, ya que es preciso priorizar la recuperación económica a la consolidación fiscal para, como señalaron «no volver a caer en los errores de sacrificar la inversión pública y el gasto productivo», tal como se hizo en la crisis financiera de 2008.

Los comisarios plantearon, por tanto, mantener en suspenso las reglas fiscales contempladas en el PEC en 2022, prorrogando así la decisión adoptada en Marzo de 2020. Y, también, mostraron la predisposición de la Comisión a debatir una reforma de dichas reglas que rebaje la disciplina fiscal a los Estados antes de su reactivación en 2023.

Debe tenerse en cuenta que estas normas establecen como referencias básicas un umbral de deuda pública máximo del 60% sobre el PIB y que, en el marco del procedimiento de déficit excesivo, se exigen ajustes a partir de un agujero fiscal del 3% del PIB, cuando, actualmente, con la crisis de la pandemia ambos umbrales han sido superados en una gran mayoría de países. En España, la deuda pasó del 95,5% en 2019 al 120% en 2020, y el déficit escaló del 2,8% al 11% del PIB.

El comisario Dombrovskis señaló en rueda de prensa que «para conseguir la consolidación fiscal a medio plazo es importante tener un enfoque creíble» y que, para ello, «habrá que esperar a comprobar las secuelas permanentes que deja la crisis y la magnitud del impacto positivo de las ayudas europeas». Hasta entonces, afirmó, la medición de la salud fiscal de los países se hará con «criterios cualitativos y no cuantitativos».

Gentiloni, por su parte, pidió «prudencia fiscal» a los países con mayor endeudamiento público y les instó a tratar de reducir el aumento del gasto público estructural y a acometer inversiones que permitan potenciar el crecimiento, en particular en áreas verdes y digitales, aprovechando los fondos ligados a los Planes de recuperación. La clave, señaló, es «tener menos gasto corriente y más inversiones en investigación e infraestructuras» y reclamó, también, reformas para diseñar «más impuestos medioambientales» y para reforzar la «lucha contra la competencia fiscal».

Respecto a la eventual flexibilización de las reglas fiscales que podrían reactivarse eventualmente en 2023, ambos comisarios señalaron que no sería una decisión fácil dada la disparidad de posiciones e intereses de los Estados miembros. Destacaron que el debate debería abordarse ya en la segunda mitad de 2021 y que el objetivo final debería ser «simplificar las normas y reforzar los efectos contracíclicos» del PEC.

En todo caso, pronto se escucharon las posiciones contrapuestas en torno a este importante debate de política económica. Mientras el ministro austriaco de Finanzas, Gernot Blümel, se mostraba a finales de Junio

«preocupado» por quienes cuestionan las reglas fiscales y aseguraba que «el objetivo común debe ser reducir la deuda», en el lado opuesto, el primer ministro italiano, Mario Draghi, reclamaba «estímulos adicionales», para regresar a la prudencia fiscal únicamente cuando se vuelva a los niveles de actividad precrisis, «cuando la recuperación sea autosostenida», señaló.

El debate será intenso, ya que las posturas difieren enormemente; por un lado, están los países llamados «halcones», liderados por Austria y Países Bajos, que defienden la austeridad en las finanzas públicas, y por otro, están los países del sur, encabezados por Francia, Italia y España, que reclaman una mayor flexibilidad y discrecionalidad en la aplicación de las reglas fiscales que se apliquen a partir de 2023.

La realidad muestra que, en cualquier caso, el límite del 60% de deuda sobre PIB es considerada una quimera con las cifras actuales de endeudamiento, por lo que, en opinión de muchos expertos el camino hacia unas cuentas públicas saneadas y sostenibles deberá definirse en base a una estrategia de reducción gradual de esta deuda con objetivos diferentes para cada país, aplicando una regla de gasto (una limitación del aumento del gasto público teniendo en cuenta la trayectoria del crecimiento).

2. UE-EEUU: fin del conflicto arancelario por las ayudas a Airbus y Boeing

La visita del nuevo presidente norteamericano Joe Biden a las instituciones de la UE en Bruselas a mediados de Junio se saldó con el esperado anuncio del fin de la «guerra comercial» entre los bloques provocada por la disputa de las ayudas a Airbus y Boeing.

Bruselas y Washington alcanzaron un acuerdo para suspender la imposición de aranceles mutuos y encontrar una solución duradera a una disputa de casi 20 años, y que estaba generando un daño económico de unos 11.500 millones de dólares (unos 9.500 millones de euros).

El pacto, que significa la suspensión durante cinco años de las tarifas impuestas a raíz del conflicto provocado por los subsidios a los grupos aeronáuticos Airbus y Boeing, mostraba, en palabras de la presidenta de la Comisión Europea Ursula Von der Leyen, «el nuevo espíritu de cooperación entre la UE y EEUU y la posibilidad de resolver los problemas para nuestro beneficio mutuo».

El ex presidente estadounidense Donald Trump había impuesto en 2019 aranceles por valor de 7.500 millones de dólares a las exportaciones europeas, una decisión contestada un año después por parte de la UE en forma de aranceles por valor de 4.000 millones de dólares a las exportaciones estadounidenses. En total, sumaban más de 11.500 millones de dólares en una represalia cruzada autorizada por la Organización Mundial del Comercio, y cuyo

origen se remontaba al año 2004, cuando Estados Unidos presentó la primera queja ante la OMC por las ayudas de la UE a Airbus en forma de créditos con intereses muy inferiores a los de mercado para el desarrollo de sus nuevos aviones, lo que perjudicaban los intereses y la competitividad de su rival estadounidense Boeing. También la UE denunció posteriormente ante el organismo multilateral las ayudas en forma de incentivos fiscales recibidos por la propia Boeing.

La noticia de esta «paz comercial» fue recibida con satisfacción por gran parte del sector agrícola español, ya que los aranceles americanos afectaban a productos que les afectaba directamente, como el vino, el aceite o el queso.

Desde la Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) señalaban que «desde su imposición en octubre de 2019, un total de 113 categorías de productos españoles, que representan el 53,1% sobre el total de productos exportados a EEUU, se han visto gravados con aranceles del 25%, causando un grave perjuicio en productos tan significativos como el aceite de oliva, el vino, el queso, la aceituna de mesa, la carne de porcino, los zumos, el procesado de pescados o las bebidas espirituosas».

3. *Fiscalidad: Información obligatoria de las grandes corporaciones sobre beneficios e impuestos «país por país»*

Cinco años después de que la Comisión Europea lanzara una propuesta en 2016, el Parlamento Europeo y el Consejo alcanzaron, a comienzos de Junio de este año, un importante acuerdo para la aprobación de una Directiva que obligará a las grandes multinacionales a detallar en sus cuentas información sobre su presencia en cada país, con una breve descripción de su actividad, el número de empleados, el volumen neto de negocios, los beneficios o pérdidas antes de impuestos, los tributos devengados y pagados al fisco y los beneficios acumulados.

Además de facilitar estos datos sobre su actividad e impuestos pagados en los países de la UE, también deberán facilitar el mismo detalle respecto a los Estados incluidos en la «lista negra» de la UE de paraísos fiscales (territorios que no cumplen los estándares mínimos de cooperación y transparencia fiscal), y respecto a los que lleven dos años o más en la «lista gris» (aquellos que tampoco cumplen, pero se han comprometido a enmendar su legislación).

Este detalle en las cuentas de las empresas será un elemento esencial en la transparencia de la actividad de las grandes corporaciones, y permitirá conocer con mayor claridad la ingeniería financiera y las prácticas de evasión fiscal.

La medida, que afectará a las grandes corporaciones, cuya facturación anual sea superior a 750 millones de euros durante más de dos ejercicios consecutivos (y a sus filiales, sin que importe su tamaño, si se considera

que existen solo para ayudar a la matriz a eludir este requisito), salió adelante con algunas concesiones del Parlamento Europeo, como la aprobación de la cláusula de salvaguarda de cinco años a la que podrían acogerse las empresas (y dejar de reportar su actividad en un territorio) en el caso de que justificaran que esta información pudiera afectar a su competitividad.

La Directiva deberá ser revisada dentro de cuatro años, con las aspiraciones declaradas por el Parlamento de rebajar el umbral de facturación necesario para que una empresa deba presentar estos informes, ampliar el alcance geográfico de la información hasta tener que informar sobre la actividad en todo el mundo y limitar la cláusula de salvaguarda mencionada.

La aprobación definitiva de la Directiva requerirá, en todo caso, las votaciones finales en el pleno de la Eurocámara y en el Consejo que, previsiblemente, tendrán lugar después del verano.

Una vez aprobada la Directiva, la UE pondrá en marcha una iniciativa que es conocida como el ‘Country by Country Report’ y que llevaba cinco años sobre la mesa a partir de un proyecto de la OCDE aunque, de hecho, ya se aplica en una mayoría de Estados miembros, entre ellos, España,

4. *Competencia: investigaciones por prácticas monopolísticas de Facebook y Google*

Después de una investigación preliminar, los servicios de la Competencia del ejecutivo comunitario anunciaron el 4 de Junio el inicio de una investigación antimonopolio contra Facebook, al confirmar sus sospechas de que la tecnológica podría estar haciendo uso de los datos que recopila de los anunciantes que se publicitan en su red social, para competir con ellos en su servicio de anuncios clasificados Facebook Marketplace, una plataforma fundada en 2016 que ofrece a los usuarios de su red social la compra-venta de artículos de forma gratuita.

Bruselas quiere examinar si estas prácticas perjudican la competencia en ese mercado, en la medida en que Facebook podría estar utilizando, en su caso, datos valiosos que manejan las empresas que se anuncian en la plataforma. Sospecha que, por ejemplo, Facebook podría estar recibiendo información precisa sobre las preferencias de los usuarios a partir de su interacción con los anuncios de sus competidores y que, con esa información, la corporación norteamericana podría estar adaptando Facebook Marketplace para imponerse a sus rivales.

«Casi 3.000 millones de personas usan Facebook mensualmente y casi siete millones de empresas se anuncian en él. Facebook recopila grandes cantidades de datos sobre las actividades de los usuarios de su red social y más allá, lo que le permite dirigirse a grupos de clientes concretos. Anali-

zaremos detalladamente si estos datos le dan una ventaja competitiva indebida, en particular en el sector de los clasificados en línea, donde la gente compra y vende productos todos los días y donde Facebook también compete con empresas de las que recopila datos», afirmaba la Comisión en un comunicado.

Bruselas también examinará si la forma en la que Facebook Marketplace está integrado en la red social constituye «una forma de vinculación» que le da ventaja para llegar a los clientes e imponerse a la competencia.

Por su parte, el 22 de junio el ejecutivo comunitario hizo pública su decisión de iniciar otra investigación formal antimonopolio contra Google para analizar, en este caso, sus prácticas en el mercado de la publicidad online y determinar si ha favorecido sus propios servicios de tecnología de publicidad gráfica online en detrimento de sus competidores, anunciantes y editores.

Bruselas pretende valorar si, en efecto, Google está distorsionando la competencia al restringir el acceso de terceros a los datos de los usuarios en sitios web y aplicaciones con fines publicitarios, mientras reserva dichos datos para su propio uso.

La comisaria responsable de la competencia, Margrethe Vestager, señaló que «los servicios de publicidad online son la base de cómo Google y los editores monetizan sus servicios en línea. Google recopila datos para utilizarlos con fines publicitarios específicos, vende espacios publicitarios y también actúa como intermediario, por lo que está presente en casi todos los niveles de la cadena de suministro de la publicidad online».

El Ejecutivo comunitario recordaba en su comunicado que muchos editores confían en este tipo de publicidad gráfica online para financiar contenidos y publicaciones que ofrecen de forma gratuita en internet. Y estimaba que, en 2019, el volumen de gasto en la publicidad online en la UE alcanzó los 20.000 millones de euros.

Según Vestager, la igualdad de condiciones es fundamental para todos los integrantes de la cadena de suministro. «La competencia leal es importante, tanto para que los anunciantes lleguen a los consumidores en los sitios de los editores, como para que los editores vendan su espacio a los anunciantes para generar ingresos y financiación para el contenido», señaló.

Bruselas examinará, entre otros temas, las condiciones que impone la tecnológica para la compra de espacios publicitarios en YouTube o la obligación de usar su servicio de gestión de los anuncios. Y, también, las restricciones que impone a terceros para acceder a datos sobre la identidad y el comportamiento de los usuarios que sí están disponibles para los servicios de intermediación publicitaria del gigante tecnológico.

Google, por su parte, defendió sus servicios y señaló que «miles de empresas europeas utilizan nuestros productos publicitarios porque son com-

petitivos y eficaces» y mostró el compromiso de la empresa en «seguir colaborando de forma constructiva con la Comisión para demostrar las ventajas de nuestros productos».

5. Investigación sobre la compra de Air Europa por parte del grupo IAG

La Comisión Europea decidió a finales de Junio iniciar una investigación sobre la adquisición de Air Europa por parte del grupo IAG, la matriz de Iberia, tras negar su autorización al proyecto de fusión, puesto que según el ejecutivo comunitario esta operación podría reducir la competencia en los mercados del transporte aéreo nacional e internacional.

Bruselas planteaba reservas en dos temas. Por una parte, teme que la propuesta planteada por IAG suponga «reducir significativamente» la competencia en 70 rutas nacionales o que tienen como origen o destino una ciudad española, en las que ambas compañías ahora compiten. «En varias rutas, IAG y Air Europa son las dos únicas compañías aéreas que las explotan», destacaba el comunicado. Y a escala internacional, la Comisión también se mostraba preocupada por varias rutas entre Madrid y los Estados Unidos y América Latina.

Y en segundo lugar, Bruselas teme el efecto que pueda tener la operación en otras compañías aéreas que dependen de la red nacional de corta distancia de Air Europa para sus operaciones en el aeropuerto de Madrid y en otros aeropuertos de la Unión Europea, ya que sin los vuelos de enlace que ahora ofrece Air Europa, muchas compañías podrían decidir suspender sus vuelos internacionales ante la competencia de IAG, lo cual podría resultar, finalmente, en una subida de tarifas aéreas para los pasajeros.

La Comisión valoraba también que ni siquiera las compañías de bajo coste lograrían ejercer una competencia suficiente en varias rutas con altas cuotas de mercado conseguidas por la nueva entidad.

«IAG, que opera con Iberia y Vueling, entre otros, y Air Europa son las principales compañías aéreas de España. También son proveedoras fundamentales de conexiones entre España, el resto de Europa y América Latina. Examinaremos cuidadosamente si la operación propuesta afectaría negativamente a la competencia en las rutas nacionales, de corta distancia y de larga distancia con origen y destino en España, lo que podría dar lugar a precios más elevados y a una menor calidad para los viajeros», sostuvo la comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, en un comunicado.

En este primer análisis, Bruselas señalaba que serán necesarias concesiones y compromisos por parte de IAG para que la operación, notificada en mayo, siga adelante.

6. *Reforma de la Política Agrícola Común*

El 28 de Junio los países de la Unión Europea dieron luz verde al acuerdo sobre la reforma de Política Agrícola Común, PAC, para el periodo 2023-2027, con el objetivo de afrontar los retos ambientales y climáticos a través de una producción más sostenible.

Durante el debate público del Consejo de ministros de Agricultura celebrado en Luxemburgo se analizó el acuerdo logrado previamente entre los representantes de las instituciones europeas (Consejo y Parlamento con la mediación de la Comisión Europea), que establecía una serie de medidas destinadas a conseguir que los agricultores adopten prácticas agrícolas «más ecológicas» y que incluía una serie de normas sobre condicionalidad que los agricultores deberán cumplir para recibir el apoyo de la PAC, incluida la conservación de suelos ricos en carbono mediante la protección de humedales y turberas, y unas cuotas mínimas de tierra cultivable para proteger la biodiversidad.

La reforma incluye la novedad de los «ecoesquemas» con los que, en efecto, se pretende apoyar e incentivar a los agricultores para que desarrollen e implementen prácticas agrícolas respetuosas con el medio ambiente. El objetivo de la reforma no es otro que alinear la política agrícola al Pacto Verde europeo para impulsar una producción y un consumo más sostenibles.

«Es la mayor reforma de la PAC desde los 90. Teníamos la ambición de lograr una agricultura más sostenible, justa, inclusiva y que nos proporcione autonomía estratégica y lo hemos logrado», señaló la ministra de Agricultura de Portugal, Maria do Céu Antunes, cuyo país ha presidido la UE este semestre.

Las instituciones deberán ahora concluir los detalles técnicos de la reforma propuesta, tras lo cual será aprobada formalmente por el Parlamento Europeo y el Consejo, para poder ser aplicada en 2023.

Con todo, las organizaciones agrarias españolas mostraron su recelo por el destino de los fondos de la PAC a las políticas verdes, que incluirán, efectivamente, nuevas exigencias medioambientales que supondrán, eventualmente, mayores costes de producción y la pérdida de competitividad frente a las importaciones extracomunitarias, que se benefician de menores estándares y exigencias laborales, medioambientales y de seguridad alimentaria.

El sector teme que la reforma pudiera derivar en pérdidas de rentabilidad, cierres de pequeñas y medianas explotaciones y una menor autosuficiencia alimentaria para la Unión Europea.

Cuadernos Europeos de Deusto

Deusto Journal of European Studies

