



FACULTAD DE DERECHO

***Opt-outs* en la Unión Europea: la Europa a varias velocidades**

Bartolomé Torrico Carvajal

Máster Universitario en Asuntos Internacionales

Derecho Internacional Público

Tutora: Cristina Gortázar Rotaèche

Madrid, 2018

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
1 – UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA: DINAMARCA.....	9
1.1 – Descripción.....	10
1.2 – Desarrollo	10
1.2.1 – <i>Las negociaciones de Maastricht</i>	12
1.2.2 – <i>El Tratado de Maastricht</i>	13
1.2.3 – <i>El Acuerdo de Edimburgo</i>	18
1.2.4 – <i>El opt-out hasta hoy</i>	19
1.3 – Conclusión.....	19
2 – POLÍTICA COMÚN DE SEGURIDAD Y DEFENSA: DINAMARCA	21
2.1 – Descripción.....	22
2.2 – Desarrollo	22
2.2.1 – <i>La Unión Europea Occidental</i>	22
2.2.2 – <i>La Política Común de Seguridad y Defensa</i>	24
2.2.3 – <i>La Cooperación Estructurada Permanente</i>	27
2.3 – Conclusión.....	29
3 – EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: DINAMARCA E IRLANDA	30
3.1 – Descripción.....	31
3.2 – Desarrollo	32
3.2.1 – <i>El espacio Schengen y el mercado interior</i>	32
3.2.2 – <i>El Tratado de Maastricht</i>	33
3.2.3 – <i>El Tratado de Ámsterdam</i>	34
3.2.4 – <i>El Tratado de Lisboa</i>	36
3.3 – Conclusión.....	38
4 – CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: POLONIA	40
4.1 – Descripción.....	40
4.2 – Desarrollo	41
4.3 – Conclusión.....	43
CONCLUSIONES.....	44
BIBLIOGRAFÍA	46

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- AED: Agencia Europea de Defensa.
- AUE: Acta Única Europea.
- BCE: Banco Central Europeo.
- CAJI: Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior.
- CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- CED: Comunidad Europea de Defensa.
- CIG: Conferencia Intergubernamental.
- CMUE: Comité Militar de la Unión Europea.
- COPS: Comité Político y de Seguridad.
- CPJP: Cooperación Policial y Judicial Penal.
- CTA: Zona de Viaje Común, por sus siglas en inglés.
- ECU: Unidad Monetaria Europea, por sus siglas en inglés.
- ELSJ: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.
- EMUE: Estado Mayor de la Unión Europea.
- ERM: Mecanismo de Tipos de Cambio, por sus siglas en inglés.
- IME: Instituto Monetario Europeo.
- OTAN: Organización del Tratado del Atlántico Norte.
- PCSD: Política Común de Seguridad y Defensa.
- PESC: Política Exterior y de Seguridad Común.
- PESCO: Cooperación Estructurada Permanente, por sus siglas en inglés.
- PESD: Política Europea de Seguridad y Defensa.
- SEBC: Sistema Europeo de Bancos Centrales.
- SIS: Sistema de Información de Schengen.
- SME: Sistema Monetario Europeo.
- TCE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
- TCEE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.
- TUE: Tratado de la Unión Europea.
- UEM: Unión Económica y Monetaria.
- UEO: Unión Europea Occidental.
- UNP: Unión Nórdica de Pasaportes.

RESUMEN

Los países que participan del experimento de integración supranacional que es la Unión Europea no son, ni mucho menos, homogéneos, como tampoco lo son sus intereses políticos. Siempre ha habido países que han impulsado una mayor, más profunda y/o más rápida integración en varios sectores, mientras que otros han preferido aproximarse con más cautela o recelo al tema, limitando claramente la integración a materias en las que la cesión de soberanía sea mínima. Para poder conjugar ambas visiones, los Estados han tenido que llegar a complejísimo acuerdos y compromisos, entre los cuales destacan los *opt-outs*. En este Trabajo, realizaremos un análisis detallado de cuáles son esos *opt-outs* vigentes y de los países y sectores a los que afectan, así como de su desarrollo histórico, su forma jurídica, y sus efectos. Terminaremos concluyendo que la pervivencia de los *opt-outs* es perjudicial no sólo para los intereses de la Unión Europea sino también, en varios sentidos, para los de los países que los ostentan.

PALABRAS CLAVE

Opt-out, protocolo, supranacional, intergubernamental, UEM, PCSD, ELSJ, CDFUE.

ABSTRACT

Countries participating in the supranational integration experiment the European Union is, are not, in any way, homogeneous, nor are their political interests. There have always been countries driving further, deeper, and/or quicker integration in several sectors, while others have preferred to have a more cautious, distrustful approach to the subject. In order to combine both visions, the States have been obliged to reach complex agreements and compromises, among which the opt-outs stand out. In this academic work, we will carry out a detailed analysis on what those opt-outs in force are and the countries and sectors affected by them, as well as their historical development, legal form, and effects. We will finish by concluding that the persistence of the opt-outs is detrimental not only for the interests of the European Union, but also, in several aspects, for those of the countries that hold them.

KEY WORDS

Opt-out, protocol, supranational, intergovernmental, EMU, CSDP, AFSJ, CFREU.

INTRODUCCIÓN

Un tema cada vez más recurrente en los debates sobre el futuro de la Unión Europea es la noción de la Europa a varias velocidades, en referencia a la posibilidad de que se permita a un grupo de países llegar más lejos o más rápido, en términos de integración, en un sector político determinado. Se conecta así también con una vieja disyuntiva de la UE, entre una mayor integración entre un menor número de miembros, o un número de miembros tan amplio como sea posible. No es propósito de este Trabajo, por supuesto, tomar una postura u otra en ninguno de estos debates, sino simplemente servir de herramienta. Al menos desde el punto de vista jurídico, ya existen numerosas formas de llevar la integración europea por esta vía de la doble velocidad; nos centraremos en estudiar la más importante de estas vías en términos jurídicos, ya que, al formar parte del Derecho originario, afectan a todos los Estados miembros, y cualquier cambio en ellos puede resultar complicado de llevar a cabo. En una UE situada en un punto de inflexión, tras el abandono de Reino Unido o frente a las crisis políticas con países del Este como Polonia, es necesario detenerse en este delicado aspecto de la integración europea en el marco de la UE.

Objeto de estudio

El objeto de estudio de este Trabajo son los cinco *opt-outs* vigentes en la actualidad en el derecho originario europeo, esto es, cláusulas de exención para Estados miembros concretos sobre una parte del proceso de integración, introducida en los Tratados constitutivos, con las consecuencias que ello conlleva para su vigencia o alteración. Excluyendo aquellos de Reino Unido, como explicaremos más adelante, estos *opt-outs* serían cinco: tres de Dinamarca (el de la Unión Económica y Monetaria, el de la Política Común de Seguridad y Defensa, y el del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), uno de Irlanda (el del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), y uno de Polonia (el de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Preguntas de investigación

Las preguntas de investigación de este Trabajo son tres, una cuya respuesta es requisito previo para responder a la siguiente. Así, la primera vendría referida a si es posible o no concebir y analizar los *opt-outs* objetos de estudio como un conjunto único, y no como cinco casos concretos (o tres, si los clasificamos por países), con un carácter estanco y poca o ninguna similitud entre sí. La respuesta hallada a esta pregunta depende del punto

de vista. Desde una perspectiva comunitaria, los cinco *opt-outs* pueden ser observados como un conjunto, ya que presentan formas jurídicas similares (protocolos a los Tratados), tienen su origen en factores políticos concretos de sus respectivos países, y tienen el mismo efecto sobre las políticas comunitarias afectadas. Este efecto no es otro que la formación de un núcleo de Estados más interesados en la integración europea, y una serie de Estados más centrados en problemas coyunturales. Ello nos lleva a la segunda pregunta, referida a si la pervivencia de los *opt-outs* confirma la existencia de una Europa a dos velocidades. Pues bien, la respuesta hallada es que, en efecto, estos *opt-outs* contribuyen a generar dos velocidades – o visiones – de la integración europea, como ha ocurrido en los casos de la UEM, el espacio Schengen, o la PESCO. Por último, y centrándonos ya en la valoración que merecen estos *opt-outs* desde una perspectiva jurídico-política, nos hemos preguntado cómo afecta su existencia a la Unión Europea, pero también a los Estados que los ostentan. La respuesta es que, en efecto, afectan negativamente a la UE, y también a los Estados (esto será especialmente patente en el caso de Dinamarca).

Objetivos

El objetivo del grueso de este Trabajo es, por tanto, responder a estas cuestiones a través del estudio concienzudo de cada uno de estos *opt-outs*. Intentaremos establecer un patrón común de análisis para poder así presentar los *opt-outs* como un conjunto de casos con características y desarrollos comunes.

Metodología

Para acometer este Trabajo de análisis, hemos recurrido sobre todo a las fuentes normativas, ya que los *opt-outs* objeto de nuestro estudio son precisamente cláusulas de exención del Derecho originario. Todos residen, jurídicamente hablando, en protocolos anexos a los Tratados constitutivos. También hemos utilizado múltiples publicaciones, la mayoría de órganos oficiales, para conectar cada *opt-out* con el presente y con sus consecuencias.

Estructura

Hemos procurado seguir una estructura lo más clara posible, de manera que se pueda comprender el Trabajo no como un mero análisis de cinco *opt-outs*, sino también como una visión general de los mismos. Así, el orden de exposición de los cinco viene motivado

por la antigüedad de cada uno de ellos, es decir, el momento desde el que han estado en vigor. Todos han sido analizados de igual manera, siendo su estructura la siguiente. En primer lugar, realizamos un breve comentario sobre la política concreta en la cual se produce el *opt-out* para delimitar su impacto y su coste de oportunidad. A continuación, se hace una aclaración que bien podría servir como resumen de cada capítulo, ya que se explica bajo qué forma jurídica existe ese *opt-out* en el ordenamiento de la Unión. El grueso de cada capítulo lo ocupa el repaso del desarrollo histórico de la política en cuestión y del propio *opt-out*, para poder hacernos una idea del impacto del mismo, sus orígenes y sus causas. Finalmente, se ofrece una serie de conclusiones concretas sobre cada capítulo valorando el papel de estos países y cómo se han visto afectados por los *opt-outs*.

Marco teórico, revisión de la literatura y estado de la cuestión

Por motivos obvios, hemos excluido al Reino Unido de nuestro marco teórico, debido a su próxima salida de la Unión Europea en 2019. Así, evitamos entrar a valorar los otros tres *opt-outs* de que disfruta el país ahora mismo (UEM, ELSJ, y CDFUE), que ha sido históricamente adalid de la Europa a dos velocidades y su geometría variable, ya que en pocos meses dejará de ser miembro de la UE.

Este Trabajo reviste un interés notable por el hecho de que no existe mucha literatura que considere los *opt-outs* como un objeto de estudio *per se*, analizándolos como un conjunto de objetos asimilables en aspecto alguno. En lugar de eso, existe abundante literatura que trata el encaje particular y situación de los países (Dinamarca, Irlanda y Polonia) en el marco de la UE, lo cual deja bastante sitio para la aportación al estado de la cuestión. Los *opt-outs* que van a quedar en la UE tras el Brexit, ¿tienen características comunes? ¿Son convenientes para el proyecto de integración europea o no? Es el propósito de este Trabajo el intentar responder, exacta y reposadamente, a estas cuestiones.

1 – UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA: DINAMARCA

En este primer capítulo analizaremos el *opt-out* danés de la Unión Económica y Monetaria (UEM), el conjunto de políticas de la UE relativas a la progresiva integración monetaria, económica, bancaria y presupuestaria de los Estados miembros, orientada a mejorar la capacidad económica de la Unión y de sus ciudadanos:¹

La unión económica y monetaria supone un paso más en el proceso de integración económica de la UE, que se inició en 1957. La integración económica proporciona a la economía de la UE en su conjunto y a las economías de los distintos Estados miembros las ventajas de una dimensión, una eficiencia interna y una solidez mayores, lo que, a su vez, permite un incremento de la estabilidad económica, del crecimiento y del empleo, que benefician directamente a los ciudadanos europeos.

La integración de la UEM es un proceso en marcha del cual participan todos los Estados miembros, si bien en distinta medida; fue estructurada, como estudiaremos a continuación, en tres fases. En la actualidad, 19 Estados² se encuentran en la tercera fase, que constituye el grado máximo de integración; el Derecho originario obliga a otros siete³ a unirse a ella en tanto en cuanto cumplan los requisitos establecidos, mientras que exime a otros dos⁴ de tener que hacerlo. Los países participantes en la tercera fase de la UEM constituyen en la actualidad un bloque que es la tercera mayor economía del planeta en términos de PIB-PPA tras China y Estados Unidos⁵. El logro más importante y tangible de la integración en este bloque es su moneda común, el euro:

La moneda única ofrece múltiples ventajas, como la eliminación de los tipos de cambio fluctuantes y los costes del cambio. Para las empresas es más fácil el comercio transfronterizo y la estabilidad económica es mayor, por lo cual la economía crece y los consumidores tienen más opciones. La moneda común también anima a las personas a viajar y a comprar en otros países. En el ámbito mundial, el euro da mayor proyección a la UE: es la segunda moneda internacional después del dólar estadounidense.⁶

La UEM tiene su base jurídica originaria en el art. 3.4 del Tratado de la Unión Europea⁷ (TUE), según el cual “la Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya

¹ Comisión Europea, “La UE y la Unión Económica y Monetaria”, 2017. Disponible en <http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/emu/es/>, última visita 14/05/2018.

² Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos y Portugal.

³ Bulgaria, Chequia, Croacia, Hungría, Polonia, Rumanía y Suecia.

⁴ Dinamarca y Reino Unido.

⁵ Base de datos del *International Comparison Programme*, Banco Mundial, 2016. Disponible en https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.PP.CD?end=2016&start=2016&view=map&year_high_desc=false, última visita 14/05/2018.

⁶ Comisión Europea, “Comprender las políticas de la Unión Europea: la Unión Económica y Monetaria y el euro”, 2015, pp. 3-6. Disponible en https://europa.eu/european-union/file/279/download_es?token=rEKvYHEA, última visita 14/05/2018.

⁷ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 – versión consolidada de 2016 (DO C 202/287, de 7 de junio de 2016).

moneda es el euro”, así como en los artículos 119-144, 219 y 282-284 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸ (TFUE).

1.1 – Descripción

Dinamarca es, junto al Reino Unido, el único Estado de la UE que no está jurídicamente obligado a adoptar el euro. Ello es así gracias al *opt-out* que el país consiguió durante las negociaciones del Tratado de Maastricht, el cual le permite no participar de la tercera fase de la UEM. Dicho *opt-out* existe actualmente bajo la forma de un protocolo anexo a los Tratados⁹, así como del llamado Acuerdo de Edimburgo.¹⁰

1.2 – Desarrollo

El primer impulso efectivo hacia lo que hoy conocemos como Unión Económica y Monetaria se produjo en el marco del Acta Única Europea¹¹ (AUE), mediante cuya firma en 1986 se reformaba el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea¹² (TCEE). Así, el AUE establecía un auténtico mercado interior común en la Comunidad, y una cooperación en materia de política económica y monetaria, con el objetivo de establecer progresivamente una unión económica y monetaria.¹³

Dos años después, en la cumbre de Hannover de 1988, se creó un comité formado por los gobernadores de los bancos centrales de los entonces doce Estados miembros encabezado por el presidente de la Comisión, Jacques Delors. A este comité se le encargó la misión de redactar un programa práctico, claro y realista para la creación de la unión

⁸ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 – versión consolidada de 2016 (DO C 202/47, de 7 de junio de 2016).

⁹ Protocolo nº 16, sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca, anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁰ Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea (Anexo I a la parte B de las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo), de 12 de diciembre de 1992 (DO N° C 348/2, de 31 de diciembre de 1992).

¹¹ Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 de febrero de 1986 (DO N° L 169/21, de 29 de junio de 1987).

¹² Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 (no publicado en Diario Oficial).

¹³ AUE, Título II, Capítulo II, Sección II, Subsecciones I y II.

económica y monetaria, el cual se acabaría traduciendo en el llamado Informe Delors de 1989¹⁴.

Este informe preveía la creación de una unión económica y monetaria con tipos de cambio fijos entre las divisas nacionales, de cara a la introducción final de una moneda común. Para ello, además de una política monetaria común, el Informe señalaba la necesidad de que existiera un “alto grado de compatibilidad” de las políticas económicas, así como “consistencia” en otro tipo de políticas, sobre todo las fiscales. Las máximas que debían guiar estas políticas eran estabilidad en los precios, crecimiento equilibrado, estándares de bienestar convergentes, alto grado de empleo, y equilibrio externo. Sin embargo, el Informe destacaba también que la Comunidad seguía consistiendo de Estados soberanos con diferentes características económicas, políticas y sociales; por lo tanto, la preservación de dicha pluralidad requeriría de autonomía para las decisiones económicas de los Estados, y de un reparto equilibrado de las competencias entre éstos y la Comunidad. En consecuencia, la UEM no podría desarrollarse siguiendo el ejemplo de países federales, sino que tendría que hacerlo sobre un modelo único e innovador. Dicho modelo se implantaría gradualmente en tres fases: una primera fase de iniciación, una segunda fase de transición, y una tercera fase final que incluiría la introducción de una moneda común.

La primera fase, iniciada el 1 de julio de 1990, se acometió en el marco institucional vigente, consistiendo en la liberalización total de la circulación de capitales en la Comunidad, la compleción de su mercado interno, una mayor convergencia de la actuación económica a través del fortalecimiento de la coordinación en política económica y monetaria, y múltiples políticas de reducción de desequilibrios. Sin embargo, a diferencia de la primera, la segunda fase sí requeriría un nuevo marco institucional para que los Estados pudieran empezar a traspasar la toma de decisiones y la gestión de políticas a instancias comunitarias; este fue, en efecto, uno de los grandes objetivos de las negociaciones orientadas a la firma de un nuevo Tratado.

¹⁴ Comité para el estudio de la unión económica y monetaria, *Report on economic and monetary union in the European Community*, Bruselas, 1989.

1.2.1 – Las negociaciones de Maastricht

La conferencia intergubernamental (CIG) encargada de la UEM inició sus sesiones en diciembre de 1990, las cuales transcurrieron con un acuerdo mayoritario de fondo sobre los objetivos y medios que debía tener la UEM¹⁵. Dinamarca, que había aceptado formalmente las fases segunda y tercera en agosto de 1990, veía la UEM como una oportunidad para reducir su dependencia y vinculación a la política económica de Alemania. Desde 1979, la corona danesa había estado vinculada, como el resto de divisas de la Comunidad, a una Unidad Monetaria Europea (ECU, por sus siglas en inglés), fuertemente influida por el marco alemán, a través del antiguo Mecanismo de Tipos de Cambio (ERM, por sus siglas en inglés). Además, desde principios de los ochenta Dinamarca venía practicando una política monetaria de tipo de cambio fijo que, si bien favorecía la estabilidad de la corona, la ligaba aún más al marco alemán. La reunificación germana trajo, a partir de 1989, una política fiscal más estricta en Alemania, la cual no conjugaba necesariamente con los ciclos económicos del resto de países. Dinamarca, al igual que varios Estados pequeños de la Comunidad, no estaba interesada en depender de una política alemana centrada casi exclusivamente en la estabilidad de precios, sino que pretendía también perseguir otros objetivos macroeconómicos, como el empleo, a través de políticas más expansivas. Por lo tanto, el establecimiento de una unión económica y monetaria común a toda la Comunidad, y la posterior adopción de una moneda única, suponían para Copenhague el paso de una importante dependencia de la política monetaria alemana, a la pertenencia a un bloque europeo con una única política monetaria. Dinamarca ganaba influencia y poder de decisión en el seno de dicho bloque, a cambio de una reducción de su autonomía, la cual en la práctica era reducida o incluso nula. A todo esto había que añadir también el importante factor distintivo que suponía para el país pertenecer a la élite económica europea.^{16 17}

Sin embargo, a medida que las negociaciones avanzaron, la postura danesa fue transitando de este interés y apoyo a la UEM, hacia una mayor reticencia, sobre todo, con

¹⁵ FONSECA MORILLO, F. J., y MARTÍN BURGOS, J. A., “La Unión Europea: génesis de Maastricht”, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, p.549. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjkyMzImaWRlPTUmbmFtZTlSSUVfMDE5XzAwMl8wNjUucGRmJmZpbGU9UklFXzAxOV8wMDJfMDY1LnBkZiZ0YWJsYT1BcnRpY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg==>, última visita 11/05/2018.

¹⁶ MOURITZEN, H., WAEVER, O., y WIBERG, H., *European Integration and National Adaptations – A Theoretical Inquiry*, Nova Science Publishers, Nueva York, 1996, pp. 94-95.

¹⁷ ABILDGREM, K., *Monetary History of Denmark – 1990-2005*, Danmarks Nationalbank, Copenhague, 2010, p.9.

respecto a la tercera fase. Esta última fase de la UEM era, por mucho, la que implicaba una mayor cesión de soberanía, ya que conllevaba el abandono de la moneda nacional por la nueva moneda común. El recelo hacia la pérdida de autonomía se redobló durante la etapa final de las negociaciones, en 1991, cuando prosperó una propuesta de Francia e Italia para que la tercera fase de la UEM no fuera opcional sino obligatoria para todos los países que cumplieran los criterios de convergencia¹⁸. En diciembre de 1991, el Parlamento danés se oponía expresamente a la tercera fase de la UEM, adoptando formalmente una resolución, el 5 de diciembre, que incluía el siguiente mandato¹⁹:

Parliament calls on the Government in the concluding negotiations on changes in EC co-operation to work for: (...) no Danish commitment to participate in a common EC currency.

1.2.2 – El Tratado de Maastricht

Finalmente, el 7 de febrero de 1992, los doce Estados miembros firmaban el Tratado de Maastricht, por el cual se reformaba el llamado Tratado de la Comunidad Europea²⁰ (TCE), y se creaba el nuevo Tratado de la Unión Europea²¹ (TUE), dando origen a la Unión Europea y, en su seno, a la Unión Económica y Monetaria. Así, el TFUE citaba como primer objetivo de la recién creada UE lo siguiente:²²

Promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado.

En el Capítulo 4 del Título VI (política económica y monetaria) se hace referencia al desarrollo por fases de la UEM. El artículo 109 E.1 estableció que la segunda fase de la UEM se iniciaría el 1 de enero de 1994, siendo ésta una fase de transición caracterizada por el progresivo traspaso de la toma de decisiones y la gestión de políticas, desde instancias nacionales a instancias comunitarias. Para ello se crearon el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), el Banco Central Europeo (BCE), y el Instituto Monetario Europeo (IME). El artículo 109 J, por su parte, establecía los criterios a satisfacer por los

¹⁸ *Ibidem*, p. 201.

¹⁹ *White paper on Denmark and the Maastricht Treaty*, Consejo de la Unión Europea, 1992, p.41 (no publicado en Diario Oficial; documento SN 4364/92).

²⁰ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 – versión consolidada de 1992 (DO N° C 224/01, de 31 de agosto de 1992).

²¹ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (DO N° C 191/01, de 29 de julio de 1992).

²² Art. B TUE.

países que fueran a adoptar la moneda única, y fijaba la fecha de inicio de la tercera fase, como máximo, para 1999:

1. La Comisión y el IME presentarán informes al Consejo acerca de los progresos que hayan realizado los Estados miembros en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones en relación con la realización de la Unión Económica y Monetaria. Estos informes incluirán un examen de la compatibilidad de la legislación nacional de cada Estado miembro, incluidos los Estatutos de su banco central nacional, con el artículo 107 y el artículo 108 del presente Tratado, así como con los Estatutos del SEBC. Estos informes examinarán también la consecución de un alto grado de convergencia sostenible, atendiendo al cumplimiento de los siguientes criterios por parte de cada uno de los Estados miembros:

- el logro de un alto grado de estabilidad de precios, que deberá quedar de manifiesto a través de una tasa de inflación que esté próxima a la de, como máximo, los tres Estados miembros más eficaces en cuanto a la estabilidad de precios;

- las finanzas públicas deberán encontrarse en una situación sostenible, lo que quedará demostrado en caso de haberse conseguido una situación del presupuesto sin un déficit público excesivo, definido de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 104 C;

- el respeto, durante dos años como mínimo, sin que se haya producido devaluación frente a la moneda de ningún otro Estado miembro, de los márgenes normales de fluctuación que establece el mecanismo de tipos de cambio del Sistema Monetario Europeo;

- el carácter duradero de la convergencia conseguida por el Estado miembro y de su participación en el Mecanismo de Tipo de Cambio del Sistema Monetario Europeo deberá verse reflejado en los niveles de tipos de interés a largo plazo.

(...)

2. (...) el Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión, evaluará:

- para cada Estado miembro, si cumple las condiciones necesarias para la adopción de una moneda única;

- si una mayoría de Estados miembros cumple las condiciones necesarias para la adopción de una moneda única;

y recomendará sus conclusiones al Consejo, reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno. El Parlamento Europeo será consultado y transmitirá su dictamen al Consejo, reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno.

3. (...) el Consejo, a más tardar el 31 de diciembre de 1996, reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno, y por mayoría cualificada:

- decidirá (...) si una mayoría de Estados miembros cumple las condiciones necesarias para la adopción de una moneda única;

- decidirá si resulta apropiado que la Comunidad inicie la tercera fase; y, en ese caso,

- establecerá la fecha para el comienzo de la tercera fase.

4. Si al final del año 1997 no se hubiere establecido la fecha para el comienzo de la tercera fase, ésta comenzará el 1 de enero de 1999. A más tardar el 1 de julio de 1998, el Consejo, reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno, tras repetir el procedimiento establecido en los apartados 1 y 2, a excepción del segundo guión del apartado 2, teniendo en cuenta los informes mencionados en el apartado 1 y el dictamen del Parlamento Europeo, pronunciándose por mayoría cualificada y sobre la base de las recomendaciones del Consejo contempladas en el apartado 2, confirmará qué Estados miembros cumplen las condiciones necesarias para la adopción de una moneda única.

Se establecía así el camino para la introducción de una moneda única en todos los países de la Unión que cumplieran con los criterios de convergencia. Asimismo, la propuesta franco-italiana antes mencionada sobre la obligatoriedad e irreversibilidad de la tercera fase de la UEM se materializaba en un protocolo anexo al TCE²³, que aseguraba el inicio efectivo de la tercera fase en el plazo señalado previamente:

LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES,

Declaran el carácter irreversible del paso de la Comunidad a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria al firmar las nuevas disposiciones del Tratado relativas a la Unión Económica y Monetaria.

Por lo tanto, todos los Estados miembros, independientemente de si cumplen o no las condiciones necesarias para la adopción de una moneda única, acatarán la voluntad de que la Comunidad pase con celeridad a la tercera fase, por lo que ninguno de los Estados miembros impedirá el paso a la tercera fase.

Si a finales de 1997 aún no se hubiere fijado la fecha del comienzo de la tercera fase, los Estados miembros de que se trate, las instituciones de la Comunidad y los demás organismos implicados, ultimarán a lo largo de 1998 todo el trabajo preparatorio para permitir que la Comunidad pase irrevocablemente a la tercera fase el 1 de enero de 1999 y que el BCE y el SEBC empiecen a funcionar plenamente a partir de esa fecha.

El presente Protocolo se incorporará como Anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Así, Reino Unido y Dinamarca negociaron finalmente sendas exenciones de la participación en esa tercera fase de la UEM. El *opt-out* danés, que es el que centra este estudio, nació de este modo bajo la forma de un protocolo anexo al TCE²⁴, que pasamos a reproducir en su integridad:

LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES,

DESEANDO resolver, en consonancia con los objetivos generales del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, determinados problemas particulares existentes en el momento actual,

TENIENDO EN CUENTA que la Constitución danesa contiene disposiciones que pueden suponer la celebración de un referéndum en Dinamarca con anterioridad a la participación danesa en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria,

HAN CONVENIDO las siguientes disposiciones, que se incorporarán como Anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea:

1. El Gobierno danés notificará al Consejo su posición relativa a la participación en la tercera fase antes de que el Consejo haga su evaluación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 109 J del Tratado.

²³ Protocolo sobre la transición a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, anexo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

²⁴ Protocolo sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca, anexo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

2. En caso de notificación de que Dinamarca no fuere a participar en la tercera fase, Dinamarca disfrutará de una excepción. En virtud de la excepción, todos los artículos y disposiciones del Tratado y de los Estatutos del SEBC referentes a una excepción serán aplicables a Dinamarca.

3. En tal caso, Dinamarca no estará incluida entre la mayoría de los Estados miembros que cumplen las condiciones necesarias mencionadas en el segundo guion del apartado 2 y en el primer guion del apartado 3 del artículo 109 J del Tratado.

4. Por lo que atañe a la derogación de la excepción, el procedimiento contemplado en el apartado 2 del artículo 109 K sólo se iniciará a petición de Dinamarca.

5. En caso de derogación de la situación de excepción, dejarán de ser aplicables las disposiciones del presente Protocolo.

El gobierno danés conseguía así materializar esa resistencia a la adopción de la moneda única, introduciendo este protocolo que supedita la participación de Dinamarca en la tercera fase de la UEM a la celebración de un referéndum nacional, en línea con lo impuesto por el Protocolo sobre la transición a la tercera fase de la UEM. Dependiendo del resultado de dicha consulta, Copenhague notificaría al Consejo sobre su participación en la tercera fase. En caso de que Dinamarca decidiera, efectivamente, no participar, adquiriría el estatus de Estado miembro acogido a una excepción, cuya regulación se había incluido también en el nuevo articulado. Volvemos por tanto al art. 109 del TUE, que en su apartado K establecía este régimen al que Dinamarca acabaría acogándose:

1. Si se hubiere tomado la decisión de establecer la fecha de conformidad con el apartado 3 del artículo 109 J, el Consejo, basándose en sus recomendaciones contempladas en el apartado 2 del artículo 109 J, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión, decidirá si alguno de los Estados miembros y, en caso afirmativo, cuál o cuáles disfrutará de una excepción en el sentido contemplado en el apartado 3 del presente artículo. Dichos Estados miembros se denominarán en lo sucesivo "Estados miembros acogidos a una excepción".

Si el Consejo hubiere confirmado que Estados miembros cumplen las condiciones necesarias para la adopción de una moneda única, de conformidad con el apartado 4 del artículo 109 J, los Estados miembros que no cumplan las condiciones disfrutarán de una excepción en el sentido contemplado en el apartado 3 del presente artículo. Dichos Estados miembros se denominarán en el presente Tratado "Estados miembros acogidos a una excepción".

2. Una vez cada dos años, como mínimo, o a petición de cualquier Estado miembro acogido a una excepción, la Comisión y el BCE informarán al Consejo con arreglo al procedimiento del apartado 1 del artículo 109 J. Tras consultar al Parlamento Europeo y una vez debatida la cuestión en el Consejo, reunido en la formación de Jefes de Estado o de Gobierno, el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, decidirá que Estados miembros acogidos a una excepción reúnen las condiciones necesarias con arreglo a los criterios expuestos en el apartado 1 del artículo 109 J, y suprimirá las excepciones de los Estados miembros de que se trate.

3. Una excepción, en el sentido a que se hace referencia en el apartado 1, supondrá que no serán de aplicación al Estado miembro de que se trate: los apartados 9 y 11 del artículo 104 C, los apartados 1, 2, 3 y 5 del artículo 105, los artículos 105 A, 108 A y 109, y la letra b) del apartado 2 del artículo 109 A. La exclusión de este Estado miembro de los derechos y obligaciones correspondientes dentro del SEBC se establece en el Capítulo IX de los Estatutos del SEBC.

4. (...).

5. Los derechos de voto de los Estados miembros acogidos a una excepción quedarán suspendidos en el caso de las decisiones del Consejo a que se hace referencia en los artículos del presente Tratado mencionados en el apartado 3. (...)

6. (...).

En la práctica, el régimen de Dinamarca con respecto al derecho originario que no le sería de aplicación viene dado por el apartado 3 de este artículo. Así, las disposiciones listadas en él, de las que se exime al país en cuestión, son las relativas a las medidas coercitivas para la disciplina fiscal y a la política monetaria de SEBC y BCE. El Tratado instauraba por tanto un estatus destinado, en principio, a los países que no pudieran pasar a la tercera fase de la UEM en tanto en cuanto no satisficieran los criterios de convergencia. Sin embargo, a través de sus *opt-outs*, Reino Unido y Dinamarca quedaban como los únicos Estados a los que el Tratado permitía mantenerse fuera de la tercera fase independientemente de dichos criterios (en el caso de Dinamarca, mediante el Protocolo estudiado). Así, en teoría, el resto de Estados de la UE, presentes y futuros, deberían adoptar la moneda única tan pronto como cumplieran con los criterios de convergencia²⁵.

Firmado el Tratado, y conseguido el *opt-out* para Dinamarca, el Parlamento danés adoptó el Tratado de Maastricht en mayo de 1992, con 125 votos a favor y 25 en contra. Dado que, como preveía el Protocolo danés, la Constitución danesa contempla referéndum para todo proyecto de ley que autorice una transferencia de poderes a autoridades supranacionales, se convocó una consulta sobre la adopción del Tratado de Maastricht para el día 2 de junio. A pesar del apoyo del Gobierno, el Tratado fue rechazado por un 50,7 % de los votos²⁶.

²⁵ Decimos ‘en teoría’ porque esta obligación *de iure* de adoptar la moneda única se acabaría obviando *de facto*, relegando dicha adopción a una decisión meramente política. Así, aunque los siete Estados miembros que aún no han adoptado el euro y no están acogidos a *opt-out* están jurídicamente obligados a hacerlo en tanto en cuanto cumplan los criterios de convergencia, lo cierto es que dos de esos criterios están más sujetos a decisiones políticas que a condiciones económicas (compatibilización de la legislación bancaria con los Estatutos de SEBC y BCE, por un lado, y entrada y permanencia en el ERM II, por el otro). En la práctica, estos países adoptarán el euro cuando lo deseen; en 2010, la propia Comisión aceptó tácitamente esta tesis.

²⁶“Which EU referenda have taken place in EU Member States?”, *EU Information Centre*, Parlamento danés. Disponible en <http://english.eu.dk/en/faq/referendums>, última visita 14/05/2018.

1.2.3 – *El Acuerdo de Edimburgo*

Tras el ‘No’ danés, la integración europea había quedado en un *impasse*, dada la necesidad de que todos los Estados aprobaran el Tratado de Maastricht según sus mecanismos constitucionales para que éste pudiera entrar en vigor. Tras unas intensas negociaciones que se prolongaron durante el verano y el otoño de 1992, el Consejo Europeo alcanzó un acuerdo en diciembre, conocido como el Acuerdo de Edimburgo²⁷, por el que se eximía formalmente a Dinamarca de participar en las políticas de integración más intensas en cuanto a cesión de soberanía. Entre ellas, la principal era, en efecto, la UEM (estudiaremos el resto más adelante), tal y como estipulaba la Sección B de la Decisión:

1. En el Protocolo sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca anejo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se concede a Dinamarca el derecho a notificar al Consejo de las Comunidades Europeas su posición sobre su participación en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria. Dinamarca ha notificado que no participará en dicha tercera fase. Esta notificación surtirá efectos cuando entre en vigor la presente Decisión.

2. Por consiguiente, Dinamarca no participará en la moneda única, no estará obligada por las normas relativas a la política económica, que se aplicarán sólo a los Estados miembros que participen en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, y mantendrá sus actuales competencias en el ámbito de la política monetaria con arreglo a sus leyes y normativas nacionales, incluidas las competencias del Banco Nacional de Dinamarca en el ámbito de la política monetaria.

3. Dinamarca participará plenamente en la segunda fase de la Unión Económica y Monetaria y seguirá participando en la cooperación sobre los tipos de cambio dentro del SME.

Dinamarca hacía efectivo así su *opt-out*, concedido en el Tratado de Maastricht, para permanecer en la segunda fase de la UEM y no pasar a la tercera. El Acuerdo de Edimburgo, por su parte, se ocupaba de aclarar expresamente que lo estipulado por la Decisión sería de aplicación a Dinamarca y sólo a Dinamarca, eliminando cualquier posibilidad jurídica de extenderlo a miembros presentes o futuros de la Unión²⁸.

Una vez asegurado este régimen a medida para Dinamarca, y logradas las exenciones, el Gobierno convocó un segundo referéndum sobre la adopción del Tratado de Maastricht. El 18 de mayo de 1993, el pueblo danés aprobaba dicha adopción con el 56,8% de los votos²⁹, permitiendo que Dinamarca ratificara el Tratado de Maastricht el 17 de junio, y que éste entrara finalmente en vigor el 1 de noviembre de 1993.

²⁷ Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea (Anexo I a la parte B de las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo), de 12 de diciembre de 1992 (DO N° C 348/2, de 31 de diciembre de 1992).

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *EU Information Centre*, Parlamento danés, *op. cit.*

1.2.4 – El opt-out hasta hoy

Así, Dinamarca permaneció en la segunda fase de la UEM mientras el resto de países (salvo Reino Unido) avanzaba hacia la tercera. Seis años después, en 1999, la moneda única se convertía en realidad bajo la denominación de *euro*, el cual se introdujo como moneda única en los once países de la recién creada Eurozona, sustituyendo a las respectivas divisas nacionales, el día 1 de enero. Siguiendo esta introducción, y dado que interesaba igualmente a Gobierno, Banco Nacional, empresas, y la mayoría de decisores político-económicos^{30 31}, el Gobierno danés organizó un nuevo referéndum sobre el abandono del *opt-out* y la adopción del euro para el 28 de septiembre de 2000. El resultado fue, sin embargo, un tercer ‘No’, apoyado por el 53,1% de los votantes³².

La visión de la adopción del euro como una cesión de soberanía demasiado ambiciosa, unida a la crisis económica mundial y la subsiguiente crisis del euro, han disuadido a los sucesivos gobiernos de intentar suprimir el *opt-out* por el momento. De este modo, Dinamarca ha quedado como el único país permanentemente anclado en la segunda fase de la UEM. Tras la introducción del euro, en 1999, el ERM fue sustituido por un nuevo mecanismo de tipos de cambio, el ERM II, en el cual las divisas de los países que fueran a adoptar el euro deberían mantenerse durante al menos dos años, fluctuando en una banda determinada con respecto al euro. Así, ocho divisas nacionales han pasado por el ERM II antes de ser sustituidas por el euro, pero la corona danesa se ha mantenido en este mecanismo ininterrumpidamente desde su creación, fluctuando en una banda del $\pm 2.25\%$ con respecto a la moneda común³³.

1.3 – Conclusión

Actualmente, Dinamarca se encuentra en una condición única con respecto al euro, ya que es el único Estado con *opt-out* de la tercera fase de la UEM que, sin embargo, mantiene su divisa vinculada al euro a través del ERM II. Ello es causa de una paradójica situación en la que el país ha perdido influencia en el seno de la UE, sin ganar a cambio prácticamente ninguna autonomía. Así, Dinamarca no participa de la toma de decisiones

³⁰ MARCUSSEN, M., y ZØLNER, M., “*The Danish EMU referendum 2000: business as usual*”, *Government and Opposition*, vol. 36, n.3, 2001, pp. 379-402.

³¹ ABILDGREM, K., *op. cit.*, p.218.

³² *EU Information Centre*, Parlamento danés, *op. cit.*

³³ *EUR-Lex*, “Dinamarca: cláusula de exención de la UEM”, 2006. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A125061>, última visita 13/05/2018.

del núcleo económico de la Unión, ya que está excluida del Eurogrupo y del Consejo de Gobierno del BCE, donde se decide la política monetaria de la Eurozona. Sin embargo, las decisiones que se toman en estas instancias condicionan en enorme medida la política monetaria de la propia Dinamarca, ya que, como hemos visto, su divisa no puede fluctuar en más de un 2,25% con respecto al valor del euro. Esto, además de encarecer los tipos de interés daneses, hace que, en la práctica, Dinamarca no ejerza actualmente una política monetaria independiente³⁴; la ganancia de soberanía es, por tanto, bastante reducida. No faltan las voces que incluso afirman que Dinamarca ha quedado políticamente marginada de un núcleo europeo al que siempre había pertenecido³⁵. De hecho, y si la postura danesa al respecto no varía, esta marginación no hará sino aumentar cuando el Reino Unido abandone la UE, y Dinamarca quede como el único país legalmente eximido de adoptar el euro. Es probable que esta postura danesa se debilite aún más si el resto de Estados de la Unión deciden progresivamente adoptar el euro.

En este sentido, no parece probable que todos los países que aún no han adoptado el euro lo vayan a hacer en el corto-medio plazo; sin embargo, sí parece más plausible que, si las reformas de la UEM prosperan y la situación económica continúa mejorando, el interés por unirse a la Eurozona de estos países aumentará. En 2018, Bulgaria expresó formalmente su voluntad de adoptar el euro, a lo que la Comisión respondió afirmativamente (una vez se cumplan, claro está, todos los criterios de convergencia)³⁶.

³⁴ ABILDGREM, K., *op. cit.*, pp. 220-221.

³⁵ *Ibidem*, p.222.

³⁶TSOLOVA, T., “Bulgaria next to adopt euro, but should not rush, EU's Moscovici says”, *Reuters*, 27 de abril de 2018. Disponible en <https://www.reuters.com/article/us-bulgaria-eurozone-moscovici/bulgaria-next-to-adopt-euro-but-should-not-rush-eus-moscovici-says-idUSKBN1HY0PP>, última visita 14/05/2018.

2 – POLÍTICA COMÚN DE SEGURIDAD Y DEFENSA: DINAMARCA

En este segundo capítulo, estudiaremos el *opt-out* danés de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD), el conjunto de políticas de la UE orientado a impulsar la integración militar y de seguridad entre los Estados miembros, para dotar a la Unión de un instrumento eficaz y eficiente a la hora de hacer valer su voz en el mundo, objetivo último de la Política Exterior y de Seguridad Común a la que la PCSD pertenece.

La PCSD (...) incluye la construcción progresiva de una política de defensa común para la UE, y está orientada a maximizar las capacidades militares de la UE y desplegar misiones fuera de la Unión para el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos, y el fortalecimiento de la seguridad internacional de acuerdo con los principios de la Carta de las Naciones Unidas. La PCSD respetará las obligaciones de ciertos Estados miembros que ven su defensa colectiva realizada en la OTAN. Está comprendida en los artículos 42-46 del Tratado de la Unión Europea.³⁷

La gran mayoría de decisiones de la PCSD se toman por unanimidad, como ocurre en el resto de la PESC, ya que se trata de una política aún basada en la cooperación intergubernamental. Una excepción a esta norma la constituye la Cooperación Estructurada Permanente (PESCO), que estudiaremos más adelante. Es el grado máximo de integración militar que se da en el seno de la UE, y 25 Estados participan en ella: todos los Estados de la Unión salvo Reino Unido, Malta, y Dinamarca.

La PCSD no está orientada solamente al mero aumento de las capacidades militares de la UE, sino que comprende también políticas de integración en los ámbitos industrial y armamentístico, además de una mayor coordinación estratégica. No se limita a aumentar la capacidad de la Unión en este campo, sino que también la mejora y hace más eficiente. En conjunto, y según datos de la Comisión³⁸, la Unión Europea ocupa el segundo puesto mundial en cuanto a gasto en defensa, pero está lejos de ocupar ese mismo segundo puesto en cuanto a potencia militar. Ello se debe a inversiones ineficientes y descoordinadas, y a una falta general de visión y trabajo conjuntos de los Estados miembros. Así, el trabajo integrador de la PCSD no sólo aumenta las capacidades de la Unión en defensa, sino que puede generar importantes ahorros para los Estados miembros (entre 25.000 y 100.000 millones de euros según la Comisión), a través, por ejemplo, de la eliminación de duplicidades (múltiples tipos y estándares de armamento, vehículos, etc.).³⁹

³⁷ EUR-Lex, “Common Security and Defence Policy (CSDP)”, 2017. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/european_security_defence_policy.html, última visita 17/06/2018.

³⁸ Comisión Europea, “The EU strengthens cooperation on security and defence”, Servicio Europeo de Acción Exterior, 2018. Disponible en https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/35285/eu-strengthens-cooperation-security-and-defence_en, última visita 18/06/2018.

³⁹ *Ibidem*.

2.1 – Descripción

Dinamarca es el único Estado de la UE que ha decidido no participar de la integración europea en el ámbito de la defensa; ello viene dispuesto por un *opt-out* que Dinamarca consiguió durante las negociaciones del Tratado de Maastricht. Dicho *opt-out* existe actualmente bajo la forma de un protocolo anexo a los Tratados⁴⁰, así como del Acuerdo de Edimburgo⁴¹.

2.2 – Desarrollo

Lo que hoy conocemos como Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) debe su existencia a un ente previo, ya extinto, llamado Unión Europea Occidental (UEO), de la cual proviene. Analizaremos cómo los Estados miembros han impulsado la integración en defensa a través de esta organización y la política europea que la absorbió – la PCSD –, con la ausencia de Dinamarca, y estudiaremos sus últimos desarrollos y las posibilidades de que Dinamarca abandone su política de abstención en este campo.

2.2.1 – La Unión Europea Occidental

La UEO tiene su origen primario en el Tratado de Bruselas de 1948⁴², una convención de alianza militar internacional y defensa mutua que sería rápidamente eclipsada por la OTAN. Firmado por Reino Unido, Francia, y los países del Benelux, el Tratado venía motivado por los recelos de los países de Europa Occidental hacia una posible invasión soviética y, a su vez, ante la posibilidad de un resurgimiento militar de Alemania⁴³; esta última amenaza incluso venía expresamente prevista por el propio Tratado (preámbulo y artículo VII). Sin embargo, no sería hasta 1954 que la UEO comenzaría a existir bajo esas siglas, con la firma de los acuerdos de París del 23 de octubre y la consecuente modificación del Tratado de Bruselas de 1948. El proyecto de extender la integración militar a toda Europa para mantener al continente como potencia independiente de los

⁴⁰ Protocolo nº 22, sobre la posición de Dinamarca, anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁴¹ Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea (Anexo I a la parte B de las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo), de 12 de diciembre de 1992 (DO Nº C 348/2, de 31 de diciembre de 1992).

⁴² Tratado de colaboración económica, social y cultural y de legítima defensa colectiva, firmado en Bruselas el 17 de febrero de 1948.

⁴³ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2012, p.33.

bloques de la Guerra Fría había fracasado con la Comunidad Europea de Defensa (CED), tumbada por la Asamblea francesa; por tanto, la modificación del Tratado fue la vía escogida para incluir a Italia y Alemania en la recién creada UEO.

Como mencionábamos antes, la UEO fue eclipsada por la actividad de la OTAN, y también del Consejo de Europa (las competencias sociales y culturales de la UEO fueron transferidas al Consejo de Europa en 1960). También las Comunidades Europeas avanzaron en su integración en materia de política exterior, creando en 1970 la Cooperación Política Europea, un mecanismo intergubernamental que permitía a la Comisión expresar su postura en temas internacionales que afectaran a sus competencias. Sin embargo, la oposición de Dinamarca, Grecia e Irlanda a incluir una dimensión militar en la Cooperación Política Europea acabó provocando que, en 1984, los restantes socios comunitarios (todos miembros de la UEO) optaran por reactivar la UEO para continuar con la integración en este campo. Así, estos países – a los que se unirían España y Portugal en 1990 –, prosiguieron armonizando políticas y estrategias de defensa y seguridad y desarrollando una identidad europea de seguridad, eso sí, con una importante orientación atlantista.⁴⁴

En 1992, el Tratado de Maastricht designaba a la UEO como vector de integración militar en la UE, pidiéndole en el artículo J.4 “*que elabore y ponga en práctica las decisiones y acciones de la Unión que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa*”. Asimismo, la Declaración relativa a la UEO establecía lo siguiente:

2. La UEO se desarrollará como el componente defensivo de la Unión Europea y como un medio para fortalecer el pilar europeo de la Alianza Atlántica. A tal fin, la UEO formulará una política de defensa europea común y velará por su aplicación concreta mediante el ulterior desarrollo de su propia función operativa.

Poco después, en junio de 1992, el Consejo de Ministros de la UEO emitía la Declaración de Petersberg⁴⁵, mediante la cual se creaban las famosas misiones homónimas, primera asignación efectiva de fuerzas militares comunes a nivel europeo. Las misiones Petersberg se configuraban así como operaciones concretas ejecutadas por unidades militares de los Estados miembros actuando a las órdenes de la UEO, para lo cual se acordó también la creación de una célula de planificación. Los Estados decidían, según

⁴⁴BBC News, *Double-Dutch Amsterdam Summit jargon explained*, Politics 97, 1997. Disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/special/politics97/news/06/0616/jargon.shtml#weu>, última visita 07/06/2018.

⁴⁵ Declaración de Petersberg, Consejo de Ministros de la Unión Europea Occidental, Bonn, 19 de junio de 1992.

sus propios mecanismos constitucionales, a qué misiones concretas contribuían y de qué manera, designando unidades disponibles de entre su arsenal convencional. Así, las misiones Petersberg se concebían para tareas de rescate y humanitarias, de establecimiento y mantenimiento de la paz, y de combate en gestión de crisis. Asimismo, la Declaración abrió la puerta a los primeros proyectos de cooperación e integración en el campo del armamento militar.

No sería hasta la siguiente reforma, en 1997 (Tratado de Ámsterdam), que comenzaría la transferencia de competencias de la UEO a la UE. Así, aunque se seguía reconociendo el carácter instrumental de la UEO para la política común de defensa de la UE, el artículo J.7 preveía ya el traspaso de las misiones Petersberg a la Unión; volveremos sobre esto más adelante. En cualquier caso, Ámsterdam marca el comienzo de la “absorción” de la UEO por la UE, que arrancarían con la decisión efectiva del Consejo Europeo de Colonia, en 1999, de transferir progresivamente las competencias de la UEO a la UE⁴⁶. Finalmente, tras la firma en 2007 del Tratado de Lisboa, que incluía el traspaso de la última competencia de la UEO (la cláusula de defensa colectiva, incorporada como artículo 42.7 del TUE), los Estados miembros decidieron abandonar la organización. La UEO dejó de existir formalmente el 30 de junio de 2011.

2.2.2 – La Política Común de Seguridad y Defensa

En 1992, el Tratado de Maastricht trajo la fundación de la Unión Europea en su antigua estructura de pilares, uno de los cuales era la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). En el marco de este pilar, de naturaleza totalmente intergubernamental y basado casi exclusivamente en la unanimidad, se encuadraba la nueva Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD), sucesora de la ya tratada Cooperación Política Europea, y predecesora de la actual PCSD. Así, en el preámbulo del Tratado, los Estados miembros ya se mostraban

Resueltos a desarrollar una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común, reforzando así la identidad y la independencia europeas con el fin de fomentar la paz, la seguridad y el progreso en Europa y en el mundo.

El artículo J.1 desarrolla el nuevo pilar, que tendría como objetivos los siguientes:

- *La defensa de los valores comunes, de los intereses fundamentales y de la independencia de la Unión;*
- *El fortalecimiento de la seguridad de la Unión y de sus Estados miembros en todas sus formas;*

⁴⁶ Anexo III a las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Colonia, de 4 de junio de 1999.

- *El mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, con los principios del Acta Final de Helsinki y con los objetivos de la Carta de París;*
- *El fomento de la cooperación internacional;*
- *El desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.*

El artículo J.4, por su parte, se refiere en su primer apartado al objeto de la nueva PESC, que “*abarcará todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión Europea, incluida la definición, en el futuro, de una política de defensa común, que pudiera conducir en su momento a una defensa común*”. Los apartados cuarto y quinto son igualmente importantes, pues establecen que la PESC

4. (...) no afectará al carácter específico de la política de seguridad y de defensa de determinados Estados miembros, respetará las obligaciones derivadas para determinados Estados miembros del Tratado del Atlántico Norte y será compatible con la política común de seguridad y de defensa establecida en dicho marco.

5. Las disposiciones del presente artículo no serán óbice al desarrollo de una cooperación más estrecha entre dos o varios Estados miembros a nivel bilateral, en el marco de la UEO y de la Alianza Atlántica, siempre que esta cooperación no contravenga ni obstaculice la que se contempla en el presente Título.

A pesar de estas salvaguardas a la autonomía militar y estratégica de los Estados miembros, Dinamarca veía la nueva PESC como una amenaza a su soberanía, a lo que había que añadir el recelo danés a integrar sus fuerzas armadas con la de los Estados miembros, especialmente la recién unificada Alemania:⁴⁷

In the period before the Maastricht Summit, the Danish parliament discussed Denmark's stance and there was broad agreement that any Common Foreign and Security Policy should be based on intergovernmental cooperation, that security cooperation should more be the task of NATO and the CSCE than of the European Union, and that Denmark should not be involved in the WEU or any plans for a European army.

De este modo, observamos cómo la integración militar jugó también un rol importante en el referéndum danés sobre el Tratado de Maastricht que ya hemos estudiado:⁴⁸

A subsequent referendum on the ratification of the Treaty by Denmark resulted in a 50.7 per cent 'No' vote, and a Common Foreign and Security Policy was one of the elements to which Danish voters responded negatively. When the Danish government came to negotiate a settlement with the other EC governments that they could place before the Danish people, defence was one of the major issues. In the 'National Compromise' worked out between the main Danish political parties, it was required that Denmark should not participate in the defence policy dimension.

Así, el Consejo Europeo convino en disponer un *opt-out* para Dinamarca en este campo, en el marco del ya mencionado Acuerdo de Edimburgo, cuya Sección C estableció que “*Dinamarca no participa en la elaboración y aplicación de las decisiones y acciones de*

⁴⁷ MILES, L., *The European Union and the Nordic Countries*, Routledge, Londres, 1996, pp. 265-266.

⁴⁸ *Ibidem*.

la Unión que tengan repercusiones en el ámbito de la Defensa, aunque no impedirá el desarrollo de una cooperación más estrecha entre los Estados miembros en este ámbito".⁴⁹ Asegurado este *opt-out*, junto al ya estudiado de la UEM, los daneses dieron su aprobación al Tratado de Maastricht en el segundo referéndum, celebrado en mayo de 1993.

Salvado el obstáculo de la reticencia danesa, la PESC y la PESD comenzaron a funcionar en 1993. Cuatro años más tarde, en la reforma de Ámsterdam, los Estados hicieron de la PESD una política más "real", incluyendo en su espectro las misiones Petersberg (Art. J.7.2) para dotarla de un instrumento efectivo, pero introduciendo también "*la definición progresiva de una política de defensa común, (...) que podría conducir a una defensa común si así lo decidiera el Consejo Europeo*". Esta definición progresiva pasa además a estar "*respaldada, según consideren adecuado los Estados miembros, por la cooperación entre sí en el sector del armamento*". Dicha coordinación y cooperación armamentística fue asumida por la Agencia Europea de Defensa (AED), creada a principios del nuevo siglo – junto a nuevos órganos internos como el Comité Político y de Seguridad (COPS), el Comité Militar de la Unión Europea (CMUE), y el Estado Mayor de la Unión Europea (EMUE) –. Debido a su *opt-out*, Dinamarca es el único Estado miembro que no pertenece a la AED. Dicho *opt-out* se incorporó al derecho primario de la Unión también en la reforma de Ámsterdam, bajo la forma del Protocolo sobre la posición de Dinamarca (Parte II):⁵⁰

(...) Dinamarca no participará en la elaboración y aplicación de decisiones y acciones de la Unión con implicaciones en el ámbito de la defensa, pero no impedirá el desarrollo de una cooperación reforzada entre los Estados miembros en este ámbito. Por lo tanto, Dinamarca no participará en su adopción. Dinamarca no estará obligada a contribuir a la financiación de los gastos operativos derivados de tales medidas.

Finalmente, la PCSD fue creada formalmente en el Tratado de Lisboa, que introdujo el actual artículo 42 TUE, de nueva redacción:

La política común de seguridad y defensa forma parte integrante de la política exterior y de seguridad común. Ofrecerá a la Unión una capacidad operativa basada en medios civiles y militares. La Unión podrá recurrir a dichos medios en misiones fuera de la Unión que tengan por objetivo garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de

⁴⁹ Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea (Anexo I a la parte B de las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo), de 12 de diciembre de 1992 (DO N° C 348/2, de 31 de diciembre de 1992).

⁵⁰ Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anexo al Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

la seguridad internacional, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. La ejecución de estas tareas se apoyará en las capacidades proporcionadas por los Estados miembros.

Con respecto a la coordinación y cooperación de la industria de defensa y de las necesidades estratégicas de la Unión, en el marco de la AED, el nuevo artículo 42 estableció que

Los Estados miembros se comprometen a mejorar progresivamente sus capacidades militares. La Agencia en el ámbito del desarrollo de las capacidades de defensa, la investigación, la adquisición y el armamento, determinará las necesidades operativas, fomentará medidas para satisfacerlas, contribuirá a definir y, en su caso, a aplicar cualquier medida oportuna para reforzar la base industrial y tecnológica del sector de la defensa, participará en la definición de una política europea de capacidades y de armamento y asistirá al Consejo en la evaluación de la mejora de las capacidades militares.

Por último, para terminar con este fortalecimiento de la integración militar que trajo el Tratado de Lisboa (incluyendo la cláusula de defensa colectiva del art. 42.7 TUE), se abrió por fin la puerta a un nuevo escalón en “*la definición progresiva de una política común de defensa que podrá conducir a una defensa común*”, denominado cooperación estructurada permanente, y que analizaremos a continuación.

2.2.3 – La Cooperación Estructurada Permanente

La cooperación estructurada permanente (PESCO) se introdujo, en la reforma de Lisboa, como un nuevo escalón de integración militar al que los Estados miembros que lo desearan podrían acceder para llevar la coordinación y cooperación armamentística, operativa, industrial y estratégica a un nuevo nivel. Así el nuevo artículo 42 TUE preveía, en su apartado sexto, que “*los Estados miembros que cumplan criterios más elevados de capacidades militares y que hayan suscrito compromisos más vinculantes en la materia para realizar las misiones más exigentes establecerán una cooperación estructurada permanente en el marco de la Unión*”. La naturaleza y mecanismo de esta cooperación estructurada permanente se regularon en el nuevo artículo 46 TUE y en el Protocolo 10 al Tratado de Lisboa⁵¹, el cual, “*recordando que la Unión lleva a cabo una política exterior y de seguridad común basada en la realización de una convergencia cada vez mayor de las actuaciones de los Estados miembros*”, estableció en su artículo 2 los compromisos a los que se deberían atener los Estados que participaran:

- a) *a cooperar, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con miras a la realización de objetivos acordados relativos al nivel de gastos de inversión en materia de equipos de defensa, y a revisar periódicamente dichos objetivos en función del entorno de seguridad y de las responsabilidades internacionales de la Unión;*

⁵¹ Protocolo sobre la cooperación estructurada permanente establecida por el artículo 28 A del Tratado de la Unión Europea, anexo al Tratado de la Unión Europea.

- b) a aproximar en la medida de lo posible sus instrumentos de defensa, en particular armonizando la determinación de las necesidades militares, poniendo en común y, en caso necesario, especializando sus medios y capacidades de defensa, y propiciando la cooperación en los ámbitos de la formación y la logística;
- c) a tomar medidas concretas para reforzar la disponibilidad, la interoperabilidad, la flexibilidad y la capacidad de despliegue de sus fuerzas, en particular mediante la definición de los objetivos comunes en materia de proyección de fuerzas, incluida la posible revisión de sus procedimientos decisorios nacionales;
- d) a cooperar para garantizar que toman las medidas necesarias para colmar, entre otras cosas mediante planteamientos multinacionales y sin perjuicio de los compromisos que hayan contraído en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, las insuficiencias que se observen en el marco del mecanismo de desarrollo de capacidades;
- e) a participar, en caso necesario, en el desarrollo de programas comunes o europeos de equipos de gran envergadura en el marco de la Agencia Europea de Defensa.

La PESCO representaba, por tanto, una importante oportunidad de mayor integración con amplísimas posibilidades; sin embargo, y a pesar de que se concibió como un mecanismo netamente voluntario inspirado en las cooperaciones reforzadas, ningún Estado planteó activarla tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. No obstante, a medida que el panorama estratégico de la UE empezó a variar, la PESCO comenzó a ser considerada como una posibilidad muy real. Entre 2011 y 2016, la inestabilidad en los países árabes vecinos a la Unión, la amenaza del terrorismo yihadista, el influjo migratorio, el endurecimiento de una política exterior rusa más agresiva, el distanciamiento de EE.UU. tras el cambio de gobierno, y la decisión del Reino Unido de abandonar la UE, hicieron que la situación de la Unión en la escena global necesitara de una mayor integración y eficiencia militar y de seguridad⁵². Finalmente, el 11 de diciembre de 2017, el Consejo Europeo activó formalmente la PESCO⁵³, que empezó a funcionar con la participación de todos los Estados de la Unión excepto Reino Unido, que tiene programada su salida de la UE para 2019, Malta, que no descarta una participación futura si aprecia que ello no chocaría con la neutralidad constitucional del país⁵⁴, y Dinamarca, por su *opt-out* de la PCSD. Caracterizada por una concepción flexible, la PESCO ha alumbrado, hasta la fecha, 17 proyectos distintos, enfocados en campos que van de la ciberdefensa a los vehículos de combate. Sin embargo, sólo uno de ellos ha logrado de momento una participación global de los Estados miembros (con la excepción de Francia, que participa

⁵² MORA BENAVENTE, E., “*Time for the Sleeping Beauty to wake*”, *European Council on Foreign Relations*, 2017. Disponible en http://www.ecfr.eu/article/commentary_time_for_the_sleeping_beauty_to_wake, última visita 17/06/2018.

⁵³ Decisión 2017/2315 del Consejo, de 11 de diciembre de 2017, por la que se establece una cooperación estructurada permanente, y se fija la lista de los Estados miembros participantes (DO L 331/57, de 14 de diciembre de 2017).

⁵⁴ COSTA, M., “*Malta to ‘wait and see’ before deciding on PESCO defence pact, Muscat says*”, *Malta Today*, 2017. Disponible en https://www.maltatoday.com.mt/news/europe/83085/malta_to_wait_and_see_before_deciding_on_pesco_defence_pact_muscat_says#.WybX7C1Dlaq, última visita 17/06/2018.

como observador): el proyecto de movilidad militar, liderado por Alemania y Países Bajos.

2.3 – Conclusión

El recelo de Dinamarca hacia cualquier tipo de cesión de soberanía ha determinado, del mismo modo que con la UEM, la no integración del país en la PCSD, a pesar de que ésta siga basada en la cooperación intergubernamental y la unanimidad.⁵⁵ Originado también en el marco de las negociaciones para que los daneses aprobaran el Tratado de Maastricht, el *opt-out* danés de la PCSD (y de cualquier política europea del ámbito de la defensa) ha mantenido a Copenhague aislada del resto de Estados desde 1993. Dinamarca no puede participar en ninguna misión militar de la UE, pero tampoco en ningún otro ámbito de la integración en defensa estudiados en este capítulo (incluyendo la cláusula de defensa colectiva del art. 42.7 TUE). Ello impide al país participar del proceso de afirmación de la UE como potencia militar, y de las oportunidades que plantea, en un escenario global mucho más inestable que en 1993, lo cual es considerado, por muchos, contrario a los intereses de la propia Dinamarca.⁵⁶

Today, cooperation appears different and more attractive for Denmark than anticipated at the time when establishing the opt-out. It is generally agreed by Danish foreign policy-makers that Danish interests would be better served if Denmark were also able to participate fully within an EU framework when conducting foreign and security policy, and that the opt-outs constitute a significant hindrance in the conduct of national foreign policy.

Un ejemplo de ello sería la imposibilidad de que Dinamarca participara de las operaciones contra la piratería en el Índico, a pesar del enorme interés que ello suscitaba en la industria naviera del país⁵⁷. De hecho, el propio Gobierno de Dinamarca expresó a través del ministro de Defensa su voluntad de suprimir el *opt-out* en 2015, planteando un referéndum sobre el mismo que no llegó a celebrarse⁵⁸, tras el rechazo del 53,1% de los votantes a un cambio del *opt-out* danés del ELSJ, que estudiaremos más adelante.⁵⁹

⁵⁵ NISSEN, C., “*European defence cooperation after the Lisbon Treaty*”, Instituto Danés de Estudios Internacionales, DIIS Report 2015:06, 2015, pp. 27-28.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ PRYTZ LARSEN, K., “*The Danish opt-outs*”, *EU-27 Watch*, No.9, 2010.

⁵⁸ MIKKELSEN, O., y JONES, G., “*Danish government plans referendum on EU defence opt-out*”, *Reuters*, 5 de agosto de 2015. Disponible en <https://uk.reuters.com/article/uk-denmark-defence/danish-government-plans-referendum-on-eu-defence-opt-out-idUKKCN0QA1E420150805>, última visita 18/06/2018.

⁵⁹ “*Which EU referenda have taken place in EU Member States?*”, *EU Information Centre*, Parlamento danés, *op. cit.*

3 – EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: DINAMARCA E IRLANDA

En este capítulo, analizaremos uno de los sectores más importantes de la integración europea, tanto por su naturaleza como por su dimensión. En efecto, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) “*no sólo engloba ámbitos competenciales muy amplios, sino que, en ciertos casos además, afectan a sectores de la actividad estatal muy sensibles, política y jurídicamente, hasta el punto de identificarse con el núcleo duro de la soberanía*”⁶⁰. Así, el ELSJ comprende políticas de orden penal, cooperación judicial, policial y administrativa, lucha contra el terrorismo e intercambio de información, políticas de inmigración y asilo, libre circulación de personas, gestión de fronteras o seguridad. Viene regulado en el Título V del TFUE, cuyo primer artículo (art. 67) desgrana la naturaleza y propósito de este ELSJ:

1. *La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros.*
2. *Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. (...)*
3. *La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.*
4. *La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.*

Además de tan amplia cobertura, y de su naturaleza nuclear, gran parte de la importancia del ELSJ deriva de la fuerza de los acontecimientos; los países europeos no son ajenos a la emergencia de la presión migratoria o al drama de los refugiados, como no lo son tampoco a la amenaza del terrorismo o del crimen organizado. La supresión de las fronteras internas entre los Estados de la Unión ha creado un espacio único europeo que también necesita, como no podía ser de otro modo, de una dimensión europea de libertad, seguridad y justicia.

⁶⁰ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 85.

3.1 – Descripción

Dinamarca e Irlanda son los únicos países, aparte del Reino Unido, que tienen un *opt-out* del ELSJ; ambos obtuvieron sus *opt-outs* en el marco de las negociaciones previas al Tratado de Ámsterdam mediante sendos protocolos al mismo, pero con regímenes jurídicos diferentes, como estudiaremos a continuación.

En la actualidad, el *opt-out* danés existe bajo la forma de un protocolo⁶¹ anexo a los Tratados, que hace que Dinamarca no pueda participar de ninguna política del ELSJ si no es mediante un acuerdo intergubernamental con la Unión. También estudiaremos en detalle el régimen previsto para Dinamarca en el espacio Schengen, del cual el país es miembro, pero sólo sobre la base de una obligación de Derecho internacional. Por tanto, Dinamarca no puede participar de su gestación y desarrollo supranacional, sino que debe adoptar cualquier medida decidida por la Unión en el plazo de seis meses.

En cuanto a Irlanda, el *opt-out* que comparte con Reino Unido existe también bajo la forma de un protocolo⁶² a los Tratados, que le permite mantenerse al margen del ELSJ, pero seleccionando iniciativas concretas en las que Irlanda desee participar, ya sea al momento de su presentación o *a posteriori*. Ello incluye al acervo Schengen, por mucho que ni Irlanda ni Reino Unido pertenezcan al espacio Schengen.

Teóricamente, y rigiéndonos por lo dispuesto en el protocolo y su anexo, Dinamarca podría aplicar a su *opt-out* el mismo régimen de flexibilidad del que goza Irlanda, si bien para ello sería necesario un voto positivo en un referéndum previo. Para concluir, y siempre según el tenor literal de ambos protocolos, cabe destacar que tanto a Dinamarca como a Irlanda (no así a Reino Unido), les son de aplicación sendos artículos de sus respectivos protocolos por los que ambos países podrían renunciar a sus *opt-outs* del ELSJ si así lo desearan.

⁶¹ Protocolo nº 22, sobre la posición de Dinamarca, anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁶² Protocolo nº 21, sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3.2 – Desarrollo

El primer impulso hacia lo que hoy conocemos como ELSJ llegó bajo la forma de un grupo de cooperación intergubernamental, el Grupo de Trevi, creado por el Consejo Europeo de Roma en 1975, en el marco de la ya tratada Cooperación Política Europea. Este Grupo de Trevi “*reunía a los ministros de Justicia o de Interior de los Estados miembros para tratar cuestiones de su competencia (especialmente la relativa al orden público), reuniones a las que se invitaba a la Comisión*”⁶³. En este apartado, analizaremos cómo las necesidades y la voluntad que llevaron a los Estados a conformar este Grupo llegarían a impulsar la creación en la UE de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

3.2.1 – El espacio Schengen y el mercado interior

El Acta Única Europea y la introducción del mercado interior obligaron a reforzar enormemente esta cooperación, al crear un espacio único libre de fronteras que exigía un nuevo grado de colaboración entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados. En este sentido, fue determinante el Acuerdo de Schengen⁶⁴, encaminado a crear una zona de libre tránsito, sin fronteras interiores, entre varios países de la Comunidad. El espacio Schengen se creó, en efecto, al margen de la CEE, ya que los entonces diez Estados miembros no pudieron alcanzar un acuerdo sobre la eliminación de las fronteras interiores. Francia, Alemania y los países del Benelux firmaron el Acuerdo en 1985; debido a la compleja operación jurídica que suponía el fin de los controles de frontera, fue necesario un Convenio de Schengen⁶⁵ que la completara y concretara en 1990. Finalmente, tras diez años de trabajo, el espacio Schengen comenzó a funcionar en 1995.

Reino Unido e Irlanda, que se unieron a la Comunidad en 1973, fueron los únicos Estados que se negaron a adherirse al espacio Schengen, y no firmaron el Acuerdo de 1985. Ello se explica por la existencia previa de una zona de libre tránsito, menos ambiciosa que el espacio Schengen, que ambos países compartían desde 1923, la CTA (*Common Travel Area*). La negativa británica a ceder soberanía en gestión de fronteras, y la preferencia irlandesa por preservar la CTA, mantuvieron a ambos países fuera de Schengen⁶⁶.

⁶³ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁴ Acuerdo relativo a la supresión gradual de las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985.

⁶⁵ Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.

⁶⁶ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, pp. 112-113.

No ocurrió lo mismo con Dinamarca, que también se había unido a la Comunidad en 1973, pero acabó adhiriéndose al espacio Schengen en 1996. Desde 1958, los cinco países nórdicos (Dinamarca, Suecia, Finlandia, Noruega e Islandia) compartían una zona de libre tránsito similar al futuro espacio Schengen, la Unión Nórdica de Pasaportes (UNP). Con la entrada de Suecia y Finlandia en la UE en 1995, la mayoría de estos países pertenecían ya a la Unión, por lo que, en 1996, todos se adhirieron al espacio Schengen, con Islandia y Noruega negociando sendos acuerdos internacionales para ello, por no pertenecer a la UE⁶⁷.

3.2.2 – El Tratado de Maastricht

No sería hasta la firma del Tratado de Maastricht que la cooperación en los ámbitos de justicia e interior se incorporaría a la recién creada Unión Europea. Los Estados consiguieron acordar, no sin bastantes dificultades, una regulación contenida en el Título VI del nuevo TUE, cuyos artículos K daban forma a la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJI). Esta forma de cooperación intergubernamental se unía así, como tercer pilar, a la antigua estructura de pilares de la UE. De este modo, “*Reiterando su objetivo de facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la defensa de sus pueblos, mediante la inclusión de disposiciones sobre justicia y asuntos de interior en el presente Tratado*”, el nuevo Tratado establecía, en su artículo K.1, los ámbitos de interés común (no competencias) en los que los Estados cooperarían, a saber:

1. *La política de asilo.*
2. *Las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas.*
3. *La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados (...).*
4. *La lucha contra la toxicomanía (...).*
5. *La lucha contra la defraudación a escala internacional (...).*
6. *La cooperación judicial en materia civil.*
7. *La cooperación judicial en materia penal.*
8. *La cooperación aduanera.*
9. *La cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional (...).*

⁶⁷ *Ibidem.*

Sin embargo, en el siguiente apartado, el Tratado se encarga de aclarar que *“El presente Título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior”*. Esta cooperación intergubernamental se llevaba a cabo a través de posiciones y acciones comunes, así como de la celebración de convenios cuya adopción se recomendaba luego a los Estados.

Dada la naturaleza nuclear de los asuntos de justicia e interior en términos de soberanía, el tratamiento que se dio a la CAJI en el Tratado de Maastricht fue, como acabamos de estudiar, bastante poco ambicioso. No era otro el objetivo de las delegaciones de algunos Estados miembros, como Dinamarca, Irlanda, y Reino Unido, que, durante las negociaciones del Tratado, bloquearon con éxito los planes alemanes de “comunitarizar” por completo las políticas de inmigración y asilo⁶⁸. Así, la CAJI quedaba como un sector de cooperación intergubernamental regido por la unanimidad y el mínimo común denominador. Dinamarca no tuvo problema, por tanto, en participar de esta cooperación, a diferencia de lo ocurrido con los dos ámbitos estudiados previamente. El propio Acuerdo de Edimburgo (Sección D del Anexo I a la Parte B) establecía que *“Dinamarca participará plenamente en la cooperación relativa a la justicia y los asuntos de interior sobre la base de las disposiciones del Título VI del Tratado de la Unión Europea”*.

3.2.3 – El Tratado de Ámsterdam

El ELSJ no nacería bajo su actual denominación hasta el Tratado de Ámsterdam, reforma que trajo cambios de gran envergadura para la cooperación en justicia e interior. El más importante de estos cambios fue la “comunitarización” parcial de la antigua CAJI, que incorporó a la cooperación supranacional de integración comunitaria las materias de fronteras exteriores, inmigración y asilo, y cooperación judicial civil. Así, el nuevo Título IV del TCE creaba un ELSJ “comunitarizado”, mientras que el remanente que quedaba en el Título VI del TUE, rebautizado como Cooperación Policial y Judicial Penal (CPJP), se mantenía bajo el régimen de cooperación intergubernamental. Del mismo modo que en la anterior reforma, la delicada naturaleza de los ámbitos afectados por este sector de

⁶⁸ ADLER-NISSEN, R., *Opting Out of the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p.116.

integración hizo que los reparos estatales llevaran a “una cautelosa regulación que se traducía en normas transitorias, con una enumeración casuística, dispersa y desordenada de las competencias de la Comunidad, así como en serias anomalías institucionales que embridaban el desarrollo del ELSJ en manos de los Estados”⁶⁹. Este complejo régimen no se unificaría hasta la reforma de Lisboa, diez años después.

Además, otro de los cambios importantes que trajo esta reforma de Ámsterdam fue la integración del espacio Schengen y de todo el llamado acervo Schengen, esto es, el Acuerdo de 1985, el Convenio de 1990, y todos los acuerdos de adhesión y decisiones pertinentes del Comité ejecutivo⁷⁰. Así, mediante un protocolo⁷¹ al Tratado de Ámsterdam, el acervo de Schengen se integraba en el marco de la Unión Europea (en el ELSJ, concretamente) como una cooperación reforzada entre los países del espacio Schengen (todos los Estados de la UE salvo Reino Unido e Irlanda). Asimismo, se preveía la inclusión del acervo de Schengen en el acervo comunitario, por lo que todos los países que se adhirieran a la Unión en el futuro estarían jurídicamente obligados a adoptarlo.

A pesar de toda esta cautelosa regulación del ELSJ, Dinamarca rechazaba la “comunitarización” de la CAJI⁷², por lo que consiguió negociar un nuevo *opt-out* que la eximía de participar en el recién creado ELSJ, introducido en el artículo 1 de un protocolo⁷³ anexo al Tratado de Ámsterdam. Sin embargo, como hemos visto, el Tratado de Ámsterdam integraba Schengen en el ELSJ, y Dinamarca era miembro previo. La “solución” a esta tesitura la da también el protocolo, estableciendo un régimen *ad casum* que la profesora MANGAS MARTÍN no duda en calificar como “el ámbito peor gestionado” del régimen especial danés con respecto al ELSJ⁷⁴. Pasamos a reproducirlo tal cual viene regulado en el artículo 5 del protocolo:

1. Dentro de un período de seis meses a partir de que el Consejo haya decidido sobre una propuesta o iniciativa de desarrollar el acervo de Schengen (...), Dinamarca decidirá si incorpora esta decisión a su legislación nacional. Si así lo hiciere, esta decisión creará una obligación, de Derecho

⁶⁹ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁰ Acervo de Schengen tal como figura en el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión 1999/435/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999 (DO L 239, de 22 de septiembre de 2000).

⁷¹ Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, anexo al Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

⁷² MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 116.

⁷³ Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anexo al Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

⁷⁴ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 117.

internacional, entre Dinamarca y los restantes Estados miembros (...), así como con Irlanda y el Reino Unido si estos Estados miembros participan en los ámbitos de cooperación en cuestión.

2. Si Dinamarca decide no aplicar una decisión del Consejo, en el sentido del apartado 1, los Estados miembros (...) considerarán las medidas apropiadas que deban tomar.

Básicamente, Dinamarca quedaba obligada a adoptar todos los desarrollos del acervo Schengen en el plazo de seis meses, o se exponía a una consecuencia que, si bien el protocolo dejó sin determinar, varias voces identifican con un eufemismo de expulsión del espacio Schengen⁷⁵.

Irlanda, por su parte, siguió al Reino Unido en su propósito de negociar también un *opt-out* del ELSJ; sin embargo, el *opt-out* irlandés tiene, como veremos, importantes diferencias con el danés. Al igual que el negociado por Dinamarca, está contenido en un protocolo⁷⁶ al Tratado de Ámsterdam, que exime a Reino Unido e Irlanda de participar en el ELSJ. Sin embargo, la diferencia radica en los artículos 3 y 4 del protocolo, que establecen un régimen de *opt-in* para ambos países. Esto se traduce en que Reino Unido e Irlanda quedaban en efecto fuera del ELSJ, pero que podrían decidir participar, caso por caso, en propuestas e iniciativas concretas del ELSJ, bien en el momento de su proposición, bien *a posteriori*. Ahora bien, en un intento de diferenciarse del Reino Unido en términos de política europeísta⁷⁷, Irlanda se reservó, en el artículo 8 del protocolo, el derecho a renunciar al mismo, y por tanto a su *opt-out* del ELSJ.

3.2.4 – El Tratado de Lisboa

El ELSJ no tuvo desarrollos importantes después de Ámsterdam, más allá del Consejo Europeo de Tampere de 1999 y los planes quinquenales subsiguientes (Tampere, La Haya, etc.). Sin embargo, la firma del Tratado de Lisboa sí supuso una reforma profunda del ELSJ, ya que la desaparición de la estructura de pilares conllevó la “comunitarización” de todas las políticas relativas a este ámbito, incluidas las que habían quedado bajo la CPJP. Así, todas las materias relacionadas con justicia e interior quedaban, finalmente, bajo un ELSJ “comunitarizado” en el Título V del nuevo TFUE.

La importancia creciente de la integración en las materias cubiertas por el ELSJ, así como la pertenencia de Dinamarca al espacio Schengen, hicieron que Copenhague

⁷⁵ ADLER-NISSEN, R., *op. cit.*, p. 135.

⁷⁶ Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, anexo al Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

⁷⁷ ADLER-NISSEN, R., *op. cit.*, p. 133.

aprovechara la reforma de Lisboa para introducir, en un anexo al Protocolo sobre la posición de Dinamarca, la opción de extender al *opt-out* danés el régimen de *opt-in* que disfrutaban Reino Unido e Irlanda. Sin embargo, como ya hemos comentado, la Constitución danesa requiere de referéndum para la toma de estas decisiones, por lo que el *opt-out* danés sólo se podría asimilar al irlandés si el pueblo daba su aprobación directa. La consulta en cuestión no se celebró hasta 2015, pero el 53,1% de los votantes rechazó alterar el régimen del *opt-out*⁷⁸. Así, desde la introducción del *opt-out*, Dinamarca ha tenido que participar de la integración del ELSJ a través de acuerdos intergubernamentales con la UE, dándose la paradójica situación de que la Comisión Europea haya tenido que negociar dichos acuerdos, sobre políticas de la Unión, con un Estado de la Unión. Por el lado danés, la tesitura no es menos contradictoria, ya que los sucesivos gobiernos de Dinamarca han impulsado la integración del país en el campo del ELSJ manteniendo la normativa danesa en paralelo a la de la UE o firmando acuerdos internacionales, lo cual podría calificarse, como hace ADLER-NISSEN, como un *bypass* político del *opt-out*. Además, la situación se vuelve aún más complicada cuando se trata de medidas de reciprocidad:⁷⁹

If an EU measure is based on a reciprocity principle, it is not enough for Denmark to simply copy the EU legislation. For example, the Dublin regulation is based on a reciprocity principle that commits all member States to receive asylum-seekers referred under the Dublin criteria from another member State. Denmark is, of course, free to copy parts of the Dublin regulation into Danish law and can decide whether to receive asylum-seekers from other member States. But there is no guarantee, for example, that Greece would accept asylum-seekers referred from Denmark. These more advanced forms of co-operation with EU agencies and supranational funding structures have increased over the last ten years.

Dinamarca ha solicitado la firma de acuerdos internacionales con la UE únicamente en áreas consideradas de interés vital para el país. Hasta el momento, y dada esa paradójica naturaleza de los acuerdos paralelos con Dinamarca, la Comisión sólo se ha prestado a firmar unos pocos de ellos, ya que considera que sólo aplican si se dan las condiciones siguientes: interés de la Unión y sus ciudadanos en la participación danesa, naturaleza excepcional y transicional, y acuerdo de Dinamarca para suprimir el *opt-out* del ELSJ en el largo plazo⁸⁰. Así, tenemos un marco en el cual Dinamarca está claramente interesada en integrarse con el resto de la UE, pero el *opt-out* introducido en 1997 obliga a Copenhague a alinear su normativa con la de la UE o a firmar acuerdos con ella,

⁷⁸ “Which EU referenda have taken place in EU Member States?”, *EU Information Centre*, Parlamento danés, *op. cit.*

⁷⁹ ADLER-NISSEN, R., *op. cit.*, pp. 140-141.

⁸⁰ *Ibidem.*

comprometiéndose además a eliminar eventualmente el *opt-out*. La autonomía que supuestamente protege el *opt-out* es, por lo tanto, difícil de ubicar. Asimismo, y por si esto fuera poco, el resto de la UE no deja de avanzar en su integración en el ELSJ, y más desde el Tratado de Lisboa, dejando a Dinamarca al margen:⁸¹

Prior to the Treaty of Amsterdam, the Danish opt-out from supranational legislation was hypothetical. However, Denmark has become marginalised as a result of legislation increasingly taking supranational form. The volume of legislation covered by the opt-out has surged during the period from 1999 to 2012. In 1999, Denmark was excluded from participating in only a handful of measures. In March 2012 the total number of legislative measures covered by the opt-out exceeded 230, ranging from directives on railroad security to common visa rules and trafficking of women. Danish diplomats regularly update this list, and its growth alone is a source of great annoyance. The consequences of the Danish opt-out have intensified as a result of the Treaty of Lisbon. Since the treaty abolishes the division between intergovernmental and supranational co-operation, Denmark is increasingly excluded from all co-operation on police and criminal matters.

De hecho, el *opt-out* ha llegado a obligar a Dinamarca a abandonar Europol (la Oficina Europea de Policía), después de que ésta cambiara su estatus jurídico en 2017⁸², quedando Dinamarca fuera de la agencia y con un mero acuerdo operativo de mínimos que le permita acceder al intercambio de información⁸³. Por cuanto respecta al espacio Schengen, a pesar de haber firmado el Acuerdo de 1985 y ser por tanto miembro, el *opt-out* impide a Dinamarca participar de la negociación y toma de decisiones en el marco del acervo de Schengen; sin embargo, como ya hemos comentado, el país tiene que adoptar todos los desarrollos del mismo en el plazo de seis meses.

En cuanto a Irlanda, el país ha venido disfrutando de un *opt-out* más flexible que el de Dinamarca, por lo que ha podido sumarse a múltiples iniciativas en el ámbito del ELSJ. Eso sí, Dublín se ve obligada a decidir si desea incluirse en cada nueva propuesta del ELSJ, en el breve plazo de tres meses desde su presentación.

3.3 – Conclusión

Los *opt-outs* al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia son, si cabe, los más problemáticos de cuantos hemos analizado. Una de las causas es, como señala ADLER-

⁸¹ ADLER-NISSEN, R., *op. cit.*, pp. 142-143.

⁸² Reglamento 2016/794, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo (DO L 135/53, de 24 de mayo de 2016).

⁸³ Comisión Europea, “*Commission welcomes Europol's new mandate and cooperation agreement with Denmark*”, base de datos de comunicados de prensa, 29 de abril de 2017. Disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release STATEMENT-17-1169_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-1169_en.htm), última visita 01/07/2018.

NISSEN, que, a diferencia de los *opt-outs* de la UEM o la PCSD (en los cuales la exclusión de un Estado no tiene efectos directos sobre los demás), los *opt-outs* del ELSJ son “*legalmente complicados y difíciles de gestionar*”, ya que afectan a las fronteras comunes, el derecho de asilo o el reconocimiento judicial. En el Consejo se los describe como dañinos para los intereses británicos, daneses o irlandeses, además de que suponen una frustrante pérdida de tiempo en la negociación e implementación de cada medida; oficiales de la Comisión Europea, por otro lado, los consideran una amenaza a la solidaridad europea, un precedente peligroso para otros Estados, y una negación de la idea de un orden legal común.⁸⁴

El hecho de que Dinamarca e Irlanda mantengan estos *opt-outs* con respecto a un área en la que ambos países desean más integración, como es el ELSJ, provoca numerosas paradojas, como la que protagonizó Dinamarca en 2012 al asumir la presidencia de la UE bajo la bandera de “una Europa segura”, lo cual incluía propuestas en política común de asilo o lucha contra el terrorismo y el crimen transfronterizo. Sin embargo, el hecho es que, como hemos estudiado, Dinamarca no puede participar de ninguna de estas iniciativas. En su anterior presidencia de la Unión, en 2003, Dinamarca llegó incluso a impulsar y conseguir el endurecimiento de la Directiva de Reunificación Familiar⁸⁵ en el marco de la política de asilo; directiva que, como ya hemos visto, no sería de aplicación a la propia Dinamarca⁸⁶. Si a ello le sumamos la problemática ya vista de los acuerdos paralelos, la salida de Europol, o el deficiente e indeterminado encaje en el espacio Schengen, podemos concluir que la contribución del *opt-out* a los intereses de Dinamarca y su autonomía es, cuando menos, ambigua.

Irlanda, gracias a su régimen de *opt-in*, mantiene una posición más compatible con la integración en el ELSJ, si bien de nuevo el *cherry-picking*⁸⁷ aparece como contrario al principio de solidaridad y a la coherencia del ELSJ, además de ser, posiblemente, un peligroso precedente. Su preferencia por mantenerse en la CTA junto al Reino Unido en lugar de adherirse al espacio Schengen sí está demostrando ser más problemática, habiéndose probado los perjuicios que ocasiona a los negocios y el turismo en Irlanda, y

⁸⁴ ADLER-NISSEN, R., *op. cit.*, pp. 122-123.

⁸⁵ Directiva 2003/86, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251/12, de 3 de octubre de 2003).

⁸⁶ ADLER-NISSEN, R., *op. cit.*, pp. 133-139.

⁸⁷ Se conoce como *cherry-picking*, en el argot comunitario, a la práctica de ciertos países de participar sólo en algunos aspectos de las políticas de integración de la UE, ignorando el resto, según sus intereses nacionales.

también en Reino Unido. El mantenimiento de una política de inmigración y visados diferente de la del resto de países de la Unión ahuyenta a posibles visitantes, y genera importantes costes económicos y reputacionales. Desde una perspectiva de seguridad, la no pertenencia a Schengen impide a Irlanda tener acceso total al Sistema de Información de Schengen (SIS), así como volcar su información en el mismo⁸⁸.

Dadas las circunstancias generales en materia de migración, asilo, o terrorismo, no es previsible que el impulso integrador en el marco de la Unión Europea y su ELSJ vaya a disminuir, sino más bien lo contrario. A medida que el resto de Estados estrechen su cooperación en este ámbito, el margen de maniobra política y diplomática de Irlanda y Dinamarca se irá reduciendo. Previsiblemente, la salida del Reino Unido de la UE, prevista para 2019, no hará sino complicar la postura de Copenhague y, especialmente, la de Dublín.

4 – CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: POLONIA

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) es un documento proclamado por las instituciones comunitarias en 2000, que recoge los derechos fundamentales inherentes a los ciudadanos de la Unión (con ciertas especificidades que estudiaremos). En 2007, se decidió positivizar estos derechos elevando la Carta al rango de derecho primario de la UE, mediante una incorporación por referencia en el Tratado de la Unión Europea. Gracias a ello, y tal y como afirma la profesora MANGAS MARTÍN⁸⁹, “*la UE cuenta ahora con un catálogo de principios, derechos y libertades objetivo cuyo valor jurídico es igual al de los Tratados constitutivos*”.

4.1 – Descripción

Polonia es el único país, junto al Reino Unido, con un *opt-out* de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el cual permite a ambos países una aplicación distinta de la misma. Este *opt-out*, obtenido durante las negociaciones previas a la firma

⁸⁸ EMERSON, M., “*Britain, Ireland and Schengen: time for a smarter bargain on visas*”, *Centre for European Reform Essays*, julio de 2011.

⁸⁹ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 124.

del Tratado de Lisboa, existe actualmente bajo la forma de un protocolo anexo a los Tratados⁹⁰.

4.2 – Desarrollo

En 1999, el Consejo Europeo decidió redactar una carta que recogiera los derechos fundamentales vigentes en la UE, con el objetivo de destacar su importancia y resaltar el papel de la Unión como una comunidad de valores y Derecho, más allá de bloque económico.⁹¹

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los países de la UE, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la UE y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al dar mayor visibilidad y claridad a los derechos fundamentales, establece una seguridad jurídica dentro de la UE.

Así, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue formalmente proclamada por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en Niza, en diciembre del 2000⁹². Sin embargo, no sería hasta 2009, año de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuando la Carta se convertiría en derecho primario de la Unión, con el mismo valor jurídico que los Tratados Constitutivos. De este modo, el artículo 6.1 del TUE reformado preveía que la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta, sin que ello significara, eso sí, que las disposiciones de la misma ampliaran en modo alguno las competencias de la Unión. La CDFUE enuncia derechos fundamentales pertenecientes a los campos de la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia. Sólo es aplicable a las instituciones de la Unión, en cumplimiento del principio de solidaridad, y a los Estados miembros cuando aplican legislación comunitaria.

Sin embargo, en un principio, Polonia se opuso a que la reforma de Lisboa convirtiera la CDFUE en Derecho originario. En el marco de las negociaciones previas a la firma del

⁹⁰ Protocolo n°30, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁹¹ *EUR-Lex*, “La Carta de los Derechos Fundamentales”, 17 de octubre de 2016. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133501>, última visita 04/07/2018.

⁹² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamación solemne hecha en Niza, el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364/1, de 18 de diciembre de 2000).

Tratado de Lisboa, la delegación polaca, encabezada por el entonces presidente Lech Kaczynski, expresó su oposición a la Carta en base a que “*el punto de vista cultural de Polonia es diferente del de la mayoría de países europeos*”⁹³. El líder de la oposición, Donald Tusk, se posicionó sin embargo a favor de la carta, afirmando que Polonia abandonaría su *opt-out* (el cual analizaremos a continuación) si llegaba al gobierno. No obstante, cuando Tusk se convirtió efectivamente en primer ministro tras las elecciones de octubre de 2007, su posición al respecto fue virando, primero hacia una reconsideración de los riesgos que podría implicar la aplicación de la Carta, y luego hacia el mantenimiento del *opt-out*. Ello fue así, según el gobierno polaco, para asegurar el voto positivo del partido de Kaczynski a la ratificación del Tratado de Lisboa en el parlamento polaco, que requería de una mayoría cualificada⁹⁴. El gobierno planteó la posibilidad de reconsiderar la postura polaca con respecto a la CDFUE una vez se ratificara el Tratado, pero dicho replanteamiento no llegó finalmente a ocurrir⁹⁵.

De este modo, el *opt-out* planteado por Polonia en las negociaciones de Lisboa se mantuvo, llegando hasta nuestros días. Compartido con el Reino Unido, el protocolo que regula este *opt-out* consta solamente de dos artículos, precedidos de un preámbulo que, entre otras cosas, prefija lo siguiente:⁹⁶

(...) CONSIDERANDO que la Carta reafirma los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión y hace que dichos derechos sean más visibles, pero no crea nuevos derechos ni principios;

(...)

TOMANDO NOTA del deseo de Polonia y del Reino Unido de que se precisen determinados aspectos de la aplicación de la Carta;

DESEANDO, por consiguiente, precisar la aplicación de la Carta en relación con la legislación y la acción administrativa de Polonia y del Reino Unido y la posibilidad de acogerse a ella ante los tribunales de Polonia y del Reino Unido; (...)

El articulado, por su parte, es tan breve que lo podemos reproducir en su integridad:

Artículo 1

⁹³ *EU Business*, “*Poland's new government will adopt EU rights charter: official*”, 22 de octubre de 2007. Disponible en https://web.archive.org/web/20071217093946/http://www.eubusiness.com/news_live/1193005021.93, última visita 04/07/2018.

⁹⁴ *BBC News*, “*No EU rights charter for Poland*”, 23 de noviembre de 2007. Disponible en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7109528.stm>, última visita 04/07/2018.

⁹⁵ *BBC News*, “*Russia poll vexes EU and Poland*”, 4 de diciembre de 2007. Disponible en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7126239.stm>, última visita 04/07/2018.

⁹⁶ Protocolo nº30, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma.

2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional.

Artículo 2

Cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido.

La diferenciación de Polonia y Reino Unido del resto de Estados reside, realmente, en los artículos 1.2 y 2, teniendo el 1.1 una naturaleza meramente declarativa. Así, se hace una especial referencia al título IV de la Carta, referido básicamente a los derechos laborales.

4.3 – Conclusión

En el caso de este *opt-out*, podemos afirmar que la mera situación actual de Polonia y su crisis política con la Comisión se deben, en buen parte, a visiones muy diferentes en términos de valores. La diferenciación hecha en el marco de la CDFUE hacia Polonia no parece, por tanto, resolver el problema de la concepción en el Este de los derechos y las libertades, sino que más bien cumple con un papel de disuasión política, a costa de la protección de varios derechos fundamentales en Polonia.

CONCLUSIONES

Tras el análisis detenido de estos cinco *opt-outs*, que serán los únicos que existan en la UE tras la salida del Reino Unido, la conclusión principal que podemos extraer es la siguiente: desde un punto de vista jurídico-político general, la pervivencia de estos *opt-outs* choca con el interés del proyecto de integración europea, actualmente encarnado por la UE, pero también con el interés de los propios Estados que los ostentan, si bien en distinta medida.

Yendo de lo general a lo específico, y habiendo realizado ya valoraciones más concretas sobre cada *opt-out* de cada país en sus respectivos apartados, podemos extraer como diagnóstico general de este Trabajo que los *opt-outs* son contrarios al principio de solidaridad y al acervo comunitario, y que resultan en importantes efectos exclusorios y pérdidas de influencia de los Estados que los ostentan.

Desde la perspectiva de un análisis más individualizado de los tres países estudiados (Dinamarca, Irlanda, y Polonia), podemos identificar sendas causas principales para la existencia de sus *opt-outs*, partiendo de la base de que en todos los casos la causa última es política. Así, en el caso de Dinamarca, se trata de una oposición más generalizada entre la población danesa hacia la integración europea, la cual es especialmente sensible a las cesiones de soberanía en los ámbitos más nucleares. Prueba de ello es que, tal y como hemos visto, sus *opt-outs* vienen de respuestas negativas a la integración por parte del electorado, vía *referenda*, que dejan al país al margen de la integración en sectores que, sin embargo, interesan en gran medida a Copenhague. Una demostración patente de ello es el paralelismo entre los *opt-outs* de la UEM y del ELSJ, ya que ambos han intentado ser revertidos por el Gobierno a través de *referenda* posteriores y *ad casum* (2000 y 2015), que obtuvieron una mayoría de votos negativos en ambos casos. Sin embargo, para ambas políticas, Copenhague ha circunnavegado, en cierto modo, sus propios *opt-outs*, demostrando el interés que tiene Dinamarca en permanecer lo más cerca posible de la integración del resto de Estados: mediante la permanencia en el ERM II, en el caso de la UEM (vinculación al euro), o mediante la contracción de obligaciones de Derecho internacional en el caso del ELSJ (aplicación del acervo Schengen). Es complicado, cuando menos, describir cómo los *opt-outs* protegen la autonomía de Dinamarca, especialmente en el sentido de contrarrestar la preocupación de que el país sea demasiado dependiente de Alemania u otros grandes Estados de la UE. Además, esta “circunnavegación” de los *opt-outs* lleva a situaciones de grave déficit democrático, ya

que se da la circunstancia de que un país tiene que asumir cuanto se decida en Bruselas sin haber participado de la toma de esas decisiones.

En el caso de Irlanda, la motivación parece ser más estratégica que sociológica, pues la pervivencia del *opt-out* del ELSJ se debe, en gran medida, a la priorización de la cooperación con el Reino Unido. Con la salida de este último país de la Unión en 2019, es de esperar que las incompatibilidades entre integración en la UE o cooperación con Reino Unido aumenten, si bien es cierto que el régimen de *opt-in* irlandés es bastante compatible con la integración europea si se compara con el caso danés.

Por último, el caso polaco es el menos importante como *opt-out*, ya que simplemente modifica la aplicación de la CDFUE a Polonia. Sin embargo, es cierto que tiene un sustrato más ideológico que el resto, y ello es especialmente importante en nuestra tesis. La Unión Europea no es un mero bloque económico, sino que también se conjuga como comunidad de Derecho y de valores; el hecho de que un Estado consiga excepciones de la aplicación de derechos y valores en su territorio es contrario a la propia naturaleza de la Unión.

Otra conclusión que podemos extraer sin demasiada dificultad del Trabajo es que la existencia de una Europa a dos velocidades en el derecho primario, por los *opt-outs*, también se refleja en las políticas de la Unión, dando lugar a “núcleos duros” de países, en términos de integración, rodeados de otros Estados menos participativos. Así, es el caso de la Eurozona, el espacio Schengen, o la PESCO.

En definitiva, concluimos que, en el escenario actual, la pervivencia de estos *opt-outs* es, cuando menos, cuestionable. La salida del Reino Unido de la UE, tras haber sido el país al que más *opt-outs* se le han concedido junto a Dinamarca, y el precedente que estos sientan en cuanto a la concepción de la integración europea y su acervo como un conjunto de sectores estancos de los cuales cada país elige los que más se alinean con su interés político, demuestran que se trata de un régimen peligroso para la integración europea. De cara a futuras ampliaciones, y sobre todo a una eventual reforma de los Tratados, en el marco de la cual nuevos países podrían exigir nuevos *opt-outs*, parece conveniente replantear la existencia de estas exenciones del derecho primario, concebidas como están sobre bases políticas y una vigencia indefinida, y contrastarla con el principio de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes normativas

- Acervo de Schengen tal como figura en el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión 1999/435/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999 (DO L 239, de 22 de septiembre de 2000).
- Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 de febrero de 1986 (DO L 169/21, de 29 de junio de 1987).
- Acuerdo relativo a la supresión gradual de las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamación solemne hecha en Niza, el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364/1, de 18 de diciembre de 2000).
- Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.
- Decisión 2017/2315 del Consejo, de 11 de diciembre de 2017, por la que se establece una cooperación estructurada permanente, y se fija la lista de los Estados miembros participantes (DO L 331/57, de 14 de diciembre de 2017).
- Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea (Anexo I a la parte B de las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo), de 12 de diciembre de 1992 (DO N° C 348/2, de 31 de diciembre de 1992).
- Directiva 2003/86, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251/12, de 3 de octubre de 2003).
- Reglamento 2016/794, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo (DO L 135/53, de 24 de mayo de 2016).

- Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 (no publicado en Diario Oficial).
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 – versión consolidada de 1992 (DO C 224/01, de 31 de agosto de 1992).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 – versión consolidada de 2016 (DO C 202/199, de 7 de junio de 2016).
- Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997.
- Tratado de colaboración económica, social y cultural y de legítima defensa colectiva, firmado en Bruselas el 17 de febrero de 1948.
- Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (DO N° C 191/01, de 29 de julio de 1992).
- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DO C 306/136, de 17 de diciembre de 2007).

Fuentes oficiales

- “Which EU referenda have taken place in EU Member States?”, *EU Information Centre*, Parlamento danés. Disponible en <http://english.eu.dk/en/faq/referendums>, última visita 14/05/2018.
- ABILDGREM, K., *Monetary History of Denmark – 1990-2005*, Banco Nacional de Dinamarca, Copenhague, 2010.
- Base de datos del *International Comparison Programme*, Banco Mundial, 2016. Disponible en https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.PP.CD?end=2016&start=2016&view=map&year_high_desc=false, última visita 14/05/2018.

- Comisión Europea, “*Commission welcomes Europol's new mandate and cooperation agreement with Denmark*”, base de datos de comunicados de prensa, 29 de abril de 2017. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-1169_en.htm, última visita 01/07/2018.
- Comisión Europea, “Comprender las políticas de la Unión Europea: la Unión Económica y Monetaria y el euro”, 2015, pp. 3-6. Disponible en https://europa.eu/european-union/file/279/download_es?token=rEKvYHEA, última visita 14/05/2018.
- Comisión Europea, “*The EU strengthens cooperation on security and defence*”, Servicio Europeo de Acción Exterior, 2018. Disponible en https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/35285/eu-strengthens-cooperation-security-and-defence_en, última visita 18/06/2018.
- Comité para el estudio de la unión económica y monetaria, *Report on economic and monetary union in the European Community*, Bruselas, 1989.
- Declaración de Petersberg, Consejo de Ministros de la Unión Europea Occidental, Bonn, 19 de junio de 1992.
- *White paper on Denmark and the Maastricht Treaty*, Consejo de la Unión Europea, 1992 (no publicado en Diario Oficial; documento SN 4364/92).

Fuentes publicadas

- *BBC News*, “*No EU rights charter for Poland*”, 23 de noviembre de 2007. Disponible en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7109528.stm>, última visita 04/07/2018.
- *BBC News*, “*Russia poll vexes EU and Poland*”, 4 de diciembre de 2007. Disponible en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7126239.stm>, última visita 04/07/2018.
- *BBC News*, *Double-Dutch Amsterdam Summit jargon explained*, *Politics 97*, 1997. Disponible en

- <http://www.bbc.co.uk/news/special/politics97/news/06/0616/jargon.shtml#weu>, última visita 07/06/2018.
- COSTA, M., “*Malta to ‘wait and see’ before deciding on PESCO defence pact, Muscat says*”, *Malta Today*, 2017. Disponible en https://www.maltatoday.com.mt/news/europe/83085/malta_to_wait_and_see_before_deciding_on_pesco_defence_pact_muscat_says#.WybX7C1Dlaq, última visita 17/06/2018.
 - EMERSON, M., “*Britain, Ireland and Schengen: time for a smarter bargain on visas*”, *Centre for European Reform Essays*, julio de 2011.
 - *EU Business*, “*Poland's new government will adopt EU rights charter: official*”, 22 de octubre de 2007. Disponible en https://web.archive.org/web/20071217093946/http://www.eubusiness.com/news_live/1193005021.93, última visita 04/07/2018.
 - EUR-Lex, “*Common Security and Defence Policy (CSDP)*”, 2017. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/european_security_defence_policy.html, última visita 17/06/2018.
 - *EUR-Lex*, “*Dinamarca: cláusula de exención de la UEM*”, 2006. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A125061>, última visita 13/05/2018.
 - FONSECA MORILLO, F. J., y MARTÍN BURGOS, J. A., “*La Unión Europea: génesis de Maastricht*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjkyMzI maWRIPTEwMzcmdXJsPTUmbmFtZT1SSUVfMDE5XzAwMl8wNjUucGRm JmZpbGU9UklFXzAxOV8wMDJfMDY1LnBkZiZ0YWJsYT1BcnRpY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg==>, última visita 11/05/2018.
 - MARCUSSEN, M., y ZØLNER, M., “*The Danish EMU referendum 2000: business as usual*”, *Government and Opposition*, vol. 36, n.3, 2001, pp. 379-402.

- MIKKELSEN, O., y JONES, G., “Danish government plans referendum on EU defence opt-out”, *Reuters*, 5 de agosto de 2015. Disponible en <https://uk.reuters.com/article/uk-denmark-defence/danish-government-plans-referendum-on-eu-defence-opt-out-idUKKCN0QA1E420150805>, última visita 18/06/2018.
- MORA BENAVENTE, E., “Time for the Sleeping Beauty to wake”, *European Council on Foreign Relations*, 2017. Disponible en http://www.ecfr.eu/article/commentary_time_for_the_sleeping_beauty_to_wake, última visita 17/06/2018.
- NISSEN, C., “European defence cooperation after the Lisbon Treaty”, Instituto Danés de Estudios Internacionales, DIIS Report 2015:06, 2015.
- PRYTZ LARSEN, K., “The Danish opt-outs”, *EU-27 Watch*, No.9, 2010.
- TSOLOVA, T., “Bulgaria next to adopt euro, but should not rush, EU’s Moscovici says”, *Reuters*, 27 de abril de 2018. Disponible en <https://www.reuters.com/article/us-bulgaria-eurozone-moscovici/bulgaria-next-to-adopt-euro-but-should-not-rush-eus-moscovici-says-idUSKBN1HY0PP>, última visita 14/05/2018.

Fuentes monográficas

- ADLER-NISSEN, R., *Opting Out of the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2012.
- MILES, L., *The European Union and the Nordic Countries*, Routledge, Londres, 1996.
- MOURITZEN, H., WAEVER, O., y WIBERG, H., *European Integration and National Adaptations – A Theoretical Inquiry*, Nova Science Publishers, Nueva York, 1996.

