

**LA TRANSPARENCIA COMO PRETEXTO: EL PRINCIPIO DE
PUBLICIDAD DE LAS NORMAS COMUNITARIAS Y LA
SENTENCIA DEL TJCE DE 10 DE MARZO DE 2009
(HEINRICH, C-345/06)**

Josu de Miguel Bárcena

*Doctor en Derecho. Investigador postdoctoral.
Universidad de Bolonia- Johns Hopkins University*

RESUMEN:

El presente trabajo aborda el contenido del Asunto *Heinrich*, donde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas deja sin fuerza vinculante una parte del Reglamento nº 622/2003, de la Comisión, por el que se establecen las medidas para la aplicación de las normas comunes sobre la seguridad aérea. La problemática planteada alrededor de la Sentencia C-345/06, demuestra que la transparencia y la publicidad no son siempre principios fáciles de armonizar en la práctica política y jurídica de la Unión Europea.

Palabras clave: transparencia – principio de publicidad – Estado de Derecho comunitario – Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; seguridad aérea.

ABSTRACT:

The aim of this work is to analyze the *Heinrich* case, in which the Court of Justice of European Communities declares that the annex to the Commission Regulation no. 622/2003, laying down measures for the implementation of the common basic standards on aviation security, has no binding force. The topic of C-345/06 sentence shows that transparency and publicity cannot be easily harmonized in the political and legal practice of the European Union.

Keywords: transparency – publicity principle – E.C. Rule of Law – Court of Justice of European Communities – aviation security.

La transparencia como pretexto: el principio de publicidad de las normas comunitarias y la Sentencia del TJCE de 10 de marzo de 2009 (Heinrich, C-345/06)¹

Sumario. 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. El concepto de transparencia y su reflejo en el ordenamiento jurídico comunitario. 4. El acceso público a los documentos de las instituciones de la unión europea y sus restricciones. 5. La transparencia no siempre implica, paradójicamente, publicidad en el sistema político comunitario. 6. Los argumentos del tribunal de justicia de las comunidades europeas. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende realizar un comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) C-345/06, de 10 de marzo de 2009, en la que respondía a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austriaco (*Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich*). El interés de la misma reside en dos aspectos fundamentales: el primero, la proyección pública que ha tenido el pronunciamiento del TJCE en la opinión pública y la ciudadanía europea. Se trata de un Asunto donde se debate la legalidad del Reglamento de la Comisión nº 622/2003, de 4 de abril de 2003, por el que se establecían las medidas para la aplicación de las normas comunes de seguridad aérea. Ello incluía, como muy bien saben los sufridos usuarios de transporte aéreo de pasajeros, la elaboración de una serie de reglas, controles y prohibiciones en lo que respecta al acceso a las aeronaves, que en su mayor parte permanecían ocultas al conocimiento del viajero. Esta es la razón por la que un ciudadano austriaco, el Sr. Heinrich, no pudo saber que portar dos raquetas de tenis en el equipaje de mano, era motivo suficiente para que el personal de seguridad de la compañía aérea, le obligara a desembarcarse del avión donde pretendía realizar su viaje.

En realidad, desde esta perspectiva, el asunto C-345/06 no tiene excesiva relevancia. La escasa dimensión y el lacónico razonamiento del TJCE evidencia que en buena medida estamos ante una problemática jurídica bastante habitual en sede comunitaria, esto es, la necesidad de que determinadas normas comunitarias, de acuerdo al art. 254 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), deban cumplir con la exigencia de publicidad para que los interesados puedan conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les imponen. Esta regla, vinculada con el principio de seguridad jurídica comunitaria, ha vuelto a ser recientemente afirmado por el propio TJCE en su jurisprudencia: Sentencias *Skoma – Lux* C-161/06, de 11 de diciembre de 2007 y *ROM – projectem* C-158/06, de 21 de junio de 2007, entre otras.

Pero, al margen del interés social y naturalmente jurídico, el asunto *Heinrich* nos ha llamado la atención por otra razón. Entre las observaciones planteadas a la cuestión prejudicial elevada por el tribunal austriaco, se encontraba la pretensión del Reglamento de la Comisión, de hacer valer algunas de las excepciones del Reglamento 1049/2001 de acceso a los documentos del Parlamento, el Consejo y la Comisión, para no publicar

¹ Josu de Miguel Bárcena es investigador posdoctoral del Gobierno Vasco, adscrito al *Center for Constitutional Studies and Democratic Development*, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bolonia – Johns Hopkins University. E-mail: dospasoss@hotmail.com

el Anexo donde se establecían las prohibiciones por las que se podía impedir el acceso a los pasajeros a los aviones, si no se cumplía con los requisitos relativos a la seguridad y el equipaje de mano. Se trata por tanto de analizar sucintamente, en el marco de la propia Sentencia y las interesantes observaciones realizadas por la Abogado General E. Sharpston, el patente contraste que surge entre el principio de publicidad de las normas, vinculado con el Estado de Derecho de la Unión Europea, y la política de transparencia promovida por las instituciones y el ordenamiento jurídico comunitario. Y es que como ya señalaba un editorial del *Common Market Law Review*, “La paradoja de la transparencia en el sistema político comunitario, es que a veces produce el efecto opuesto que parece perseguir”².

2. ANTECEDENTES.

Como ya hemos señalado, el Sr. Heinrich, ciudadano austriaco, se presentó el 25 de septiembre de 2005 en el control de seguridad del aeropuerto de Viena con la intención de embarcar. En dicho control, se comprobó que portaba dos raquetas de tenis y se estimó, de acuerdo al Reglamento 622/2003, que eran artículos prohibidos, por lo que se le denegó el paso. A pesar de que logró embarcar, la seguridad del aeropuerto y de la compañía aérea le hizo bajar del avión. Con posterioridad acudió a un tribunal austriaco, que fue el que interpuso la cuestión prejudicial al TJCE.

Al margen de las lógicas molestias momentáneas, el Sr. Heinrich consideró que de acuerdo a uno de los principios más básicos del Estado de Derecho, no se le podía aplicar una normativa que le era imposible conocer previamente. De lo contrario, probablemente las raquetas que portaba habrían sido facturadas. Y no pudo conocerla en virtud de la normativa elaborada por las propias instituciones comunitarias. El Reglamento del Parlamento Europeo (en adelante PE) y el Consejo nº 2320/2002, por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil, señala en su art. 8 que los criterios relativos a las medidas de seguridad aérea, las especificaciones para los respectivos programas nacionales de seguridad en los aeropuertos y los informes de las inspecciones, deberán permanecer en secreto sin perjuicio “del derecho público de acceder a los documentos” de acuerdo a lo determinado en el Reglamento nº 1049/2001. En aplicación de las directrices realizadas con urgencia por el PE y el Consejo, la Comisión elaboró el Reglamento nº 622/2003, por el que se establecían las medidas concretas para la aplicación de las normas comunes de seguridad aérea. En dicho Reglamento, figuraba un Anexo *confidencial* (art. 3), donde se enumeraban los supuestos fácticos (objetos, características, modo de transporte) que podrían impedir la entrada a un avión a un pasajero.

El Tribunal remitente de la cuestión prejudicial, se pregunta si la omisión de la publicación de los reglamentos (o de parte de ellos, como es el caso) en el Diario Oficial, en contra de lo ordenado en el art. 254. 1 y 2 TCE, es una vulneración tan grave del principio de legalidad comunitario que pueda llevar a considerarlos como inexistentes. Es doctrina común en los sistemas constitucionales de los Estados miembros (pensemos en el art. 9.3 de la Constitución española o el art. 48 de la propia Constitución austriaca) la publicación de aquellas normas de diferente naturaleza que obligan jurídicamente a los particulares. Parecería por lo tanto que la problemática del asunto *Heinrich* tuviera entonces que ver fundamentalmente con la naturaleza del acto en discusión, el Reglamento nº 622/2003.

2 Editorial del *Common Market Law Review*, Vol. 43, nº 5, 2006, p. 1245

En este sentido, el art. 254 TCE establece las reglas para que las normas comunitarias sean conocidas por las personas a las que afectan, garantizando un nivel apropiado de comunicación imperativa de los actos jurídicamente obligatorios. Así, en su apartado primero señala que los reglamentos, directivas y decisiones adoptados a través del procedimiento de codecisión, se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea. En su apartado segundo, establece que los reglamentos del Consejo y la Comisión, así como las directivas de estas instituciones que tengan como destinatarios a todos los Estados miembros, también deberán ser publicadas en el Diario Oficial. Por último (apartado 3), los actos jurídicos de menor relevancia para el público, como las directivas que no tengan como destinatarios a todos los Estados miembros o las decisiones, serán objeto de notificación imperativa a sus destinatarios. Sin embargo, no entran automáticamente en el ámbito público mediante su inserción en el Diario Oficial.

Si en interés de la transparencia y de un poder público que actúe de modo más abierto, se considera deseable poner a disposición de la generalidad de los ciudadanos, cualquier categoría de documentos *no sujetos* a las exigencias de publicación imperativa del art. 254. 1 y 2 TCE, es necesario establecer otros mecanismos adicionales³. Por ello, el art. 255 TCE establece el principio de que “todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del PE, del Consejo y de la Comisión”. Además, atribuye al propio Consejo y a cada institución las facultades necesarias para determinar, respectivamente, los principios generales y las disposiciones específicas que regulen dicho acceso.

Solamente con lo dicho hasta el momento, el lector bien informado podrá haber llegado a una conclusión meridianamente clara: si el alcance del art. 254.1 y 2 TCE es inequívoco, en cuanto a la necesidad de publicación de los reglamentos en el Diario Oficial, y nos encontramos ante un Reglamento elaborado por la Comisión, que incluye un Anexo parte de un acto legislativo con carácter general, con consecuencias concretas para los particulares, parecería que las instituciones comunitarias están pretendiendo eludir los requisitos del principio de legalidad, mediante el simple expediente de establecer disposiciones sustantivas en una anexo de carácter confidencial. Según las conclusiones de la Abogado General E. Sharpston, de 10 de abril de 2008, eso “es precisamente lo que quiso hacer la Comisión en el presente caso. Las disposiciones publicadas del Reglamento nº 622/2003 son un mero almacén. El lector no puede averiguar los efectos del Reglamento sin conocer el anexo ya que éste contiene la sustancia íntegra del Reglamento” (Considerando 64).

El tribunal remitente seguramente tuvo pocas dudas con respecto a la cuestión principal que parecía dirimirse en el proceso original, esto es, si pueden tener fuerza vinculante para los particulares los reglamentos o partes de los reglamentos que, en contra de lo ordenado claramente por el art. 254 TCE, no hayan sido publicados en el Diario Oficial⁴. Sin embargo, la Comisión, al realizar el Reglamento 622/2003, se amparó en la normativa derivada sobre la apertura al público de los documentos de las institucio-

3 Sobre esta cuestión, en general, ver BROBERG, M.: “Access to Documents: A Principle of Community Law?”, *European law Review*, Vol. 27, nº 2, 2002, pp. 194-204 y ÖBERG, U.: “Public Access to Documents After the Entry into Force of the Amsterdam Treaty: Much Ado About Nothing?”, *European Integration online Papers*, 1998/08, <http://eiop.or.at/eiop/texte/1998-008a.htm>.

4 Al margen de la jurisprudencia cercana en el tiempo antes citada, el TJCE señaló en la Sentencia C-209/96, de 1 de octubre, “que el imperativo de seguridad jurídica de una normativa debe permitir a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone” (FJ 35), mientras que en la Sentencia C-143/93, de 13 de febrero de 1996, apuntó que es preciso que los “justiciables puedan conocer, sin ambigüedad, sus derechos y obligaciones, y, adoptar las medidas oportunas en consecuencias” (FJ 27).

nes comunitarias, para eludir la publicación de un anexo que imponía obligaciones a los particulares. En el fondo, lo que se cuestiona el tribunal estatal austriaco es si una medida pensada para desplegar el principio de apertura documental que reconoce el art. 255 TCE, puede servir, curiosamente, para justificar que no se publiquen actos comunitarios que deberían serlo, precisamente, con arreglo al art. 254 TCE. Lo cierto es que un análisis más pormenorizado, nos puede ayudar a detectar si tal y como están configurados en el ordenamiento comunitario, los principios de transparencia y publicidad pueden presentar contradicciones de diferente intensidad y naturaleza.

3. EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA Y SU REFLEJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO.

Al final de su opúsculo *Sobre la Paz Perpetua*, Kant llegó a denominar como la fórmula trascendental del derecho público democrático a la siguiente proposición: “Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”. La justicia y el derecho únicamente pueden ser pensados como públicamente manifestados, siendo esta última cuestión no sólo un principio ético, sino propiamente jurídico⁵. En sentido contrario, en un Estado no sometido al derecho ni al influjo del principio democrático, donde existe una autoridad moral de la administración frente al administrado, el secretismo es la esencia misma de actuación y dominación burocrática: “[e]l gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad”, afirmará Max Weber⁶.

En la actualidad, el principio de publicidad ha ido adquiriendo diferentes significaciones, que van a variar según el área de la vida pública donde pretenda ser proyectado, o las diversas disciplinas científicas que traten de abordarlo. La apertura y la transparencia denotan una aproximación hacia el buen gobierno y la responsabilidad democrática, una cierta cercanía entre el poder político y el ciudadano y la posibilidad de que éste último participe activamente en la toma de decisiones. El derecho de acceso al expediente, a la documentación de la administración e incluso, a la información que conste en dicha documentación, parecen expresiones en cierto modo más próximas al mundo de lo jurídico⁷. No obstante, la inevitable confrontación de ambas perspectivas, derivada del ejercicio mismo del poder público, ha provocado a menudo una utilización conceptual indistinta.

Ello se debe, en buena medida, a que el concepto de transparencia ha pasado a configurarse, en la actualidad, como uno de los elementos centrales de la regeneración democrática de los sistemas políticos estatales e internacionales. En el ámbito administrativo, las posibilidades que ofrece la sociedad de la información ha generado una tendencia a profundizar en la apertura de los expedientes a través de no pocas soluciones técnicas, que obligan a una mayor motivación de los actos administrativos, a fin de posibilitar su fiscalización jurisdiccional, y de evitar que la discrecionalidad se torne en arbitrariedad. En el marco constitucional, parecería que el fortalecimiento del principio democrático se buscara en el buen gobierno y en los instrumentos a través de

5 KANT, I.: *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 61-62.

6 WEBER, M.: *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, p. 746.

7 EMBID IRUJO, A.: *El ciudadano y la Administración*, MAP-INAP, Madrid, 1996 págs. 83-134; ARENA, G.: “Transparencia administrativa y democracia”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 37, 1993, págs. 9-20 y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *El Derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid 1997.

los cuales se canaliza la participación ciudadana. En el contexto de la crisis de la democracia representativa, la transparencia se ha convertido en un mecanismo útil para que los ciudadanos puedan intervenir más directamente en aquellos proyectos de interés público, así como realizar un seguimiento de los objetivos, un control de los gastos y una interpretación de la calidad del servicio recibido. Es el signo de los tiempos que comanda la gobernanza.

El sistema político comunitario parece haber captado este mensaje perfectamente, pues si en la mayor parte de los Estados y las Organizaciones Internacionales, la transparencia se refleja normalmente a través de los programas de acción gubernamental o legislativa, en la Unión Europea ha alcanzado la categoría de principio jurídico. Con anterioridad hemos señalado que el art. 255 TCE establece que “Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del PE, del Consejo y de la Comisión [...]”⁸. La inclusión de esta disposición por parte del Tratado de Amsterdam, propició un importante número de propuestas sobre el tema por parte de los diferentes actores comunitarios, que se vieron reflejadas en los momentos constitucionales, por el momento fallidos, que con posterioridad han jalonado la incierta historia de la Unión Europea durante la década de 2000.

Así por ejemplo, en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión presidida por Romano Prodi, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. A lo largo del documento, aquella jugaba un papel decisivo en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea⁹. La Declaración 23 del Tratado de Niza, que abría el proceso constituyente europeo, señalaba en su punto seis que uno de los objetivos del mismo sería el de revisar la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y sus instituciones con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados miembros. Por otro lado, la Declaración del Consejo Europeo de Laeken, de diciembre de 2001, que convocó la Convención Europea, relacionaba en varios de sus puntos básicos, la transparencia con la profundización democrática de la Unión. Entre las cuestiones básicas que la Convención tendría que abordar, estaban la de si el Consejo de la Unión Europea debería de legislar de cara al público, o la de si los ciudadanos deberían tener un mayor acceso a los documentos de las instituciones.

La consecuencia de toda esta iniciativa política pudo verse reflejada, de forma generosa, en el Tratado Constitucional lamentablemente inédito. Su Preámbulo señalaba como uno de los objetivos de la Unión, “el ahondar en el carácter democrático y transparente de la vida pública”, mientras que el Título VI, referido a la vida democrática de la Unión, reconocía en su art. I-47 el principio de democracia participativa, siendo la transparencia uno de los elementos claves para que las instituciones comunitarias mantuviesen un diálogo abierto y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil europea. Por último, la Carta de Derechos Fundamentales, incluida en el Tratado constitucional, reconocía en su Título V, refe-

8 El art. 255.2 señala: “El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 251, determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam”. Por otro lado, el apartado 3 establece que “Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos”.

9 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25.7.2001.

rido a la ciudadanía de la Unión, el derecho a una buena administración, lo que conllevaba el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna y el derecho de acceso a los documentos de las instituciones, órganos y organismos comunitarios, cualquiera que fuese su soporte¹⁰.

El Tratado de Lisboa, aún pendiente de ratificación por parte de algunos Estados miembros, *centrifugó* éstas y otras disposiciones, seguramente con la intención de restarles protagonismo constitucional ante el empuje de los países euroescépticos¹¹. A pesar de todo, tras su probable entrada en vigor, la transparencia tendrá la mayor presencia institucional desde que se puso en marcha el proceso de integración. De este modo, el art. 255 TCE, debidamente modificado, pasa a convertirse en el art. 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE). En su apartado primero se añade que con el “[...] fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura”. Por otro lado, mientras en el apartado segundo del mismo artículo se hace referencia a la publicidad de los trabajos legislativos del Parlamento Europeo y el Consejo, el apartado tercero, que en puridad se corresponde con el antiguo art. 255 TCE, señala que “Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte”. Además, cada una de las instituciones comunitarias, “garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos”.

Hace ya más de una década, Dyrberg estableció una triple dimensión conceptual, para tratar de interpretar las diferentes variables que podrían derivarse de la introducción del principio de transparencia en el ordenamiento jurídico comunitario, y que creemos sigue siendo válida¹². La primera categoría tendría que ver con los esfuerzos de las instituciones comunitarias para que los textos normativos se redacten en un lenguaje comprensible para el ciudadano. La segunda la constituiría la política de información, por la que no sólo se entienden los esfuerzos realizados por las instituciones para abrir al público sus actividades, sino también el conjunto de iniciativas tomadas con objeto de hacer públicos sus documentos. La tercera implicaría todos aquellos esfuerzos por limitar los actos y decisiones que se toman a puerta cerrada, por que se simplifiquen los instrumentos y el número de procedimientos para adoptarlas y por poner en evidencia los intereses que logran influir en las normas finalmente adoptadas¹³. Para el análisis de la Sentencia *Heinrich*, nos parece especialmente relevante la segunda de las categorías, relativa a la publicidad de los documentos de las instituciones comunitarias, y que pasamos a analizar a continuación de forma sucinta.

10 PETERS, A.: “European democracy after the 2003 Convention”, *Common Market Law Review*, Vol. 41, nº 1, 2004, p. 67 y ss.

11 Sobre ésta y otras cuestiones, ver MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.): *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel – AEPDIRI, Madrid, 2009.

12 Sin que eso signifique descartar otras aproximaciones; ver al respecto los trabajos de HARLOW, C: *Accountability in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 36-41 y LAFAY, F.: “L'accès aux documents du Conseil de l'Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européenne*, Vol. 33, nº 1, 1997.

13 DYRBERG, P.: “El acceso público a los documentos y las autoridades comunitarias”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 1, nº 2, 1997, pp. 377-381.

4. EL ACCESO PÚBLICO A LOS DOCUMENTOS DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS RESTRICCIONES.

Como hemos señalado con anterioridad, para el conjunto de las instituciones comunitarias, el acceso público a los documentos constituye una de las condiciones básicas tanto para asegurar una mayor implicación de la sociedad civil europea en el proceso decisorio, como para garantizar una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración frente a los ciudadanos¹⁴. Existiría, por tanto, un vínculo palmario entre el funcionamiento democrático de las instituciones y el derecho ciudadano de acceder a los documentos. La proliferación de nuevos instrumentos de regulación administrativa, tanto en el Estado como en la propia Unión Europea, ha supuesto, en este sentido, un estímulo indudable para la potenciación del derecho de acceso a la información, en la medida en que permite un mejor conocimiento por parte de los ciudadanos, de todas aquellas decisiones de los poderes públicos que puedan afectarles¹⁵.

El actual art. 255.2 TCE remite el desarrollo de los principios generales y los límites que deberán regular el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos de la Comisión, el Consejo y el PE, a la legislación derivada y la capacidad de autoorganización que le es reconocida a cada institución. El Reglamento (CE) 1049/2001 del PE y del Consejo, ya aludido con anterioridad, es la norma encargada de dar desarrollo a las condiciones que deben regir el acceso público a los documentos de las principales instituciones comunitarias. Superando la dubitativa interpretación que el TJCE había tenido hasta ese momento y teniendo como referencia los criterios jurídicos generales del propio art. 255 TCE y del art. II-42 de la Carta de Derechos Fundamentales, el Reglamento en cuestión apuesta por una visión expansiva y aperturista, transformando lo que anteriormente era un simple mecanismo administrativo para desarrollar el principio de transparencia, en un derecho pleno, con arreglo a unos principios, unas condiciones y unos límites que deben tutelar su ejercicio.

La jurisprudencia del TJCE también ha tenido un papel activo en la interpretación jurídica del acceso público a los documentos de las instituciones comunitarias. Sin embargo, su actuación al respecto no ha sido la que en un principio cabía esperar, siendo superado en su ya habitual voluntarismo *político* por algunos Estados miembros y el propio PE. Los Abogados Generales Tesauro y Légere incitaron en diversas ocasiones al Tribunal durante casi toda la década de 1990, llegando a señalar, en el razonamiento de numerosos litigios, que el derecho de acceso a los documentos era un “derecho fundamental civil” o un “principio de acción democrático de las instituciones políticas” en general¹⁶. Sin embargo, el TJCE huyó casi siempre de estas vagas categorizaciones, afirmando en una primera fase que el acceso a la información que proporcionaban los documentos era simplemente un principio, sin mayores precisiones¹⁷, mientras le confería en los últimos tiem-

14 Ver en este sentido, la Sentencia, 14.10.1999, TPI, *Bavarian Lager vs. Comisión*, T – 309/97, Recopilación de Jurisprudencia, p. II-3217, FJ 36.

15 BROBERG, M.: “Access to Documents: A Principle of Community Law?”, *European law Review*, Vol. 27, nº 2, 2002, pp. 194-204 y LENAERTS, K. y CORTHAUT, T.: “Judicial Review as a Contribution to Development of European Constitutionalism”, *Yearbook of European Law 2003*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 26.

16 Ver las Conclusiones del Abogado General G. Tesauro en Sentencia, 30.4.1996, TJCE, *Reino de los Países Bajos vs. Consejo de la UE*, Asunto C-58/94, Recopilación de Jurisprudencia 1996, p. I-02169 y del Abogado General F. Légere en Sentencia, 19.6.1999, TPI, *Heidi Hautala vs. Consejo de la UE*, Asunto T-14/98, Recopilación de Jurisprudencia 1999, p. II-02489.

17 Es el caso de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, 19 de octubre de 1995, *John Carvel y Guardian Newspaper LTD vs. Consejo de la UE*, Asunto T-194/94, Recopilación de Jurisprudencia 1995, p. II-

pos el tratamiento de principio general del derecho comunitario, situado al lado del de proporcionalidad y tomando como referencia externa, el derecho a la información¹⁸.

El Tribunal sí se ha encargado no obstante de afirmar que los límites al acceso público a los documentos han de interpretarse a la luz del principio de proporcionalidad. Con carácter general, la posibilidad de acceder a los documentos de las instituciones comunitarias constituye así la regla general y la posibilidad de denegación es la excepción. Las excepciones, recogidas en el articulado del Reglamento (CE) 1049/2001, deben de interpretarse y aplicarse, necesariamente, de forma restrictiva, de tal manera que no se frustre la aplicación del derecho consagrado en dicho Reglamento¹⁹. Bajo este criterio de restricción de todo límite, la jurisprudencia del Tribunal también ha tenido múltiples ocasiones de afirmar diversas garantías aparejadas al derecho en cuestión, como la ponderación obligatoria del interés en la difusión de la información con otros intereses en litigio o el requisito de la motivación de cualquier denegación del acceso a la información²⁰.

A partir de este momento, conviene recuperar el hilo del asunto *Heinrich* para no dispersarnos en exceso en nuestros argumentos. En este sentido, es importante recordar que el Reglamento n° 2320/2002, por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil, señala en su art. 8 que los criterios relativos a las medidas de seguridad aérea, permanecerán en secreto sin perjuicio “del derecho público de acceder a los documentos” de acuerdo a lo determinado en el Reglamento n° 1049/2001. En aplicación de las directrices realizadas con urgencia por el PE y el Consejo, la Comisión elaboró el Reglamento n° 622/2003, en el que figuraba un Anexo *confidencial* (art. 3), donde se enumeraba uno de los supuestos que finalmente impidió al ciudadano austriaco acceder al avión. La conveniencia de justificar la no publicación de una parte de un Reglamento con probable destino en particulares, en las excepciones previstas por el Reglamento n° 1049/2001, fue defendida ante el TJCE por la Comisión, el Consejo y un buen número de Estados miembros.

Los arts. 4 y 9 del Reglamento n° 1049/2001, imponen una triple restricción al acceso público de los documentos de las instituciones, que en ocasiones puede desactivar el contenido que el art. 255 TCE atribuye al principio de transparencia. Según estos artículos, las instituciones podrían denegar el acceso a un documento elaborado por las instituciones para su uso interno, si su divulgación afectara gravemente el proceso de toma de decisiones. Lo mismo ocurre, cuando la publicación de un documento suponga un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual, los procedimientos judiciales y el objeto de las frecuentes actividades de investigación, inspección y auditoria. Por último, y esta es la cuestión que más no interesa, las instituciones comunitarias podrán denegar el acceso público a un documento, cuando la puesta en manos de particulares suponga un perjuicio para la protección del interés público, la intimidad y la integridad de las personas. El Reglamento n° 1049/2001 entiende por *interés público* la seguridad, la defensa

02765, fundamentos jurídicos 65 y ss y Sentencia, 17.6.1998, TPI, *Svenska Journalistförbundet vs. Consejo de la UE*, Asunto T-174/95, Recopilación de Jurisprudencia II-02289, fundamentos jurídicos 62 y ss.

18 Sentencia, 19.7.1999, TPI, *Heidi Hautala vs. Consejo de la UE*, Asunto T-14/98, Recopilación de Jurisprudencia 1999, p. II-02489, FJ n° 87.

19 Sentencia 7.2.2002, TPI, *Aldo Kuijer vs. Consejo de la UE*, Asunto T-211/00, Recopilación de Jurisprudencia 2002, p. II-00485, FFJJ 55, 56, 60 y 61.

20 Sentencia 19.7.1999, TPI, *Heidi Hautala vs. Consejo de la UE*, Asunto T-14/98, Recopilación de Jurisprudencia 1999, p. II-02489, FJ 85. Más recientemente, ver Sentencia 1.2.2007, *Sison vs. Consejo de la UE*, Asunto C-266/05, Recopilación de Jurisprudencia 2007, p. I-1233.

y los asuntos militares, las relaciones internacionales y la política financiera, monetaria o económica de la Unión Europea o un Estado miembro.

Nada impide que las instituciones comunitarias prevean la limitación del principio de transparencia mediante la restricción del acceso a los documentos. El propio art. 255.2 TCE señala que el Consejo “determinará los principios generales y los *límites*, por motivos de *interés público o privado*, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos”. Resulta evidente que las instituciones deben restringir la posibilidad de conocer aquellos documentos que por su especial sensibilidad o relevancia, pueden perjudicar a personas individuales o al conjunto de la colectividad. Sin embargo, el Reglamento nº 622/2003 y sus modificaciones posteriores²¹, se amparan en las cláusulas limitativas del derecho de acceso a los documentos para evitar que los ciudadanos conozcan de manera más o menos exhaustiva, la lista en la que se enumeran los artículos prohibidos que los potenciales pasajeros de las aeronaves no pueden introducir en las zonas restringidas de los aeropuertos, ni en la propia cabina de las aeronaves. Como señala la Abogado General en sus Conclusiones, si el Reglamento 622/2003 tenía consecuencias para los particulares, no podía ser comprendido en las categorías de documentos internos establecidas por el Reglamento 1049/2003, debía ser inherente al mismo el requisito de publicación en virtud del art. 254 TCE (Considerando 131).

5. LA TRANSPARENCIA NO SIEMPRE IMPLICA, PARADÓJICAMENTE, PUBLICIDAD EN EL SISTEMA POLÍTICO COMUNITARIO.

Como ya señalamos en el segundo epígrafe, lo que se preguntaba el tribunal estatal austriaco en la cuestión prejudicial, era si una medida pensada para desplegar el principio de apertura documental que reconoce el art. 255 TCE, podía servir, finalmente, para justificar que no se publicaran actos comunitarios que deberían serlo, precisamente, con arreglo al art. 254 TCE. Esta contradicción se explica mejor, seguramente, si abordamos brevemente la compleja relación entre el principio de transparencia y la naturaleza del sistema político comunitario.

No se puede olvidar, en este sentido, que la complejidad inherente a la Unión Europea, resultado de los diferentes niveles de intervención política, provoca la aparición de una pluralidad de intereses necesariamente contrapuestos, intereses que hasta el momento han sido acomodados a través de un proceso político consensual, donde con frecuencia siguen siendo importantes los usos propios de diplomacia tradicional, convenientemente adecuados a la realidad institucional mediante la influencia del método comunitario. La doctrina ha llegado a señalar que este escenario requiere un grado razonable de secretismo en la formación del derecho comunitario²². Si por el contrario se avanzase de forma precipitada a una sistema de negociación política puramente parlamentario, dejando atrás el método comunitario, probablemente se forzaría a los Estados miembros a ser mucho más exigentes y a hacer muchas menos concesiones frente a la opinión pública de

21 Reglamentos de la Comisión nº 68/2004, de 15 de enero y nº 1546/2006, de 4 de octubre, que modifican el Reglamento nº 622/2003, por el que se establecen las medidas para la aplicación de las normas comunes de seguridad aérea.

22 FERRARI BRAVO, L.: “Il Consiglio”, en PENNACCHINI, E., MONACO, R., FERRARI BRAVO, L. y PUGLISI, S. (a cura di): *Manuale di diritto comunitario*, Utet, Torino, Vol. I, 1983 y STASAVAGE, D.: “Open – Door or Closed – Door? Transparency in Domestic and International Bargaining”, *International Organization*, Vol. 58, nº 4, 2004, pp. 693-694.

sus países²³. Por decirlo de otra manera, el proceso político y la publicidad se presentan en la arena política comunitaria como términos no necesariamente compatibles, porque se parte previamente de la existencia, por un lado, de una lógica y unas razones sociales y, por otro, de una lógica y unas razones legislativas contrapuestas.

El párrafo anterior pone especial énfasis en el proceso político y diplomático que se vive en las instituciones comunitarias. Por lo tanto está en un plano esencialmente diferente al del Estado de Derecho y el principio de publicidad de las normas. Sin embargo, nos sirve para comprender la problemática que subyace al asunto *Heinrich* y para explicar la paradoja a la que hacíamos alusión en el título del presente epígrafe: en la Unión Europea, la transparencia se ha utilizado para administrar cautelosamente el reforzamiento y la generalización del principio de publicidad, particularmente en el ámbito del trabajo institucional. La progresiva apertura de los trabajos legislativos y organizativos del Consejo de la Unión Europea, es sin duda un buen ejemplo de lo que queremos explicar.

La transformación del Consejo en una cámara de naturaleza parlamentaria, es una vieja aspiración europeísta, que sin lugar a dudas pasa por dar publicidad a los trabajos que se realizan en sus diferentes niveles de organización e intervención política²⁴. Desde el Consejo Europeo de Birmingham en 1992, hasta hoy, el Consejo ha modificado de forma reiterada su Reglamento interno para introducir mejoras en la transparencia de sus trabajos, particularmente en el ámbito del procedimiento de codecisión. En cualquier caso, tales reformas se han considerado siempre limitadas y sujetas al cálculo político de los actores que dominan el proceso político de la institución y permanecen ajenos al escrutinio público, principalmente el Comité de Representantes Permanentes (en adelante COREPER) y los grupos de trabajo. Por ello, resulta interesante recordar que el proyecto constitucional elaborado por la Convención Europea, en su art. I-23.1, previó la aparición de una formación sectorial del Consejo, denominada “legislativa”, que compuesta por ministros permanentes europeos, se tendría que haber dedicado a elaborar y discutir las normas comunitarias bajo las exigencias del principio de publicidad parlamentaria²⁵.

El Consejo legislativo previsto en el proyecto constitucional de la Convención Europea, fue sin embargo una de las primeras víctimas de la Conferencia Intergubernamental de 2003/04, dirigida por la Presidencia italiana. La figura del ministro europeo causaba desconfianza en las Administraciones nacionales y provocaba cierta angustia entre los protagonistas de las relaciones institucionales comunitarias, al plantear una confusión de responsabilidades entre el Consejo de Asuntos Generales, el propio Consejo legislativo y sobre todo, el COREPER. En su lugar, el Tratado Constitucional estableció una nueva fórmula en su art. 24.6, que se aproximaba bastante a la recogida en el art. 8.1 del Reglamento interno del Consejo: “El Consejo se reunirá en público cuando delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo. Con este fin, cada sesión del Consejo se dividirá en dos partes, dedicadas respectivamente a las

23 BRADLEY, K.ST.C.: “La transparence de l’Union Européenne: une évidence ou un trompe l’oeil?”, *Cahiers de Droit Européen*, nº 3-4, 1999, pp. 358-362; CHRYSSOCHOROU, D.N.: “Democracy and Symbiosis in the European Union: Towards a Confederal Consociation?”, *West European Politics*, Vol. 17, nº 4, 1994, p. 1 y 4 y CURTIN, D.M.: “Betwixt and between: democracy and transparency in the governance of the European Union”, en WINTER, J.A., CURTIN, D.M., KELLERMANN, A.E. y de WITTE, B. (Eds.): *Reforming the Treaty of European Union – The legal debate*, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law International, La Haya, 1996, p. 104.

24 SPINELLI, A.: *Rapporto sull’Europa*, Ed. di Comunita, Milán, 1965, p. 81.

25 GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “La reforma de las instituciones en el Proyecto de Tratado constitucional presentado por la Convención”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 17, 2003.

deliberaciones sobre los actos legislativos de la Unión y a las actividades no legislativas”. Esta disposición, reflejada de forma aún más sintética por el Tratado de Lisboa, conduce a una limitación del principio de publicidad, en la medida en que deja en manos de la organización interna del Consejo y sus órganos, la definición de lo que son actos, actividades y deliberaciones legislativas²⁶.

Este es un buen ejemplo de cómo la política de transparencia comunitaria gestiona el principio de publicidad. Al fin y al cabo, un proceso deliberativo totalmente abierto al público en el nivel ministerial, no dejaría de ser un mero formalismo sometido a la inevitable influencia en el orden del día del COREPER y los grupos de trabajo, mientras que las decisiones relevantes se seguirían tomando en el ambiente informal proporcionado por el nivel infranacional y por los pasillos y restaurantes de Bruselas y Luxemburgo²⁷.

Algo parecido ocurre con la publicación de las votaciones del Consejo. La reforma del art. 207 TCE por el Tratado de Amsterdam, estableció que siempre que el Consejo actuara en su *capacidad legislativa*, debería hacer públicos los resultados de sus votaciones, las explicaciones de voto de cada gobierno y las declaraciones en el acta de la sesión correspondiente. Si nos tomásemos la molestia de visitar la página de Internet del Consejo, comprobaríamos que en la actualidad es posible conocer el resultado de las votaciones y las explicaciones de voto de los Estados miembros. Sin embargo, también nos percataríamos de que en un alto porcentaje, no aparecen ni los resultados ni las explicaciones de voto, simplemente si la base jurídica del acto obligaba a adoptarlo a través de la mayoría cualificada o la unanimidad. La razón es muy sencilla: la mayor parte de los acuerdos son alcanzados, a través del consenso de los Estados miembros. Aunque pueda resultar paradójico, es más fácil y eficaz tratar de conocer la posición mantenida por el Gobierno de un Estado miembro, a través de la prensa que atiende los asuntos comunitarios, que mediante la lista mensual de actos del Consejo aparecida en su servidor electrónico.

Con todo, el mayor inconveniente que se le plantea a la publicación de las votaciones del Consejo, es la interpretación que del término *capacidad legislativa* hace el art. 9.2 de su Reglamento interno. Según esta última disposición, el Consejo actuará en su capacidad legislativa cuando adopte normas jurídicamente vinculantes para los Estados miembros y los ciudadanos de la Unión, mediante reglamentos, directivas, decisiones marco o decisiones. Permanecen por tanto excluidas la adopción de medidas de orden interno, actos administrativos o presupuestarios, actos relativos a las relaciones interinstitucionales o internacionales o lo que se denomina como actos no vinculantes. Dentro de los actos no vinculantes quedan las conclusiones, recomendaciones o resoluciones, derecho blando comunitario que sin embargo ha tenido y tiene una gran relevancia en el despliegue de los ámbitos de cooperación intergubernamental del TUE. Éste fue el motivo por el que Curtin y Meijers, hace ya más de una década, denominaron como retroceso democrático la política de transparencia que se estaba incorporando a las instituciones comunitarias, particularmente al Consejo de la Unión Europea²⁸.

26 El nuevo TUE, modificado por el Tratado de Lisboa, señala en su art. 15.2: “Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo en las que éste delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo”.

27 BEST, E.: “Transparency and European Governance: Clearly Not a Simple Matter”, en DECKMYN, V. (Ed.): *Increasing Transparency in the European Union?*, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, 2002, p. 116.

28 CURTIN, D. y MEIJERS, H.: “The principle of open government in Schengen and the European Union: democratic retrogression?”, *Common Market Law Review*, Vol. 32, nº 2, 1995, pp. 395-399.

Con los ejemplos desarrollados en este epígrafe, hemos pretendido tomar una cierta distancia con el concepto de transparencia. Sin lugar a dudas, teniendo en cuenta el devenir del sistema político comunitario, resulta evidente que la única manera de democratizar progresivamente el funcionamiento de las instituciones comunitarias, es administrar con cierta cautela el principio de publicidad, tal y como por ejemplo se proyecta en el Estado constitucional, a través de los programas de apertura propios de la gobernanza. Sin embargo, en el asunto *Heinrich* y en el desarrollo de la normativa relativa a la seguridad aérea civil, parecería que las instituciones comunitarias (y algunos Estados miembros) hayan tenido en mente utilizar la transparencia para limitar el principio de publicidad de las normas previsto en el art. 254 TCE, a través del Reglamento 1049/2001 de acceso a los documentos. Una lectura de la transparencia como la realizada en los anteriores párrafos, favorecería una interpretación como la que acabamos de realizar. En todo caso, falta por examinar qué dijo el TJCE al respecto.

6. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

El TJCE aborda la cuestión prejudicial planteada por el tribunal austriaco, sin hacer ni una sola referencia explícita a la cuestión de la transparencia o al contenido del Reglamento 1049/2001, relativo al acceso a los documentos de las instituciones comunitarias. El tribunal remitente había realizado dos preguntas al TJCE: la primera, ya señalada, cuestionaba si debía entenderse por documentos, en el sentido del art. 2.3 del Reglamento nº 1049/2001, aquellos actos que obligatoriamente han de publicarse en el Diario Oficial, con arreglo al art. 254 TCE. La segunda, aludía a si pueden tener fuerza vinculante los reglamentos o las partes de un reglamento que, en contra de lo ordenado en el art. 254.2 TCE, no hayan sido publicados en el Diario Oficial.

Hábilmente, el TJCE comienza por responder a la segunda de las preguntas, para dejar sin contestar la primera. Para ello, comienza por recordar que “un acto que emana de una institución comunitaria no se puede imponer a las personas físicas y jurídicas en un Estado miembro antes de que éstas tengan la posibilidad de conocerlo mediante su debida publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea” (FJ 43). El principio de seguridad jurídica exige que una normativa comunitaria permita a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone. Por su puesto, como es el caso que nos ocupa, el respeto de estos principios se impone con las mismas consecuencias cuando una normativa comunitaria obliga a los Estados miembros a adoptar, para la aplicación de dicha normativa, medidas que impongan obligaciones a los particulares (Sentencia de 20 de junio de 2002, TJCE, *Mulligan y otros*, asunto C-313/99). En lo que atañe a los reglamentos comunitarios, ello es tanto más necesario cuanto que los interesados deben, en su caso, poder solicitar que los órganos jurisdiccionales nacionales controlen la conformidad de las medidas de los Estados miembros de aplicación de un reglamento comunitario con éste último.

Sentada esta base jurisprudencial, el TJCE entra a valorar si el anexo del Reglamento nº 622/2003, pretendía imponer obligaciones a los particulares. De los puntos 4.1 y 4.3 del anexo 17 del Reglamento nº 2320/2002, del Consejo y del PE, por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil, se desprende que todos los pasajeros en espera de embarcar y su equipaje de mano deben ser controlados para evitar que se introduzcan artículos prohibidos en las zonas restringidas de seguridad o a bordo de las aeronaves. De este modo, se retirará al pasajero todo artículo prohibido o se le denegará el acceso a la zona de seguridad o a la aeronave, según

corresponda. En el apéndice al mencionado Anexo figura además una lista indicativa de los artículos prohibidos. Según el TJCE, “Aun cuando parezca que esas disposiciones se dirigen en primer lugar a las autoridades competentes de los Estados miembros, no puede cuestionarse que, en cualquier caso, su objetivo es imponer obligaciones a los particulares” (FJ 51).

En su artículo 4, apartado 2, el Reglamento n° 2320/2002 confiere a la Comisión una competencia de ejecución para adoptar, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 9 de dicho Reglamento, las medidas necesarias para la aplicación y la adaptación técnica de las normas básicas comunes adecuadas para prevenir actos de interferencia ilícita contra la aviación civil. En ejercicio de dicha competencia, la Comisión adoptó el Reglamento n° 622/2003, que establece las medidas necesarias para la aplicación y adaptación técnica de las normas comunes sobre seguridad aérea. Esas medidas figuran en el anexo al mencionado Reglamento y no se publicaron. Dicho anexo fue modificado con arreglo al anexo del Reglamento n° 68/2004, que tampoco se publicó. Para el TJCE, no cabe excluir que las medidas previstas por el Reglamento n° 622/2003 se refieran también a la lista de artículos prohibidos que figura en el apéndice al Anexo del Reglamento n° 2320/2002. Constituye al menos un indicio a este respecto el hecho de que el Reglamento n° 68/2004, en su tercer considerando, precise que es necesario contar con una lista armonizada, a la que el público tenga acceso, en la que se enumeren por separado los artículos prohibidos que los pasajeros no pueden introducir en las zonas restringidas ni en la cabina de las aeronaves.

Por otro lado, ha de indicarse que el Reglamento n° 2320/2002 define con precisión el régimen de confidencialidad en su artículo 8, enumerando las categorías de medidas y de información que se consideran secretas y que no serán objeto de publicación. Según el propio TJCE, la Comisión en la vista, en respuesta a una pregunta planteada, señaló que la lista de los artículos prohibidos en las zonas restringidas de seguridad o a bordo de las aeronaves no estaba comprendida en ninguna de esas categorías. Por consiguiente, esa lista no estaba regulada por el régimen de confidencialidad establecido en el artículo 8 del Reglamento n° 2320/2002, como corrobora el hecho de que la lista indicativa de dichos artículos que figura en el apéndice al anexo de dicho Reglamento se publicara sin restricciones en el Diario Oficial. Por lo tanto, el Reglamento n° 2320/2002 y, más concretamente, su artículo 4, apartado 2, no proporcionaban ningún fundamento jurídico que permitiese a la Comisión, en ejercicio de su competencia de ejecución con arreglo a dicha disposición, aplicar el régimen de confidencialidad previsto en el artículo 8 de ese Reglamento a medidas de adaptación de la lista de artículos prohibidos aneja al Reglamento n° 2320/2002. De ello se deriva que, en caso de que el Reglamento n° 622/2003 realizara adaptaciones de la mencionada lista de artículos prohibidos -premisa en la que se basa en el conocimiento del órgano jurisdiccional remitente, puesto que ni siquiera el TJCE ha tenido acceso a la misma- dicho Reglamento será, en esa medida, necesariamente inválido.

Para el TJCE no es preciso entonces entrar a responder a la cuestión de si puede haber excepciones a la obligación de publicación de un reglamento con arreglo al artículo 254 CE, apartados 1 y 2, porque siempre que dichas medidas de adaptación pretendan imponer obligaciones a los particulares, deberán publicarse en cualquier caso en el Diario Oficial. De acuerdo a todo lo señalado sobre la relación entre el principio de publicidad de las normas y la seguridad jurídica, la cuestión de si dichas medidas y las normas a las que se refieren imponen directamente obligaciones a los particulares u obligan a los Estados miembros a hacerlo, carece de pertinencia en lo relativo a si una norma puede permanecer en secreto de acuerdo a las reglas y límites que impone la política de transparencia. El TJCE deja claro que en ambos casos han de publicarse en el Diario Oficial.

7. CONCLUSIONES.

Como acabamos de comprobar, el razonamiento del TJCE en lo que respecta a la defensa del Estado de Derecho comunitario, que en buena medida es obra de su construcción jurisprudencial, sigue siendo sumarial e implacable. Por encima de cualquier otra consideración, queda claro que el TJCE va a seguir atento a las posibles limitaciones que tal Estado de Derecho pueda sufrir, como consecuencia de las políticas de seguridad que la necesaria lucha contra el terrorismo global puedan implicar. La sucesión de Reglamentos relativos a la seguridad aérea civil, indica una preocupación creciente de las instituciones comunitarias, por aspectos indispensables para el desarrollo de la vida individual y colectiva de los ciudadanos europeos. No creemos exagerar, sin embargo, si afirmamos que para buena parte de los usuarios habituales del transporte aéreo en la Unión Europea, viajar en avión se ha convertido en los últimos tiempos en un auténtico quebradero de cabeza, precisamente por la incertidumbre que causa no tanto las propias medidas de seguridad, sino el desconocimiento de aquellos elementos del equipaje de mano que no pueden introducirse en la cabina de un avión.

Una cuestión más o menos banal llevó a un ciudadano austriaco a cuestionar la legalidad de una serie de medidas administrativas, que en cumplimiento de los diversos Reglamentos comunitarios sobre la seguridad aérea, permitían mantener en secreto los objetos que los pasajeros no podían introducir en la cabina de un avión. El TJCE deja claro que en el caso que nos ocupa, las instituciones comunitarias pretendieron mantener ocultas partes de una norma que sin embargo tenían efecto sobre los particulares, y que en virtud del art. 254 TCE, tendrían que haber sido publicadas. Por ello, declara la invalidez del anexo del Reglamento de la Comisión nº 622/2003, por el que se establecían las medidas para la aplicación de las normas comunes de seguridad aérea.

En el momento en el que escribimos estas líneas, las instituciones comunitarias no han tomado una determinación al respecto, pero la cobertura que ofrece el art. 8.1 del Reglamento del PE y del Consejo nº 2320/2002, por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil, y que señala que se mantendrán secretas y no serán objeto de publicación las medidas de seguridad en los aeropuertos, deja poco margen de maniobra. Por ello, la Comisión puede tener la tentación de evitar la rigidez del art. 254 TCE, y elegir una decisión, en el sentido expuesto por el art. 249 TCE, dirigida a todos los Estados miembros. A diferencia de los que ocurre con los reglamentos y las directivas, el art. 254 TCE no exige en tales actos sean publicados, sino sólo que se notifiquen a sus destinatarios. Esta técnica ya fue utilizada en el desarrollo por parte de la Comisión del Reglamento nº 1791/2006 del Consejo, por el que se establecía un modelo uniforme de visado. Sin embargo, en nuestra opinión, el margen de maniobra para un posible fraude de ley en este sentido es limitado, porque el TJCE, en la propia Sentencia analizada, señala que *además* de lo establecido por el art. 254 TCE, “un acto que emana de una institución comunitaria no se puede imponer a las personas físicas y jurídicas en un Estado miembro antes de que éstas tengan la posibilidad de conocerlo mediante su debida publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea”.

Al margen de estas consideraciones, la Sentencia C-345/06 nos llamó la atención, por otros elementos y supuestos de hecho que lamentablemente no se encuentran en la argumentación del TJCE, pero resultan también de notable interés para los estudiosos de la cuestión europea. Entre éstos nos interesó la intención del Consejo, la Comisión y algunos Estados miembros, de utilizar el Reglamento nº 1049/2001, sobre el acceso a los documentos de las instituciones comunitarias, para plantear excepciones al principio de publicidad de las normas que reconoce el art. 254 TCE. Resulta incomprensible que un Reglamento que sirve precisamente para reconocer una serie de derechos vinculados con la buena administración y la transparencia, se convierta finalmen-

te en un pretexto para limitar el principio de publicidad reconocido en el Estado de Derecho comunitario.

En el presente trabajo hemos pretendido demostrar, tomando como referencia la política de apertura institucional del Consejo de la Unión Europea, que la transparencia y la publicidad no son siempre conceptos afines y fáciles de armonizar en la praxis política y jurídica comunitaria. Diríamos más, en el estadio actual del proceso de integración, dada la naturaleza compleja y transitoria del sistema político de la Unión Europea, la transparencia sirve para administrar y gestionar el principio de publicidad. Esta tendencia, que puede comprenderse en el marco del proceso político, es sin embargo inaceptable cuando se trata de la publicidad de actos y normas que tienen consecuencias para los particulares, y que por lo tanto, según el art. 254 TCE, deben de publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea.