CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 10 de abril de 2008 [1]

1. En la presente petición de decisión prejudicial el Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich (Austria) pregunta si los actos que deben ser publicados en virtud del artículo 254 CE son «documentos» en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 1049/2001 (en lo sucesivo, «Reglamento de acceso a los documentos»), [2] y si los reglamentos, o parte de ellos, tienen fuerza obligatoria cuando, en contra de lo dispuesto por el artículo 254 CE, apartado 2, no se han publicado en el Diario Oficial.

Marco jurídico

Disposiciones relevantes del Derecho comunitario relativas a la publicación o al acceso a los documentos

Disposiciones del Tratado

2. El párrafo segundo del artículo 1 UE declara:

«El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible.»

1 — Lengua original: inglés.

2 — Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145, p. 43).

3. El artículo 254 CE dispone:

«1. Los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 [3] […] se publicarán en el *Diario Oficial de la Unión Europea* […]

2. Los reglamentos del Consejo y de la Comisión, así como las directivas de estas instituciones que tengan como destinatarios a todos los Estados miembros, se publicarán en el *Diario Oficial de [la Unión Europea]* […]

3. Las demás directivas, así como las decisiones, se notificarán a sus destinatarios y surtirán efecto a partir de tal notificación.»

4. El artículo 255 CE establece:

«1. 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 Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 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.

3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos.»

El Reglamento de acceso a los documentos

5. Los cuatro primeros considerandos enuncian los fundamentos del Reglamento, poniendo énfasis en la importancia de la apertura, la transparencia y la responsabilidad. El primer considerando invoca expresamente el artículo 1 UE. El segundo considerando expone que una mayor apertura garantiza que la administración disfruta de una mayor legitimidad y es más eficaz y responsable ante los ciudadanos en un sistema democrático. El tercer considerando indica que el Reglamento «consolida las iniciativas

3 — Que regula el denominado «procedimiento de codecisión».

ya adoptadas por las instituciones con vistas a aumentar la transparencia del proceso de toma de decisiones». El cuarto considerando enumera los objetivos del Reglamento:

«El presente Reglamento tiene por objeto garantizar de la manera más completa posible el derecho de acceso del público a los documentos y determinar los principios generales y los límites que han de regularlo de conformidad con el apartado 2 del artículo 255 del Tratado CE».

6. El artículo 1, letra a), del Reglamento de acceso a los documentos expresa que el objeto del Reglamento es:

«Definir los principios, condiciones y límites, por motivos de interés público o privado, por los que se rige el derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (en lo sucesivo, "instituciones") al que se refiere el artículo 255 del Tratado CE, de modo que se garantice el acceso más amplio posible a los documentos.»

7. El artículo 2, apartado 1, 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, tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, con arreglo a los principios, condiciones y límites que se definen en el presente Reglamento».

8. El artículo 2, apartado 3, dispone que el Reglamento será de aplicación «a todos los documentos que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión, en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea». El artículo 2, apartado 5, autoriza que «los documentos sensibles, tal como se definen en el apartado 1 del artículo 9» sean objeto del «tratamiento especial previsto en el mismo artículo».

9. El artículo 3, letra a), define un «documento» como «todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referente a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución».

10. Los artículos 4 y 9 prevén excepciones específicas al principio de acceso público a los documentos. De tal forma, el artículo 4 dispone:

«1. Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de:

a) el interés público, por lo que respecta a:

— la seguridad pública,

— la defensa y los asuntos militares,

[…]».

11. El artículo 9, apartado 1, define un «documento sensible» como «todo documento que tenga su origen en las instituciones o en sus agencias, en los Estados miembros, en los terceros países o en organizaciones internacionales, clasificado como "TRÈS SECRET/TOP SECRET", "SECRET" o "CONFIDENTIEL", en virtud de las normas vigentes en la institución en cuestión que protegen intereses esenciales de la Unión Europea o de uno o varios Estados miembros en los ámbitos a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 4, en particular la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares». Por lo demás, el artículo 9 prevé, entre otros aspectos, que la tramitación de las solicitudes de acceso a documentos sensibles estará a cargo únicamente de las personas autorizadas a conocer el contenido de dichos documentos. Estas personas también determinarán las referencias a los documentos sensibles que podrán figurar en el registro público previsto por el artículo 11. La decisión de una institución de denegar el acceso a un documento sensible estará motivada; y las normas relativas a los documentos sensibles establecidas por las instituciones se harán públicas.

12. El artículo 13 contiene disposiciones específicas sobre la publicación en el Diario Oficial:

«1. Además de los actos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 254 del Tratado CE […] y sin perjuicio de los artículos 4 y 9 del presente Reglamento, se publicarán en el Diario Oficial los siguientes documentos:

a) las propuestas de la Comisión;

b) las posiciones comunes adoptadas por el Consejo conforme a los procedimientos previstos en los artículos 251 y 252 del Tratado CE, así como sus exposiciones de motivos, y las posiciones del Parlamento Europeo en dichos procedimientos;

[…]

2. En la medida de lo posible, se publicarán en el Diario Oficial los siguientes documentos:

[…]

c) las directivas distintas de las contempladas en los apartados 1 y 2 del artículo 254 del Tratado CE, las decisiones distintas de las contempladas en el apartado 1 del artículo 254 del Tratado CE, las recomendaciones y los dictámenes.

3. […]»

El Reglamento (CE) nº 2320/2002

13. El artículo 1 del Reglamento (CE) nº 2320/2002 [4] expone que el objetivo principal del Reglamento es «establecer y aplicar las medidas comunitarias adecuadas para prevenir actos de interferencia ilícita contra la aviación civil».

14. El artículo 4, apartados 1 y 2, establece:

«1. Las normas básicas comunes sobre medidas de seguridad aérea […] figuran en el anexo.

2. Las medidas necesarias para la aplicación y la adaptación técnica de dichas normas básicas comunes se adoptarán con arreglo al procedimiento contemplado en el apartado 2 del artículo 9, [5] teniendo debidamente en cuenta los distintos tipos de actividad y el carácter delicado de las medidas relativas a:

a) criterios de eficacia y pruebas de aceptación del equipo;

b) procedimientos detallados que contienen información delicada;

c) criterios precisos para la exención de las medidas de seguridad.»

4 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil (DO L 355, p. 1).

5 — Un procedimiento de elaboración del reglamento del tipo comitología.

15. El artículo 6 prevé:

«Los Estados miembros podrán aplicar, observando lo dispuesto en el Derecho comunitario, medidas más estrictas que las previstas en el presente Reglamento. Lo antes posible después de aplicarlas, los Estados miembros notificarán a la Comisión las características de dichas medidas.»

16. El artículo 8, sobre la divulgación de información, establece:

«1. Sin perjuicio del derecho del público de acceder a los documentos en la forma establecida en [el Reglamento de acceso a los documentos]

a) las medidas relativas a:

i) criterios de eficacia y pruebas de aceptación del equipo;

ii) procedimientos detallados que contienen información delicada;

iii) criterios detallados para la exención de las medidas de seguridad;

contempladas en el apartado 2 del artículo 4;

[…]

se mantendrán secretos y no serán objeto de publicación. Sólo tendrán acceso a ellos las autoridades contempladas en el apartado 2 del artículo 5, [6] quienes los comunicarán únicamente a las partes interesadas en la medida de lo necesario, con arreglo a las normas nacionales aplicables en materia de divulgación de información delicada.

[…].»

6 — Una autoridad designada por cada Estado miembro.

17. El artículo 12 dispone que las sanciones por infracción de las disposiciones del Reglamento serán «efectivas, proporcionadas y disuasorias».

18. El anexo al que se refiere el artículo 4, apartado 1, fue debidamente publicado como parte integrante del Reglamento. Contiene, entre otros elementos, normas básicas comunes de control de pasajeros (punto 4.1) y de control del equipaje de mano (punto 4.3). Todos los pasajeros en espera de embarcar serán controlados para evitar que se introduzcan artículos prohibidos en las zonas restringidas de seguridad y a bordo de una aeronave. El equipaje de mano de dichos pasajeros será controlado antes de poder acceder a las zonas restringidas de seguridad o a bordo de una aeronave, y se retirará al pasajero todo artículo prohibido o se le denegará el acceso a la zona de seguridad o a la aeronave, según corresponda.

19. El punto 1.18 del anexo define un «artículo prohibido» como un «objeto que pueda emplearse para cometer un acto de intervención ilícita y que no se haya declarado ni sometido debidamente a la normativa aplicable». Una relación indicativa de esos artículos prohibidos figura en el «apéndice» (publicado) del anexo, que contiene directrices para la clasificación de los artículos prohibidos. La frase inicial dice: «las presentes directrices indican las posibles formas de las armas y artículos sujetos a restricciones. Huelga decir que debería imponerse en definitiva el sentido común si existen motivos para pensar que un objeto podría servir de arma». En el punto iii) del apéndice se enumeran los «instrumentos contundentes: porras, cachiporras, bates de béisbol o instrumentos similares». El punto vi) se refiere a «otros artículos: como punzones, bastones alpinos, cuchillas de afeitar y tijeras alargadas, que, aunque no suelan considerarse armas mortales o peligrosas, pueden ser utilizadas». El punto vii) prosigue: «artículos de todo tipo que puedan dar a sospechar que podrían utilizarse para simular un arma mortal, como por ejemplo los objetos que se parezcan a artículos explosivos u otros artículos que se parezcan a armas o instrumentos peligrosos».

Reglamentos de aplicación adoptados por la Comisión

20. Los considerandos primero y segundo del Reglamento (CE) nº 622/2003,[7] que da aplicación al Reglamento nº 2320/2002,

7 — Reglamento (CE) nº 622/2003 de la Comisión, de 4 de abril de 2003, por el que se establecen las medidas para la aplicación de las normas comunes de seguridad aérea (DO L 89, p. 9). El anexo no publicado ha sido modificado numerosas veces, la más reciente por el Reglamento (CE) nº 23/2008 de la Comisión, de 11 de enero de 2008 (DO L 9, p. 12). El texto sustantivo sólo se ha modificado una vez, por el Reglamento (CE) nº 65/2006 de la Comisión, de 13 de enero de 2006 (DO L 11, p. 4), que introdujo el artículo 3 *bis* (sobre nuevos métodos y procesos técnicos).

explican su forma y su publicación limitada como sigue:

«(1) La Comisión deberá adoptar medidas para la aplicación de normas comunes de seguridad aérea en el conjunto de la Unión Europea. Un Reglamento es el instrumento más adecuado para este fin.

(2) De conformidad con el Reglamento nº 2320/2002 y para prevenir actos ilegales, las medidas fijadas en el anexo al presente Reglamento deberían ser secretas y no publicarse.»

21. El artículo 1 expone que el Reglamento establece las medidas necesarias para la aplicación y adaptación técnica de las normas comunes de seguridad aérea que se incorporarán a los programas nacionales de seguridad de la aviación civil.

22. El artículo 3 contiene disposiciones sobre confidencialidad. Indica que «las medidas a que hace referencia el artículo 1 figurarán en los anexos. Dichas especificaciones serán secretas y no se publicarán. Se pondrán a disposición de las personas debidamente autorizadas por los Estados miembros o la Comisión».

23. Cada uno de los Reglamentos posteriores que modificaron el anexo del Reglamento nº 622/2003, excepto el Reglamento (CE) nº 1477/2007, [8] contiene un artículo que dispone que «el anexo del Reglamento (CE) nº 622/2003 queda modificado por el anexo del presente Reglamento. El artículo 3 de dicho Reglamento es aplicable en lo que respecta a la confidencialidad del presente [9] anexo». [10]

24. El Reglamento nº 68/2004, [11] el primer Reglamento que modificó el anexo del Regla-

8 — Reglamento nº 1477/2007 de la Comisión, de 13 de diciembre de 2007 (DO L 329, p. 22).

9 — «El anexo» del Reglamento (CE) nº 68/2004 de la Comisión, de 15 de enero de 2004 (DO L 10, p. 14).

10 — El sexto considerando del Reglamento nº 1477/2007 manifiesta: «Las medidas que contiene el presente Reglamento no figuran entre las que, de conformidad con el artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 2320/2002, serán secretas y no se publicarán». De conformidad con ello la segunda frase del artículo 1 dispone que el artículo 3 del Reglamento nº 622/2003 *no* será de aplicación en lo que respecta a la confidencialidad del «presente anexo». El anexo del Reglamento ha sido debidamente publicado y su tenor es el siguiente: «El texto del apéndice 3 se sustituye por el siguiente: "Apéndice 3 [,] República de Singapur [,] Aeropuerto de Changi"». Comoquiera que, en contra de lo asegurado por la Comisión en la vista, el resto del anexo del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) sigue sin publicarse, la declaración en el anexo del Reglamento nº 1477/2007 puede designarse mejor como délfica.

11 — Este es el Reglamento identificado como el Reglamento relevante por el tribunal remitente. En la vista se puso de manifiesto que ello es así porque las modificaciones realizadas por el posterior Reglamento modificativo (Reglamento (CE) nº 857/2005 de la Comisión, de 6 de junio de 2005 (DO L 143, p. 9), la última modificación antes de que se produjera el incidente que dio lugar a la remisión prejudicial), no alteró la lista de artículos prohibidos del anexo del Reglamento nº 622/2003. Más adelante me referiré simplemente al «Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada)» para identificar la versión del Reglamento nº 622/2003 aplicable durante el período relevante. Dado que los anexos de todos los Reglamentos posteriores no se han publicado (como tampoco el anexo original del Reglamento nº 622/2003), no me ha sido posible comprobar si la lista de artículos prohibidos ha sido modificada después de la versión establecida por el anexo del Reglamento nº 68/2004.

mento nº 622/2003, contiene los considerandos relevantes siguientes:

«(2) De conformidad con el Reglamento (CE) nº 2320/2002, y para evitar que se produzcan actos ilegales, las medidas establecidas en el anexo al Reglamento (CE) nº 622/2003 han de ser secretas, por lo que no pueden publicarse. La misma norma debe aplicarse, necesariamente, al acto rectificativo. [12]

(3) Sin embargo, es preciso 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 un lado, y, por otro, los artículos prohibidos que los pasajeros no pueden transportar en el equipaje destinado a la bodega de la aeronave.

(4) Se da por sentado que dicha lista nunca podrá ser exhaustiva y que, por lo tanto, la autoridad apropiada ha de estar facultada para prohibir otros artículos que no figuren en la lista. Conviene que antes de la facturación del equipaje, y en el curso de la misma, los pasajeros reciban una información detallada de todos los artículos prohibidos.»

25. A pesar del tercer y cuarto considerandos, el texto publicado del Reglamento nº 68/2004 no contenía una lista de los artículos prohibidos accesible para el público.

26. Los posteriores Reglamentos que modificaron el anexo del Reglamento nº 622/2003 no contienen considerandos equivalentes, hasta el Reglamento (CE) nº 1546/2006, [13] que agrupó los conceptos contenidos en el segundo, tercer y cuarto considerandos del Reglamento nº 68/2004 en un considerando único:

«(3) Con arreglo al Reglamento (CE) nº 2320/2002, y para prevenir actos de interferencia ilícita, las medidas establecidas en el anexo del Reglamento (CE) nº 622/2003 deben mantenerse secretas y no ser objeto de publicación. Idéntica regla ha de aplicarse necesariamente a cualquier acto que las modifique. No obstante, los pasajeros deben estar claramente informados de las normas relativas a los artículos que está prohibido introducir en las aeronaves.»

12 — Se utilizó una redacción ligeramente distinta, pero a iguales efectos, en el tercer considerando del Reglamento (CE) nº 437/2007 de la Comisión, de 20 de abril de 2007 (DO L 104, p. 16) y en el sexto considerando del Reglamento (CE) nº 915/2007 de la Comisión, de 31 de julio de 2007 (DO L 200, p. 3): «De acuerdo con el Reglamento (CE) nº 2320/2002, las medidas establecidas en el anexo del Reglamento (CE) nº 622/2003 han sido clasificadas y no han sido publicadas. La misma norma debe aplicarse, necesariamente, al acto modificativo».

13 — Reglamento nº 1546/2006 de la Comisión, de 4 de octubre de 2006 (DO L 286, p. 6).

27. No obstante ese considerando, el texto publicado del Reglamento nº 1546/2006 (al igual que los anteriores a éste), no contenía una lista de artículos prohibidos accesible para el público. [14]

Directrices sobre redacción

28. El 22 de diciembre de 1998 el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión celebraron un Acuerdo interinstitucional relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria. [15] Las directrices no tienen carácter jurídicamente obligatorio. [16] Entre los principios generales que contienen están los que siguen:

«1. Los actos legislativos comunitarios se formularán de manera clara, sencilla y precisa.

[…]

3. La redacción de los actos tendrá en cuenta a las personas a las que el acto esté destinado a aplicarse, para que éstas puedan conocer, sin ambigüedades, sus derechos y obligaciones […]

[…]

10. La finalidad de los considerandos es motivar de modo conciso las disposiciones esenciales de la parte dispositiva […] No deberán incluir disposiciones con carácter normativo […] [17]

22. Los elementos técnicos del acto se incorporarán en los anexos, a los que se hará una referencia específica en la parte dispositiva del acto. Los anexos no incluirán derechos u obligaciones nuevos no establecidos en la parte dispositiva.»

14 — Visto este considerando, es posible que la lista de los artículos prohibidos fuera modificada por el anexo del Reglamento nº 1546/2006. No me ha sido posible comprobar si así fue.

15 — (DO 1999 C 73, p. 1; en lo sucesivo, «Acuerdo interinstitucional sobre la redacción»).

16 — Véase el séptimo considerando.

17 — Véase también la sentencia de 12 de julio de 2005, Alliance for Natural Health y otros (C-154/04 y C-155/04, Rec. p. I-6451), apartado 92, que se refiere al Acuerdo interinstitucional.

El litigio principal y la cuestión planteada

29. El 25 de septiembre de 2005, tras recoger su tarjeta de embarque, el Dr. Heinrich se presentó en el control de seguridad del aeropuerto de Viena-Schwechat. En dicho control se comprobó que llevaba en su equipaje de mano raquetas de tenis. Como se estimó que éstas eran artículos prohibidos, [18] se le denegó el paso del control de seguridad. Resulta no obstante que subió a la aeronave con las raquetas de tenis en el equipaje de mano. [19] El personal de seguridad le ordenó a continuación desembarcar.

30. El Dr. Heinrich ha ejercitado una acción ante el tribunal remitente, el cual señala que las personas que llevan artículos prohibidos enumerados en el anexo del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) no pueden pasar el control de seguridad ni acceder a las aeronaves, y que si infringen esas normas se exponen a las «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias» exigidas en el artículo 12 del Reglamento nº 2320/2002. Dicho tribunal considera que las disposiciones del anexo del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) no se dirigen únicamente a los órganos estatales, sino también a los particulares, que están obligados a ajustar sus actos al Reglamento. Sin embargo, ello resulta imposible porque el anexo del Reglamento nº 622/2003, en su versión modificada por el Reglamento nº 68/2004, no se ha publicado en el Diario Oficial y en consecuencia no es accesible para el público.

31. El tribunal remitente considera que la omisión de la publicación de los reglamentos (o de parte de ellos) en el Diario Oficial, en contra de lo ordenado en el artículo 254 CE, apartados 1 y 2, es una vulneración tan grave del principio de legalidad que tales reglamentos son jurídicamente inexistentes y por tanto carecen de fuerza obligatoria. El tribunal nacional señala el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que pone de relieve la importancia del «acceso al Derecho».

32. El tribunal remitente también considera que el Reglamento de acceso a los documentos no puede ser invocado para restringir el acceso a los actos que obligan jurídicamente a los particulares y que por este motivo, entre otros, deben ser publicados en el Diario Oficial.

18 — Las raquetas de tenis no se enumeran como tales en la lista del apéndice (publicado) del anexo del Reglamento nº 2320/2002, aunque los puntos iii), vi) y vii) pueden indicar en principio que podrían utilizarse como armas y por tanto podrían también estar prohibidas.

19 — No me pronuncio sobre si la acción del Dr. Heinrich al embarcar en la aeronave tras haber sido denegado su paso por el control de seguridad fue un acto diferenciado (agravante), o si debe considerarse como parte de la cuestión más general de si fue lícito que accediera a la aeronave llevando consigo sus raquetas de tenis. Es una cuestión que ha de apreciar el tribunal nacional.

33. El tribunal remitente decidió por tanto plantear las siguientes cuestiones al Tribunal de Justicia para su resolución prejudicial:

«1) ¿Debe entenderse que constituyen "documentos", en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, aquellos actos que han de publicarse en el *Diario Oficial de la Unión Europea* con arreglo al artículo 254 CE?

2) ¿Tienen fuerza vinculante los reglamentos o las partes de un reglamento que —en contra de lo ordenado en el artículo 254 CE, apartado 2— no hayan sido publicados en el *Diario Oficial de la Unión Europea?*»

34. Han presentado observaciones escritas los Gobiernos checo, finlandés, francés, alemán, griego, húngaro, polaco y sueco, así como el Consejo y la Comisión.

35. Comparecieron en la vista el 13 de noviembre de 2007 e informaron oralmente las partes que habían presentado observaciones escritas (excepto los Gobiernos francés, alemán y húngaro) y también los Gobiernos austriaco, danés y del Reino Unido, así como el Parlamento Europeo. [20]

Admisibilidad

36. Varios Estados miembros han apuntado, por diversos motivos en parte coincidentes, que la remisión prejudicial es total o parcialmente inadmisible.

37. Los Gobiernos francés, alemán y del Reino Unido alegan que, como quiera que el tribunal remitente no especifica las circunstancias en las que el Dr. Heinrich ejercitó la acción ni la finalidad de ésta, es imposible determinar si es necesaria una respuesta a las cuestiones planteadas para que el tribunal nacional resuelva el asunto. El Gobierno francés apunta además que la primera cuestión es inadmisible porque la aplicación del Reglamento de acceso a los documentos queda excluida de la competencia de los tribunales nacionales; y que la segunda cuestión es inadmisible porque las autoridades austriacas eran competentes en cualquier caso para prohibir que ciertos objetos

20 — El Dr. Heinrich acudió a la vista pero no estaba representado ni formuló observaciones.

fueran introducidos en una aeronave. Según ese Gobierno, el tribunal nacional no ha planteado la única cuestión pertinente, es decir, si las normas nacionales relevantes son compatibles con el Reglamento nº 2320/2002. El Gobierno alemán mantiene que la base jurídica de las medidas controvertidas debe hallarse en el Derecho austriaco, no en los Reglamentos citados por el tribunal remitente, que ha omitido explicar de qué modo una declaración de invalidez de esos Reglamentos podría afectar a la validez de las reglas nacionales relevantes.

38. El Gobierno sueco, pese a que no refuta expresamente la admisibilidad de la remisión prejudicial, se pregunta sin embargo si la falta de publicación del anexo del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) era directamente relevante para que el Dr. Heinrich pudiera conocer sus obligaciones jurídicas. En la vista el Gobierno del Reino Unido también puso en duda que la falta de publicación del anexo fuera relevante para el resultado del litigio nacional. Ese Gobierno apuntó que el Dr. Heinrich podría haber obtenido la información necesaria en internet, específicamente en un comunicado de prensa de la Comisión [21] y/o en los sitios del aeropuerto y las compañías aéreas en la red, y señala que en el sitio Austrian Airlines en la red figura una lista de artículos prohibidos. [22]

39. Es preciso examinar esos argumentos.

40. Según reiterada jurisprudencia la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho comunitario que sea eficaz para el juez nacional exige que éste defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los presupuestos fácticos sobre los que se basan tales cuestiones. [23]

41. La información proporcionada en la resolución de remisión debe servir también para que los Gobiernos de los Estados miembros y las demás partes interesadas tengan la posibilidad de presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que le incumbe velar por que sea salvaguardada esta posibilidad, teniendo en cuenta que, con arreglo a la citada disposición, a las partes interesadas sólo se les notifican las resoluciones de remisión. [24]

42. Es cierto que la resolución de remisión no indica expresamente la finalidad de la acción judicial del Dr. Heinrich. No obstante, la esencia de la lesión jurídica que él alega es perfectamente clara. El Dr. Heinrich dice que no fue informado de que las raquetas de tenis

21 — Comunicado de prensa de la Comisión IP/04/59 de 16 de enero de 2004, disponible online en http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/59&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en. Las raquetas de tenis *no* figuran como artículos prohibidos en esa lista. Ahora bien, sin el texto del anexo no publicado no es posible saber si la lista del comunicado de prensa reproduce exactamente la lista de los artículos prohibidos en dicho anexo.

22 — De los autos del litigio nacional se desprende sin embargo que el Dr. Heinrich no iba a volar con Austrian Airlines.

23 — Véase la sentencia de 23 de marzo de 2006, Enirisorse (C-237/04, Rec. p. I-2843), apartado 17, y la jurisprudencia citada.

24 — Véase la sentencia Enirisorse, citada en la nota 23 anterior, apartado 18, y la jurisprudencia allí citada.

eran artículos prohibidos como equipaje de mano ni de que podría incurrir en sanciones (y se le denegaría el embarque) si intentaba llevarlas en la cabina de la aeronave. Mantiene que los agentes de seguridad que entraron en la aeronave y le ordenaron salir de ella actuaron por tanto ilegalmente. [25]

43. De los autos del litigio nacional se desprende que las autoridades nacionales, tanto en comunicación por correo electrónico con el Dr. Heinrich como ante el tribunal nacional, invocaron el Derecho comunitario, materializado en los Reglamentos nº 2320/2002 y nº 622/2003 (en su versión modificada), como la base para la clasificación (según el Derecho nacional) de las raquetas de tenis como artículos prohibidos. [26]

44. Ante el tribunal nacional el Dr. Heinrich alegó por tanto que el anexo del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada por el Reglamento nº 68/2004) no había sido publicado.

45. Resulta claro por las observaciones escritas y orales presentadas ante el Tribunal de Justicia que la información contenida en la resolución de remisión ha permitido que las partes expresen de manera útil su postura sobre las cuestiones planteadas. [27] Los elementos relevantes de la información adicional disponible en los autos del tribunal nacional fueron resumidos en el informe para la vista, y fueron comunicados a las partes interesadas a los efectos de la vista, durante la cual pudieron completar sus observaciones. [28]

46. Considero que el tribunal remitente ha cumplido su deber de proporcionar al Tribunal de Justicia elementos suficientes del marco fáctico y normativo del litigio principal para poder interpretar las normas comunitarias de que se trata, habida cuenta de la situación que es objeto de litigio principal. La petición de decisión prejudicial no debe por tanto declararse inadmisible en ese aspecto. [29]

47. En lo que atañe a la relevancia de las cuestiones planteadas, según jurisprudencia reiterada, en el marco del instrumento de cooperación que es el procedimiento con arreglo al artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cues-

25 — El Dr. Heinrich no ha presentado observaciones escritas ni ha informado oralmente en la vista. Los hechos que alega en sus alegaciones escritas en el litigio nacional (que se incluyen en los autos del tribunal nacional presentados en el Registro), si dicho tribunal los estimara probados, indicarían no obstante una significativa falta de seguridad jurídica.

26 — No se ha planteado ninguna cuestión acerca de la interpretación o la validez del Reglamento nº 2320/2002.

27 — Sentencia de 21 de septiembre de 2000, ABBOI (C-109/99, Rec. p. I-7247), apartado 44.

28 — Véase también la sentencia ABBOI, citada en la nota 27 anterior, apartado 45, y la jurisprudencia citada.

29 — Véase de nuevo la sentencia ABBOI, citada en la nota 27 anterior, apartados 46 y 47.

tiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas por el tribunal nacional se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. [30] Las cuestiones de interpretación del Derecho comunitario disfrutan por tanto de una presunción de pertinencia. [31]

48. Es verdad que en circunstancias excepcionales el Tribunal de Justicia examinará las circunstancias en las que el tribunal nacional ha decidido la remisión prejudicial, con objeto de apreciar si es competente para conocer de ésta. No obstante, el Tribunal de Justicia sólo puede rehusar pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte patente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder eficazmente a las cuestiones planteadas. [32]

49. La primera cuestión surge porque el tribunal remitente considera que la falta de publicación del anexo del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) se basa en el artículo 8 del Reglamento nº 2320/2002, que prevé que determinadas medidas de seguridad de la aviación no sean publicadas, pero ello «sin perjuicio» del derecho del público de acceder a los documentos, establecido en el Reglamento de acceso a los documentos. El tribunal remitente se pregunta si este último puede ser invocado para justificar la falta de publicación de documentos cuya publicación prescribe expresamente el Tratado. El tribunal nacional pide por consiguiente orientación sobre la interpretación del Reglamento de acceso a los documentos a fin de resolver el asunto del que conoce.

50. La segunda cuestión refleja las dudas del tribunal nacional acerca de la fuerza obligatoria de disposiciones de Derecho comunitario que no han sido publicadas pero que aun así imponen a su juicio obligaciones a los particulares. A mi parecer, el concepto de «fuerza obligatoria» exige examinar tanto si el Reglamento nº 622/2003 impone obligaciones a los particulares como si es válido, o en realidad jurídicamente existente. De conformidad con sus obligaciones en virtud de la doctrina de la sentencia Foto-Frost, [33] el tribunal nacional ha decidido por tanto plantear la segunda cuestión al Tribunal de Justicia para su resolución prejudicial.

30 — Véanse entre otras las sentencias de 18 de julio de 2007, Lucchini (C-119/05, Rec. p. I-6199), apartado 43, y la jurisprudencia citada; y la sentencia de 15 de noviembre de 2007, International Mail Spain (C-162/06, Rec. p. I-9911), apartado 23.

31 — Véanse entre otras las sentencias de 7 de septiembre de 1999, Beck y Bergdorf (C-355/97, Rec. p. I-4977), apartados 22 a 24; de 5 de diciembre de 2006, Cipolla (C-94/04 y C-202/04, Rec. p. I-11421), apartado 25; y de 8 de noviembre de 2007, Amurta (C-379/05, Rec. p. I-9569), apartado 64.

32 — Véase la sentencia Amurta, citada en la nota 31 anterior, apartado 64 y la jurisprudencia citada.

33 — Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost (314/85, Rec. p. 4199), apartados 17 a 20, que establece el principio de que sólo el Tribunal de Justicia puede declarar inválida una medida comunitaria.

51. El Tribunal de Justicia no conoce el anexo no publicado del Reglamento 622/2003 (en su versión modificada). Tampoco el tribunal nacional, en cuanto me es posible apreciar. Ninguno de ambos Tribunales puede por tanto afirmar si las raquetas de tenis figuran específicamente en la lista de artículos prohibidos contenida en ese anexo, ni si existen otras disposiciones de carácter facultativo o imperativo en otra parte del anexo que pudieran influir en el resultado del presente asunto. [34] Ninguno de ambos tribunales puede por tanto tener por seguro si el Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) impone obligaciones a los particulares por medio de su anexo, y si fuera así cuál es su contenido preciso.

52. No obstante, como he señalado, la esencia de este asunto es que al parecer las autoridades nacionales invocan ante el tribunal nacional una norma comunitaria no publicada, que podría ser inválida o inexistente precisamente *porque* no ha sido publicada. El Tribunal de Justicia puede apreciar si la falta de publicación origina en Derecho esas consecuencias, sin examinar el contenido del anexo. Si concluye que la norma comunitaria es inválida o inexistente, el tribunal nacional tampoco necesitará examinar ese contenido.

34 — El hecho de que la Comisión publicara un comunicado de prensa (véase la nota 21) con una lista de artículos prohibidos (en la que no figuran las raquetas de tenis) es significativo pero no relevante al respecto. El Tribunal de Justicia ha declarado expresamente en la reciente sentencia de 11 de diciembre de 2007, Skoma-Lux (C-161/06, Rec. p. I-10841), apartados 47 a 50, que la «publicación» de un reglamento en el sitio de Internet EUR-Lex no cumple las exigencias del artículo 254 CE (véanse más adelante los puntos 88 y 89). *A fortiori*, la publicación mediante un comunicado de prensa en un número limitado de lenguas oficiales de la Unión (inglés, francés y alemán), no puede considerarse adecuada, ni conforme con la seguridad jurídica.

53. Por lo expuesto, las cuestiones planteadas para su resolución prejudicial son admisibles.

Sobre el fondo

Observaciones previas

54. El Tratado CE dispone la publicación y/o notificación de las medidas dirigidas a producir efectos jurídicos, y el derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias. El Tratado regula esas dos cuestiones diferenciadas en dos disposiciones consecutivas y complementarias.

55. El artículo 254 CE establece las reglas para que los actos comunitarios sean conocidos por las personas a las que afectan y garantiza un nivel apropiado de comunicación imperativa —la publicación en el Diario Oficial o la notificación— de los actos jurídicamente obligatorios. Los actos jurídicos a los que se refiere el artículo 254 CE, apartados 1 y 2, son objeto de publicación imperativa en el Diario Oficial, a fin de que el mayor número posible de personas pueda tener conocimiento de su contenido. Los actos jurídicos de menor relevancia para el público enumerados en el artículo 254 CE, apartado 3 —directivas que no tengan como destinatarios a todos los Estados miembros, y

decisiones— son objeto de notificación imperativa a sus destinatarios; pero no entran automáticamente en el ámbito público mediante la publicación en el Diario Oficial.

56. 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 las personas cualquier categoría de documentos *no* sujetos a las exigencias de publicación imperativa del artículo 254 CE, apartados 1 y 2, es necesario establecer otros mecanismos (adicionales).

57. El artículo 255 CE hace patente que así debe ser. 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 Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión», y atribuye al Consejo y a cada institución las facultades necesarias para determinar, respectivamente, los principios generales y las disposiciones específicas que regulen dicho acceso.

58. El Reglamento de acceso a los documentos enuncia debidamente «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». [35] Al hacerlo, se basa expresamente en el artículo 255 CE [36] y sigue las indicaciones de estructura formuladas por ese artículo del Tratado. Así pues, define en primer lugar su objeto, que es garantizar «el acceso más amplio posible a los documentos», establecer normas que garanticen «el ejercicio más fácil posible de este derecho» y «promover buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos». [37] Ello sólo puede significar asegurar el acceso a lo que, en otro caso, *no* sería público. No es necesaria legislación derivada adoptada en virtud del artículo 255 CE para obtener «acceso» a un documento que esté sujeto a publicación imperativa en el Diario Oficial conforme al artículo 254 CE, apartados 1 y 2. [38]

59. Por tanto es evidente que la obligación de publicar los reglamentos nace directamente del artículo 254 CE, apartados 1 y 2. Ello es independiente de que el texto de un reglamento (normalmente en papel o en forma electrónica) [39] pueda ser considerado un «documento» a los efectos del Reglamento de acceso a los documentos.

60. En consecuencia, parece apropiado tratar de las cuestiones planteadas en orden inverso.

35 — Artículo 255 CE, apartado 2.

36 — Véase su base jurídica, el cuarto considerando y el artículo 1, letra a).

37 — Artículo 1, letras a), b) y c), respectivamente.

38 — Véase en el mismo sentido el auto del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 1999, Meyer/Comisión (T-106/99, Rec. p. II-3273): «la Decisión 94/90 [un antecedente del Reglamento de acceso a los documentos] no tiene por objeto facilitar el acceso del público, mediante el establecimiento de un derecho de acceso que ha de respetar la Comisión, a documentos a los que ya se tiene acceso por el hecho de su publicación en el Diario Oficial» (apartado 39).

39 — Sobre la inadecuación de la publicación en forma electrónica, véase la sentencia Skoma-Lux, citada en la nota 34, apartados 47 a 50.

La segunda cuestión

61. Mediante su segunda cuestión el tribunal remitente pregunta si los reglamentos, o parte de éstos, tienen fuerza obligatoria cuando, en contra de lo prescrito por el artículo 254CE, apartado 2, no han sido publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea.

¿Qué constituye publicación adecuada de un reglamento?

62. Los apartados 1 y 2 del artículo 254 CE son inequívocos:

«1. Los reglamentos… se publicarán en el [Diario Oficial]. […]

2. Los reglamentos del Consejo y de la Comisión […] se publicarán en el [Diario Oficial]».

63. Resulta del Tratado y de lo que he expuesto en mis comentarios previos que el deber de publicar los reglamentos conforme a esas disposiciones es inequívoco y sin excepción alguna.

64. Un anexo es parte integrante de un acto legislativo. El criterio opuesto permitiría que sus autores eludieran los requisitos del artículo 254 CE mediante el simple expediente de establecer disposiciones sustantivas en un anexo no publicado. De hecho, es precisamente lo que quiso hacer la Comisión en el presente caso. Las disposiciones publicadas del Reglamento nº 622/2003 son un mero armazón. [40] El lector no puede averiguar los efectos del Reglamento sin conocer el anexo ya que éste contiene la sustancia íntegra del Reglamento. [41]

65. El Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) es notablemente lacónico en cuanto a la explicación de por qué se utiliza la vía del reglamento y por qué, a pesar de ello,

40 — Esas disposiciones enuncian, en secuencia, el objetivo del Reglamento (artículo 1), dos definiciones (artículo 2), la remisión al anexo, cubierto por el secreto (artículo 3), una disposición de autorización del uso de nuevos métodos y procesos técnicos (artículo 3 *bis*), un requisito de notificación cuando, conforme al artículo 4, apartado 3, del Reglamento nº 2320/2002, los Estados miembros apliquen medidas nacionales de seguridad en aeropuertos pequeños en lugar de las medidas del Reglamento (artículo 4), un requisito similar de notificación cuando se adopten medidas compensatorias porque no puedan separarse físicamente los pasajeros ya controlados y los pasajeros de llegada (artículo 5) y la disposición usual que especifica la fecha de entrada en vigor y la aplicabilidad directa (artículo 6).

41 — A saber, «las medidas necesarias para la aplicación y adaptación técnica de las normas comunes de seguridad aérea que se incorporarán a los programas nacionales de seguridad de la aviación civil»: véase el artículo 1, al que remite el artículo 3. Se pone de manifiesto que la técnica adoptada es una infracción clara del punto 22 del Acuerdo interinstitucional sobre la redacción, que no permite que un anexo incluya derechos u obligaciones nuevos no establecidos en el articulado de la disposición.

se incluyen elementos sustantivos en un anexo no publicado y no en el articulado. Sus considerandos señalan escuetamente que «un Reglamento es el instrumento más adecuado» [42] para la adopción por la Comisión de medidas para la aplicación de normas comunes básicas de seguridad aérea en el conjunto de la Unión Europea, sin explicar porqué es así. La justificación expuesta para insertar todos los elementos sustantivos en un anexo no publicado es asimismo sucinta: se dice que ello se hace «de conformidad con el Reglamento [...] nº 2320/2002 y para prevenir actos ilegales». [43] Es difícil conciliar nada de ello con las directrices contenidas en el Acuerdo interinstitucional sobre la redacción. [44] Dicho eso, considero que una motivación más completa no habría bastado sin embargo para excluir la plena publicación del Reglamento en el Diario Oficial.

66. Como el Parlamento Europeo observó en la vista, el criterio de la Comisión incurre además en un absurdo fundamental. Si la Comisión pensaba que el artículo 8 del Reglamento nº 2320/2002 le exigía mantener en secreto la lista de los artículos prohibidos, la publicación de un comunicado de prensa [45] era una infracción flagrante de ese artículo. Si por el contrario la Comisión pensó que la lista de los artículos prohibidos quedaba al margen del artículo 8, debería sin duda haberla publicado en el Diario Oficial. Las «directrices» básicas que indican las clases de artículos que deben prohibirse figuran ciertamente en el apéndice (publicado) del anexo (publicado) del Reglamento nº 2320/2002. Por tanto, es bastante difícil discernir la lógica que sustenta el *no* publicar lo que equivale (presumiblemente) a una versión detallada de la lista. Por último, es contradictorio expresar en la exposición de motivos del Reglamento nº 68/2004 (con toda corrección a mi juicio) que «es preciso contar con una lista armonizada, a la que el público tenga acceso [...]» [46] y seguidamente omitir poner dicha lista al alcance del público.

67. Por consiguiente la publicación del armazón sin la sustancia fue una publicación deficiente e inadecuada que no cumple las exigencias del artículo 254 CE, apartado 2.

42 — Primer considerando.

43 — Segundo considerando.

44 — Véase el Acuerdo interinstitucional sobre redacción, directrices 1, 3 y 22. Sobre la importancia de ese Acuerdo, véanse las conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto que dio lugar a la sentencia Alliance for Natural Health, citada en la nota 17, punto 88. La más detallada «Guía Práctica Común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión dirigida a las personas que contribuyen a la redacción de los textos legislativos de las instituciones comunitarias» (en lo sucesivo, «GPC», disponible en http://eur-lex.europa.eu/es/techleg/1.htm y ss.) indica igualmente la importancia de la motivación clara y adecuada, en especial respecto a medidas represivas; véanse en particular las directrices GPC 10 (en especial 10.14), 18 y 22.

45 — Véase la nota 21

46 — Tercer considerando del Reglamento nº 68/2004. El cuarto considerando reconoce que «dicha lista nunca podrá ser exhaustiva» y que «por lo tanto, la autoridad apropiada ha de estar facultada para prohibir otros artículos que no figuren en la lista», añadiendo enseguida que «conviene que antes de la facturación del equipaje, y en el curso de la misma, los pasajeros reciban una información detallada de todos los artículos prohibidos».

Las consecuencias jurídicas de la falta de publicación de un reglamento

— Imposibilidad de invocar frente a los particulares medidas no publicadas

68. Si el Tribunal de Justicia decidiera, en contra de lo que propondré, [47] no pronunciarse sobre la validez del Reglamento, debería no obstante atenerse a su reiterada jurisprudencia según la cual los actos jurídicos comunitarios que no han sido publicados no pueden imponer obligaciones a los particulares.

69. El Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que «el imperativo de seguridad jurídica implica que una normativa debe permitir a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone» [48] y que es preciso que «los justiciables puedan conocer, sin ambigüedad, sus derechos y obligaciones, y, adoptar las medidas oportunas en consecuencia». [49]

70. Ni el Tribunal de Justicia ni el tribunal remitente tienen conocimiento del anexo secreto. Ninguno de ambos tribunales puede por tanto afirmar con seguridad si el Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) afectó al Dr. Heinrich, y en su caso cómo y en qué medida. Ambos tribunales sólo saben que las autoridades nacionales han señalado el Reglamento nº 622/2003 (junto con el Reglamento nº 2320/2002) como el fundamento de sus actuaciones al denegar el embarque al Dr. Heinrich.

71. Si el Tribunal de Justicia decidiera pronunciarse sólo sobre si el Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) impone obligaciones a los particulares, considero que debería limitarse a declarar de forma abstracta que el anexo secreto no puede contener ni ser fuente de *ninguna* obligación para los particulares.

72. Permítaseme esbozar con brevedad las opciones del Tribunal de Justicia si decidiera ir más allá de esa declaración abstracta y examinar si el anexo del Reglamento nº 622/2003 pretendía de hecho imponer obligaciones a los particulares.

73. A mi juicio son posibles tres hipótesis como base jurídica de las medidas tomadas contra el Dr. Heinrich:

47 — En los puntos 78 a 110 más adelante.

48 — Véanse las sentencias de 1 de octubre de 1998, Reino Unido/Comisión (C-209/96, Rec. p. I-5655), apartado 35; de 20 de mayo de 2003, Consorzio del Prosciutto di Parma y Salumificio S. Rita (C-108/01, Rec. p. I-5121), apartado 89; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, Rec. p. I-1609), apartado 72; y de 21 de junio de 2007, ROM-projecten (C-158/06, Rec. p. I-5103), apartado 25.

49 — Véanse las sentencias de 13 de febrero de 1996, Van Es Douane Agenten (C-143/93, Rec. p. I-431), apartado 27; de 26 de octubre de 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun (C-248/04, Rec. p. I-10211), apartado 79. Véanse también por ejemplo las sentencias de 25 de enero de 1979, Racke (98/78, Rec. p. 69), apartado 15; y ROM-projecten, citada en la nota 48, apartado 25.

a) Las medidas se basaban en potestades inherentes a la competencia nacional, o en el Reglamento nº 2320/2002, cuyo artículo 6 confiere a los Estados miembros facultades de gran amplitud. Si así es, el Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) carece de relevancia para el asunto del que conoce el tribunal nacional;

b) Las medidas se basaban en las propias potestades nacionales derivadas exclusivamente y/o delimitadas por el anexo del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada), a falta del cual no habrían sido válidas. En este caso, la prohibición de transportar raquetas de tenis en el interior de la aeronave es válida o inválida según sea válido o no el Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada);

c) Las medidas constituían la aplicación directa de las disposiciones del anexo. La consecuencia respecto a la prohibición de las raquetas de tenis sería la misma que en el supuesto b).

74. Sin conocer el anexo no publicado del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada), es imposible que el Tribunal de Justicia llegue a una conclusión fundada sobre cuál de esas hipótesis es correcta.

75. El Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) es un Reglamento de aplicación adoptado por la Comisión en virtud del artículo 4, apartado 2, del Reglamento nº 2320/2002, conforme al procedimiento al que se refiere el artículo 9, apartado 2, de este último. Es presumible que deba interpretarse en relación con el artículo 4, apartado 1, el anexo y el apéndice de ese mismo Reglamento. El punto 4 del anexo exige que se retire al pasajero todo artículo prohibido o se le deniegue el acceso a la zona de seguridad o a la aeronave, según corresponda. El apéndice establece directrices acerca de lo que deben considerarse artículos prohibidos. Parece probable que se encuentren en el anexo del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) la lista material de los artículos prohibidos, así como toda consideración más detallada sobre lo que también deba calificarse como artículo prohibido (y por qué), y cualquier autorización expresa o implícita de medidas adicionales a nivel comunitario. El artículo 12 del Reglamento nº 2320/2002 obliga a los Estados miembros a asegurar que las sanciones por infracción de las disposiciones del Reglamento serán «efectivas, proporcionadas y disuasorias».

76. A la vista de esos antecedentes me parece intuitivamente probable que el Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) imponga obligaciones a los particulares. No obstante, ello es una mera conjetura. El problema sólo podría resolverse con conocimiento del anexo del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada).

77. Por tanto no considero que el Tribunal de Justicia esté en condiciones de pronunciarse sobre si el Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) impone obligaciones a los particulares sin requerir que le sea mostrado ese anexo y reabrir la fase oral. No propongo que lo haga.

— La validez del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada)

78. La segunda cuestión no suscita expresamente el problema de la validez. No obstante, la resolución de remisión hace patente que el tribunal nacional tiene serias dudas sobre la fuerza obligatoria del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) y que esas dudas le llevaron a plantear la petición de decisión prejudicial. [50]

79. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia puede pronunciarse sobre la validez de la medida comunitaria controvertida. [51] Si bien corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales decidir sobre la pertinencia de las cuestiones planteadas, queda, no obstante, reservado al Tribunal de Justicia «extraer del conjunto de los elementos proporcionados por el órgano jurisdiccional los elementos del Derecho comunitario que requieren, teniendo en cuenta el objeto del litigio, una interpretación o una apreciación de validez». [52]

80. Por consiguiente, examinaré a continuación la cuestión de cómo afecta a la validez de un reglamento la omisión de su publicación.

81. En la sentencia Opel Austria, [53] el Tribunal de Primera Instancia consideró que el hecho de antedatar deliberadamente el número del Diario Oficial en el que se publicó el Reglamento controvertido, con el resultado de que éste entró en vigor antes de su publicación, había vulnerado el principio de seguridad jurídica. [54] El Reglamento fue anulado en consecuencia.

82. El Tribunal de Justicia ha declarado en numerosas ocasiones que el principio de seguridad jurídica se opone, en general, a que un acto comunitario comience a producir efectos en una fecha anterior a la de su publicación, añadiendo que cabe otro criterio,

50 — Véanse los puntos 31 y 50 anteriores.

51 — Véanse las sentencias 1 de diciembre de 1965, Schwarze (16/65, Rec. pp. 877 y ss., especialmente p. 886); de 3 de febrero de 1977, Strehl (62/76, Rec. p. 211); y de 15 de octubre de 1980, Roquette (145/79, Rec. p. 2917), apartados 6 y 7.

52 — Sentencia Roquette Frères, antes citada, apartado 7.

53 — Sentencia de 22 de enero de 1997, Opel Austria/Consejo (T-115/94, Rec. p. II-39).

54 — Apartados 127 a 133. Véase también el apartado 124 sobre el principio de seguridad jurídica en general, que exige en especial que las reglas que tienen consecuencias negativas para los particulares sean claras y precisas y su aplicación previsible para los justiciables (véanse también al respecto las sentencias de 15 de diciembre de 1987, Irlanda/Comisión (325/85, Rec. p. 5041); Van Es Douane Agenten, citada en la nota 49, apartado 27; de 15 de febrero de 1996, Duff y otros (C-63/93, Rec. p. I-569), apartado 20; y de 7 de junio de 2005, VEMW y otros (C-17/03, Rec. p. I-4983), apartado 80.

«con carácter excepcional», cuando así lo exija el objetivo perseguido y se respete adecuadamente la confianza legítima de los interesados. [55] En consecuencia, es limitado el soporte jurisprudencial a favor de la tesis de que los actos jurídicos comunitarios pueden tener efectos jurídicos incluso cuando aún no han sido publicados. [56]

83. Esas sentencias versaban sobre casos de publicación tardía. [57] En el presente asunto nunca se pretendió publicar el anexo. La conclusión del Tribunal de Primera Instancia en la sentencia Opel Austria parece por tanto aplicable *a fortiori*. Además, cuando el Tribunal de Justicia permite la retroactividad, deben cumplirse dos requisitos: el objetivo que ha de lograse la requiere, y la confianza legítima de los afectados debe respetarse debidamente. [58] Es difícil concebir cómo podría afirmarse que uno u otro requisito se cumplen en este asunto.

84. La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Sevince [59] no aporta una orientación relevante para el presente caso. En ella el Tribunal de Justicia consideró que la falta de publicación de las Decisiones nº 2/76 y nº 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía no impedía que dichas disposiciones tuvieran efecto directo que un particular podía invocar. [60] Además, no existe obligación en virtud del artículo 254 CE ni del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía [61] de publicar tales actos. [62]

85. La jurisprudencia sobre la obligación de notificar las decisiones (individuales) a las personas a quienes se aplican, conforme al artículo 254 CE, apartado 3, puede ser útil no obstante, dado que el requisito de notificación puede verse como el equivalente funcional del requisito de publicación enunciado en el artículo 254 CE, apartados 1 y 2. La razón de ser de ambos requisitos es informar a los afectados por las normas jurídicas del contenido de éstas.

55 — Véanse entre otras las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros (C-331/88, Rec. p. I-4023), apartado 45; de 2 de octubre de 1997, Parlamento/Consejo (C-259/95, Rec. p. I-5303), apartado 21; y de 28 de noviembre de 2006, Parlamento/Consejo (C-413/04, Rec. p. I-11221), apartado 75.

56 — Véanse las sentencias Racke, citada en la nota 49, apartado 20, y la de 25 de enero de 1979, Decker (99/78, Rec. p. 101), apartado 8 (ambas relativas a los montantes compensatorios monetarios en el sector del vino) y la de 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest (C-143/88 y C-92/89, Rec. p. I-415), apartado 52 (cotización a cargo de los productores de azúcar respecto a la campaña anterior de comercialización). Véanse también las sentencias en los «asuntos isoglucosa», de 30 de septiembre de 1982 todas ellas, Amylum/Consejo (108/81, Rec. p. 3107); Roquette Frères/Consejo (110/81, Rec. p. 3159) y Tunnel Refineries/Consejo (114/81, Rec. p. 3189).

57 — Véase también la sentencia de 29 de mayo de 1974, Hauptzollamt Bielefeld/König (185/73, Rec. p. 607), en la que el Tribunal de Justicia declaró que la extemporaneidad de la publicación sólo podía tener incidencia sobre la fecha a partir de la cual el Reglamento podía aplicarse o surtir efecto pero no en su validez intrínseca (apartado 6).

58 — Véanse, de modo similar, las conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto «Goed Wonen» (sentencia de 26 de abril de 2005, C-376/02, Rec. p. I-3445), puntos 31 y 35, en las que parafrasea las sentencias referidas en la nota 55 anterior.

59 — Sentencia de 20 de septiembre de 1990, Sevince (C-192/89, Rec. p. I-3461).

60 — El Tribunal de Justicia cuidó de diferenciar las consecuencias para los Estados miembros y para los particulares, al indicar que «la falta de publicación de estas Decisiones, si bien puede impedir que se impongan obligaciones a un particular, no puede privar a este último de la facultad de alegar, frente a una autoridad pública, los derechos que le confieren estas Decisiones» (apartado 24).

61 — (DO 1964, C 217, pp. 3685 y 3686; EE 11/01, p. 18).

62 — En sentido similar, véase la sentencia de 23 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo (C-149/96, Rec. p. I-8395). La Decisión impugnada en ese asunto [Decisión 96/386/CE del Consejo, de 26 de febrero de 1996, sobre la celebración de Memorandos de entendimiento entre la Comunidad Europea y la República Islámica del Pakistán y la República de la India sobre acuerdos en el sector del acceso a los mercados para los productos textiles (DO L 153, p. 47)] era una Decisión sin destinatario específico. Por tanto, no se incluía en la categoría de actos de publicación obligatoria conforme al artículo 254 CE (a diferencia de lo que será la regla conforme al artículo 297 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea si el Tratado de Lisboa entra en vigor). Era no obstante una medida que evidentemente merecía ser publicada. Con esos antecedentes, el Tribunal de Justicia declaró muy fundadamente que «la publicación tardía de un acto comunitario en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* no influye en la validez de dicho acto» (apartado 54).

86. El Tribunal de Justicia puso de manifiesto en la sentencia Hoechst que «tal falta [total] de notificación sólo podría tener por consecuencia la declaración de la inexistencia de dicho acto o su anulación». El Tribunal añadió que «el Derecho comunitario no conoce ninguna situación intermedia entre la declaración de la inexistencia de un acto y su anulación», y que «no cabe objetar a esta conclusión la alegación de que, a tenor del apartado 3 del artículo 254 del Tratado, las Decisiones surten efecto a partir de su notificación y que, a falta de notificación, la Decisión carece de todo efecto. En el caso de la notificación de un acto, al igual que sucede con cualquier otro requisito sustancial de forma, bien la irregularidad es tan grave y evidente que implica la inexistencia del acto impugnado, bien constituye un vicio sustancial de forma que puede dar lugar a su anulación». [63]

87. En la sentencia España/Comisión [64] el Tribunal de Justicia declaró que la falta de notificación puede, en determinados supuestos, justificar la anulación de un acto de las instituciones comunitarias. [65] Al pronunciarse así, el Tribunal de Justicia no consideró la falta de notificación como un mero impedimento para la entrada en vigor de una medida, [66] sino como un vicio esencial que afectaba a su validez. Cabe pensar que el fundamento intelectual de ese criterio puede transponerse sin objeción a la falta de publicación de un reglamento.

88. Muy recientemente, en la sentencia Skoma-Lux, [67] el Tribunal de Justicia ha tenido que considerar las consecuencias jurídicas del hecho de que un Reglamento comunitario que se afirmaba que Skoma-Lux había infringido no hubiera sido publicado en lengua checa en el Diario Oficial en el momento de los hechos. Declaró de forma inequívoca [68] que «del tenor de las disposiciones del artículo 254 CE, apartado 2, se deduce que un reglamento comunitario sólo puede producir efectos jurídicos si ha sido publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*». Leída de forma aislada, esa declaración podría llevar a la conclusión de que el Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada), que no fue íntegramente publicado, no podría producir efectos jurídicos de ninguna clase. En la misma sentencia Skoma-Lux el Tribunal de Justicia cuidó de evitar tal conclusión. En su lugar, consideró por separado, en primer lugar, si el Reglamento controvertido era oponible a los particulares (y concluyó que era inoponible), [69] y en segundo lugar, si el Reglamento era no obstante vinculante para el Estado miembro interesado desde el momento de su adhesión (y estimó que lo era), [70] para pronunciarse en tercer lugar sobre las consecuencias, a saber, si las decisiones nacionales adoptadas conforme a dicho Reglamento que hubieran adquirido firmeza con arreglo al Derecho nacional aplicable tenían que ser revisadas (a lo que el Tribunal de Justicia respondió negativamente, salvo en lo que atañe a «las medidas administrativas o resoluciones judiciales, en particular de carácter represivo, que atentaren contra los derechos fundamentales»). [71]

63 — Sentencia de 8 de julio de 1999, Hoechst/Comisión (C-227/92 P, Rec. p. I-4443), apartados 68, 71 y 72.

64 — Sentencia de 18 de junio de 2002 (C-398/00, Rec. I-5643).

65 — Apartado 33; véase también la sentencia de 2 de julio de 2002, SAT.1/OAMI (SAT.2) (T-323/00, Rec. p. II-2839), apartado 12, en la que el Tribunal de Primera Instancia consideró que, vistos los hechos, no se había producido una infracción efectiva.

66 — Véase la sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión (48/69, Rec. p. 619), apartados 39 y 40. Véase también la sentencia de 28 de mayo de 1998, W/Comisión (T-78/96 y T-170/96, RecFP pp. I-A-239 y II-745), apartado 183.

67 — Citada en la nota 34.

68 — Apartado 33.

69 — Véanse los apartados 32 a 51 y 60.

70 — Véanse los apartados 57 a 59.

71 — Véanse los apartados 67 a 73. El Tribunal de Justicia declaró que correspondía a las autoridades nacionales competentes apreciar si esa excepción era aplicable en casos singulares.

89. El matizado criterio del Tribunal de Justicia en la sentencia Skoma-Lux estaba justificado porque el asunto no se refería a la falta total de publicación de un reglamento en todas las lenguas, sino a la falta de publicación a su debido tiempo en la lengua oficial del nuevo Estado miembro en cuestión. Por tanto parecía apropiada la distinción entre las consecuencias para los Estados miembros y los particulares. Éstos necesitan poder averiguar sus derechos y obligaciones en (una de) de la(s) lengua(as) oficial(es) del Estado miembro del que son nacionales, que probablemente sea su lengua materna. Sin embargo, el Estado miembro ya conocía el *acquis communautaire* y lo había aceptado expresamente. Era por consiguiente razonable que estuviera obligado por ese Reglamento, que formaba parte del *acquis* (publicado).

90. En el presente asunto el texto del anexo no ha sido nunca publicado. Además, la falta de publicación no ha sido accidental ni inintencionada. [72] La Comisión adoptó deliberadamente un conjunto de nuevas medidas (el Reglamento nº 622/2003 y su progenie, incluido en particular el Reglamento nº 68/2004) y publicó cada una de ellas a su vez sólo en parte, manteniendo en secreto el anexo (sustantivo). En otros términos, se ha seguido una práctica constante e intencional de omisión de la publicación.

91. Concluyo que la completa omisión de publicación de un reglamento o de una parte integrante del mismo, con infracción del artículo 254 CE, constituye un vicio sustancial de forma, que cuando menos origina la invalidez.

— Limitación temporal

92. Si el Tribunal de Justicia declarase la invalidez del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada), surge la cuestión del momento temporal desde el que esa declaración produce efecto. En la vista, los Gobiernos austriaco, polaco y del Reino Unido instaron al Tribunal de Justicia a declarar que todas las medidas tomadas en virtud del Reglamento controvertido tienen carácter definitivo hasta que la Comisión haya adoptado una nueva regulación. Esos Gobiernos no especificaron sin embargo qué consecuencias de la invalidez del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) podrían justificar la limitación temporal de la eficacia de tal sentencia.

93. Es cierto que en ocasiones el Tribunal de Justicia ha mantenido los efectos de reglas inválidas hasta la adopción de nuevas reglas. En la sentencia Van Landschoot, [73] el Tribunal de Justicia estimó que el Reglamento controvertido era discriminatorio en la medida en que las reglas de exención de una tasa previstas por dicho Reglamento no se extendían a determinadas categorías de operadores económicos. Una mera declaración de invalidez habría tenido como consecuencia la imposibilidad de aplicar exención alguna hasta que se adoptase una nueva normativa. El Tribunal de Justicia aplicó el artículo 174 CEE, párrafo segundo (actualmente artículo 231 CE) por analogía, en virtud del cual el Tribunal de Justicia puede señalar

72 — Véase el punto 113 más adelante.

73 — Sentencia de 29 de junio de 1988 (300/86, Rec. p. 3443).

aquellos efectos del Reglamento declarado nulo que deban considerarse como definitivos. [74] Así pues, el Tribunal declaró que, en tanto no se adoptara la nueva normativa, las autoridades competentes debían continuar aplicando la exención si bien extendiéndola a los operadores afectados por la discriminación apreciada. [75]

94. De esa forma, la categoría de operadores beneficiados por la exención fue ampliada —un efecto que no habría podido lograrse mediante la mera declaración de invalidez del Reglamento controvertido. [76]

95. No creo que sea necesario mantener los efectos del Reglamento nº 622/2003 en el presente caso.

96. La declaración de que el Reglamento nº 622/2003 es inválido dejaría inalterada la obligación ya impuesta a los Estados miembros en virtud del Reglamento nº 2320/2002 de adoptar las medidas necesarias, en el ejercicio de su competencia conforme al Derecho nacional, para impedir que artículos prohibidos sean introducidos en las zonas restringidas de seguridad y a bordo de una aeronave, y de cumplir las demás medidas establecidas en dicho Reglamento o a las que éste se refiere en relación con la seguridad de la aviación civil. El apéndice del anexo del Reglamento nº 2320/2002 expresa que «las presentes directrices indican las posibles formas de las armas y artículos sujetos a restricciones. Huelga decir que debería imponerse en definitiva el sentido común si existen motivos para pensar que un objeto podría servir de arma». Sobre tal base, los Estados miembros están plenamente habilitados para garantizar la adopción conforme al Derecho nacional de reglas en virtud de las cuales se prohíba portar armas potenciales en las zonas restringidas de seguridad y a bordo de una aeronave, hasta que se adopte un Reglamento sustitutivo (que contenga una lista de artículos prohibidos) que sea debidamente publicado.

97. Las obligaciones específicas ya impuestas a los Estados miembros por el Reglamento nº 2320/2002 se refuerzan por el deber más general que se deriva del artículo 10 CE de adoptar «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones […] resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad», de facilitar «a esta última el

74 — Véanse por ejemplo las sentencias de 10 de marzo de 1992, Lomas y otros (C-38/90 y C-151/90, Rec. p. I-1781), apartado 23; y de 8 de noviembre de 2001, Silos (C-228/99, Rec. p. I-8401), apartados 35 a 38.

75 — Apartados 22 a 24.

76 — Las conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl en el asunto Banca Popolare di Cremona (sentencia de 3 de octubre de 2006, C-475/03, Rec. p. I-9373), puntos 132 a 134, presentan una revisión útil de las situaciones en las que el Tribunal de Justicia ha limitado el efecto temporal de una sentencia prejudicial sobre la validez de una medida adoptada por las instituciones comunitarias. Para un ejemplo de un recurso de anulación en el que el Tribunal de Justicia ha mantenido la validez de una parte de una disposición de Derecho comunitario hasta la adopción de una nueva disposición, véase la sentencia de 18 de octubre de 2007, Comisión/Parlamento y Consejo (C-299/05, Rec. p. I-8695), apartados 74 y 75. En ese asunto, la anulación pura y simple de la inscripción del subsidio de subsistencia para minusválidos («DLA») en la lista que figura en el anexo II *bis* del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), en su versión modificada, habría obligado al Reino Unido a conceder el elemento «movilidad» de dicha prestación a un número indeterminado de beneficiarios en toda la Unión Europea, a pesar de que el carácter de prestación no contributiva de dicha parte del DLA no podía discutirse y este subsidio podía figurar legalmente en la referida lista como prestación no exportable.

cumplimiento de su misión» y de abstenerse «de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado». Se deduce con claridad del propio Reglamento nº 2320/2002 cuáles son esos objetivos y cómo han de alcanzarse, y los Estados miembros han tenido conocimiento (sin duda) del contenido del anexo no publicado del Reglamento nº 622/2003.

98. Durante el período que transcurrirá desde la presentación de estas conclusiones y mientras delibere el Tribunal de Justicia, la Comisión también está en condiciones de reflexionar sobre el modo de evitar que cualesquiera medidas específicas de seguridad en los aeropuertos que sólo se establecen en el anexo del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) queden en peligro, en el caso de que el Tribunal de Justicia se pronuncie con carácter general sobre los efectos jurídicos del citado Reglamento. [77]

99. Además, el Tribunal de Justicia siempre ha hecho uso de la posibilidad de limitar los efectos temporales de una sentencia con objeto de atender a las exigencias de la seguridad jurídica. En el presente asunto es manifiesto que la seguridad jurídica de los particulares en relación con el único elemento conocido [78] del anexo del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) resultaría por el contrario aún más vulnerada si se mantuviera en vigor el Reglamento hasta que hubieran sido adoptadas las nuevas medidas para sustituirlo en su totalidad.

100. Por último, puede tal vez alegarse que el interés público en preservar las reglas que protegen la seguridad aeroportuaria exige que el Tribunal de Justicia o bien pase por alto la clara vulneración de un requisito imperativo de publicación o bien haga uso de la facultad excepcional de mantener con carácter definitivo los efectos de una medida viciada. A mi juicio tal argumento es engañoso. Como acabo de señalar, no es necesario que el Tribunal de Justicia ejerza esa facultad para impedir que peligre la seguridad pública en los aeropuertos. No es infrecuente que se mantengan parecidos argumentos en tiempos difíciles para justificar la inaplicación del principio de legalidad ordinario, ya sea mediante la suspensión de las garantías de derechos fundamentales, la limitación del control judicial o la atenuación de las consecuencias de tal control. Esas alegaciones no tienen cabida en una Unión Europea que está regida por el principio de legalidad y cuyo Tribunal de Justicia está obligado por el Tratado a garantizar «el respeto del Derecho». [79]

101. Propongo en consecuencia que la sentencia en el presente asunto no establezca ninguna limitación en el tiempo.

77 — Acerca de lo que la Comisión puede hacer véanse los puntos 111 a 120 más adelante.

78 — Aun si el contenido de la lista de artículos prohibidos no es conocido, es seguro que el anexo del Reglamento nº 622/2003 *contiene* tal lista.

79 — Artículo 220 CE (anteriormente artículo 164). Véanse en igual sentido las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en el asunto Kadi/Consejo y Comisión (C-402/05 P) presentadas el 16 de enero de 2008, punto 35: «[…] cuando se estima que los riesgos para la seguridad pública son extraordinariamente elevados, existe una poderosa presión para que se adopten medidas que no tengan en cuenta los derechos individuales […] en tales circunstancias, por consiguiente, los tribunales deben extremar su vigilancia a la hora de cumplir su deber de tutelar el Estado de Derecho».

— ¿Debe el Tribunal de Justicia ir más lejos y declarar la inexistencia del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada)?

102. El tribunal remitente considera que la falta de publicación de un Reglamento implica su inexistencia.

103. El Tribunal de Justicia ha mantenido en varias ocasiones que los actos de las instituciones comunitarias disfrutan, en principio, de una presunción de legalidad y, por lo tanto, producen efectos jurídicos mientras no hayan sido revocados, anulados en el marco de un recurso de anulación o declarados inválidos a raíz de una cuestión prejudicial o de una excepción de ilegalidad. [80]

104. Una excepción a ese principio es la doctrina del acto inexistente. Conforme a ella, los actos que adolezcan de una irregularidad cuya gravedad sea tan evidente que no pueda ser tolerada por el ordenamiento jurídico comunitario deben considerarse carentes de cualquier efecto jurídico, incluso provisional, es decir, jurídicamente inexistentes. La finalidad de esta excepción es preservar un equilibrio entre las dos exigencias fundamentales, pero a veces contrapuestas, que debe satisfacer un ordenamiento jurídico, a saber, la estabilidad de las relaciones jurídicas y el respeto de la legalidad. [81]

105. La gravedad de las consecuencias que se derivan de la declaración de inexistencia de un acto de las instituciones de la Comunidad postula que, por razones de seguridad jurídica, esta declaración quede limitada a supuestos extraordinarios. [82] Algunos comentaristas académicos han mantenido que la falta de publicación de un reglamento corresponde a esa categoría. [83]

106. Por lo que yo sé, el Tribunal de Justicia sólo ha declarado una vez la inexistencia de un acto: en la sentencia Société des usines à tubes

80 — Véanse al respecto las sentencias de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros (C-137/92 P, Rec. p. I-2555), apartado 48; Hoechst, citada en la nota 63, apartado 69; de 8 de julio de 1999, Chemie Linz/Comisión (C-245/92 P, Rec. p. I-4643), apartado 93; y de 5 de octubre de 2004, Comisión/Grecia (C-475/01, Rec. p. I-8923), apartado 18.

81 — Sentencias Comisión/BASF, Chemie Linz y Comisión/Grecia, todas ellas citadas en la nota 80, apartados 49, 94 y 19, respectivamente, y Hoechst, citada en la nota 63, apartado 70.

82 — Sentencias Comisión/BASF, Chemie Linz/Comisión y Comisión/Grecia, todas ellas citadas en la nota 80, apartados 50, 95 y 20, respectivamente; Hoechst, citada en la nota 63, apartado 76. Entre los casos en los que el Tribunal de Justicia ha decidido que el acto impugnado *no* era inexistente están las sentencias de 12 de julio de 1957, Algera y otros/Asamblea Común (7/56, 3/57 a 7/57, Rec. pp. 39 y ss., especialmente p. 60); de 21 de febrero de 1974, Kortner, señora de Schots, y otros/Consejo, Comisión y Parlamento (15/73 a 33/73, 52/73, 53/73, 57/73 a 109/73, 116/73, 117/73, 123/73, 132/73 y 135/73 a 137/73, Rec. p. 177), apartado 33; de 26 de febrero de 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Comisión (15/85, Rec. p. 1005), apartados 10 y 11 («sin que ni siquiera proceda pronunciarse sobre la gravedad de las irregularidades alegadas por la Comisión, es suficiente con comprobar que ni la una ni la otra revisten un carácter evidente. Ninguna de ellas se desprendía de la lectura de la decisión»); de 30 de junio de 1988, Comisión/Grecia (226/87, Rec. p. 3611), apartado 16; las sentencias de 8 de julio de 1999, todas ellas, Hüls/Comisión (C-199/92 P, Rec. p. I-4287), apartados 84 a 88; ICI/Comisión (C-200/92 P, Rec. p. I-4399), apartados 70 a 73; Montecatini/Comisión (C-235/92 P, Rec. p. I-4539), apartados 96 a 100; de 30 de enero de 2002, Italia/Comisión (C-107/99, Rec. p. I-1091), apartado 45; Comisión/Grecia, citada en la nota 80, apartados 18 a 21; y de 25 de octubre de 2007, SP y otros/Comisión (T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 y T-98/03, Rec. p. II-4331), apartado 122.

83 — Véase por ejemplo H. Von der Groeben, J. Thiesing, y C.-D. Ehlermann (eds), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Auflage, Band 4: Art. 189 — 314 (2004), p. 834, punto 14.

de la Sarre/Alta Autoridad. [84] En ese asunto la cuestión era si una carta enviada por la Alta Autoridad podía ser considerada un dictamen a los efectos del artículo 54 CECA, párrafo cuarto. Esos dictámenes tenían que ser motivados. El Tribunal de Justicia estimó que la obligación de motivar un dictamen estaba claramente establecida en los artículos 5, 15 y 54 CECA, y la motivación era además un elemento esencial y constitutivo. Sin motivación el dictamen no podía existir jurídicamente. Dado que el acto cuya anulación se solicitaba en la demanda era un acto inexistente, el Tribunal de Justicia declaró inadmisible la demanda por carecer de objeto.

107. En la sentencia BASF/Comisión, [85] el Tribunal de Primera Instancia declaró inexistente una decisión de la Comisión. El Tribunal de Justicia anuló esa sentencia en casación, ya que estimó que, tanto consideradas aisladamente como en conjunto, las irregularidades de competencia y de forma puestas de manifiesto por el Tribunal de Primera Instancia no parecían de una gravedad tan evidente que dicha Decisión debiera ser considerada jurídicamente inexistente. [86]

108. A mi juicio la irregularidad que vicia al Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada) —vulneración persistente e intencional de los requisitos de publicación obligatoria del artículo 254 CE, apartado 2, respecto a la sustancia *íntegra* del Reglamento— es de una gravedad tan evidente que no puede ser tolerada por el ordenamiento jurídico comunitario. Me inclino, por tanto, en favor de la declaración de inexistencia del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada). En tal caso deja de tener relevancia la cuestión de la posible limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia.

109. Si el Tribunal de Justicia optara por no llegar tan lejos, es evidente que se ha incurrido al menos en un vicio sustancial de forma. Como mínimo, el Tribunal de Justicia debe por tanto declarar inválido el Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada).

110. En cualquiera de los dos casos, quedará claro que la falta de publicación de los reglamentos, o de parte de ellos —*a fortiori* si es intencional— no puede ser tolerada por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

¿Qué debería haber hecho la Comisión?

111. En la vista tanto el Parlamento Europeo como el Consejo expusieron el criterio de que el artículo 8 del Reglamento nº 2320/2002 no autoriza a la Comisión para adoptar un Reglamento de aplicación con un anexo no publicado que contiene las medidas detalladas necesarias para aplicar y adaptar las reglas comunes básicas sobre seguridad de la avia-

84 — Sentencia de 10 de diciembre de 1957 (1/57 y 14/57, Rec. pp. 105 y ss., especialmente p. 112).

85 — Sentencia de 27 de febrero de 1992, BASF y otros/Comisión (T-79/89, T-84/89 a T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 y T-104/89, Rec. p. II-315).

86 — Sentencia Comisión/BASF, citada en la nota 80, apartado 52.

ción aérea. A su vez la Comisión indicó que le sería de utilidad que el Tribunal de Justicia le orientara acerca de qué forma de instrumento jurídico debería utilizar para cumplir su obligación de adoptar tales medidas derivada del artículo 4, apartado 2, del Reglamento nº 2320/2002.

112. Aunque he criticado la adopción por la Comisión del Reglamento nº 622/2003 (en su versión modificada), comprendo lo difícil de su posición. Por ello ofrezco los siguientes comentarios.

113. El artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2320/2002 dispone que las medidas relativas al funcionamiento de las medidas de seguridad en los aeropuertos [87] «se mantendrán secret(a)s y no serán objeto de publicación». Así se establece «sin perjuicio» del Reglamento de acceso a los documentos. De ello deduzco que el redactor no previó que tales medidas formaran parte en ningún momento de un acto jurídico comunitario que estuviera sujeto a publicación obligatoria en el Diario Oficial en virtud del artículo 254 CE. La intención fue más bien que esas medidas figurasen en un documento no publicado y que el acceso sólo fuera posible conforme al Reglamento de acceso a los documentos (en virtud del cual presumiblemente se denegaría después el acceso, debido a que el documento en cuestión estaría incluido en las excepciones enumeradas en el artículo 4 y/o a que sería un «documento sensible» en el sentido del artículo 9).

114. Ha de subrayarse que el artículo 8 del Reglamento nº 2320/2002 opera como una excepción a la obligación normal de transparencia y accesibilidad de la información. Como tal ha de interpretarse restrictivamente. De ello resulta que sólo los datos que, apreciados objetivamente, entran en realidad en las diversas categorías de información secreta especificadas en el artículo 8, apartado 1, [88] deben ser seleccionados para tal tratamiento. En particular, los datos que sustituyan a datos que ya están en el ámbito público porque fueron publicados como parte del Reglamento nº 2320/2002 deben permanecer en ese último ámbito.

115. En cuanto atañe a la lista de artículos prohibidos, es de sobra evidente a mi juicio que esa lista no debe ser secreta sino pública. Esa lista —y cualesquiera otras medidas que, apreciadas objetivamente, no deben necesariamente permanecer en secreto— debe por tanto publicarse en el Diario Oficial como anexo de un reglamento.

87 — Esto es: a) criterios de eficacia y pruebas de aceptación del equipo; procedimientos detallados que contienen información delicada; y criterios detallados para la exención de las medidas de seguridad; b) especificaciones para el control del cumplimiento; y c) informes de las inspecciones y las respuestas relativos al control del cumplimiento. El artículo 8, apartados 2 y 3, también prevé la confidencialidad «en la medida de lo posible y de conformidad con la normativa nacional aplicable» de la información resultante de los informes de las inspecciones y las respuestas de los Estados miembros cuando se refieran a otros Estados miembros.

88 — Véase la nota 87.

116. ¿Cómo deben tratarse los datos que ciertamente se refieren al funcionamiento de la seguridad aeroportuaria y que por tanto es necesario indudablemente mantener en secreto?

117. Si se considera prudente asegurar que algunos de esos datos, o todos, figuren en un acto jurídicamente obligatorio, en teoría la Comisión puede elegir sin restricción el instrumento jurídico. La base jurídica del Reglamento nº 2320/2002 fue el artículo 80 CE, apartado 2. [89] Aunque el Consejo eligió servirse de un reglamento, no estaba obligado a hacerlo.

118. En la práctica, sin embargo, ni un reglamento ni una directiva dirigida a todos los Estados miembros son instrumentos jurídicos adecuados para los datos que fundadamente deban mantenerse secretos. Ambos están sujetos al requisito de publicación obligatoria establecido por el artículo 254 CE, apartado 2.

119. La elección más natural por tanto sería la de una decisión (en el sentido del artículo 249 CE) dirigida a todos los Estados miembros. El artículo 254 CE no exige que tales actos sean publicados, sino sólo que «se notificarán a sus destinatarios». [90] Las decisiones «surtirán efectos a partir de su notificación». [91] Observo que el artículo 13, apartado 2, letra c), del Reglamento de acceso a los documentos dispone que tales decisiones se publicarán en el Diario Oficial «en la medida de lo posible». Si el contenido de la decisión fuera tal que se incluyera en el artículo 4 (excepciones) o en el artículo 9 (documentos sensibles) de dicho Reglamento, sería lícito denegar el acceso a la misma y, *a fortiori*, no publicarla.

120. De hecho, la Comisión recuerda en sus observaciones escritas que adoptó una solución similar respecto a los aspectos confidenciales y no confidenciales al adoptar el Reglamento (CE) nº 1683/95. [92] El anexo publicado de ese Reglamento contenía determinadas especificaciones del modelo de los visados que emitirían los Estados miembros. El artículo 2 del Reglamento estableció que la Comisión adoptaría especificaciones técnicas

89 — «El Consejo, por mayoría cualificada, podrá decidir si, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea».

90 — Artículo 254 CE, apartado 3.

91 — *Idem*.

92 — Reglamento nº 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado (DO L 164, p. 1), cuya modificación más reciente realiza el **Reglamento (CE) nº 1791/2006 del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, por el que se adaptan determinados reglamentos y decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de sociedades, la política de la competencia, la agricultura (incluida la legislación veterinaria y fitosanitaria), la política de transportes, la fiscalidad, las estadísticas, la energía, el medio ambiente, la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior y de seguridad común y las instituciones, como consecuencia de la adhesión de Bulgaria y Rumanía** (DO L 363, p. 1).

adicionales del modelo uniforme de visado relativas a nuevas medidas y requisitos de seguridad, incluidas normas reforzadas contra imitaciones y falsificaciones y procedimientos y métodos técnicos que deberían utilizarse para cumplimentar el visado uniforme. El artículo 3 disponía que esas especificaciones se mantendrían secretas. Por tanto la Comisión adoptó una Decisión de aplicación, dirigida a todos los Estados miembros, que no fue publicada. [93] Opino que la Comisión puede adoptar válidamente una solución similar al regular la aplicación del Reglamento nº 2320/2002, con objeto de mantener en secreto los datos que objetivamente requieran tal protección.

La primera cuestión

121. Si el Tribunal de Justicia respondiera a la segunda cuestión como he propuesto, sería innecesario responder a la primera. No obstante, dado que la primera cuestión ha suscitado una viva discrepancia entre las partes tanto en sus observaciones escritas como en sus informes orales, [94] expondré las siguientes observaciones.

122. Mediante su primera cuestión el tribunal remitente desea saber si los actos cuya publicación exige el artículo 254 CE son «documentos» en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento de acceso a los documentos. [95]

123. De conformidad con el objetivo de lo establecido en el artículo 1, [96] la definición del ámbito de aplicación que figura en el artículo 2, apartado 3, es apropiadamente amplia. El Reglamento «será de aplicación a todos los documentos que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión, en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea». Antes de la entrada en vigor del Reglamento de acceso a los documentos, una institución no estaba facultada para dar a conocer documentos cuyo autor fuera una tercera persona, y el solicitante del acceso debía dirigirse directamente a esa persona (la llamada regla del autor). [97] La amplia definición del ámbito en el artículo 2, apartado 3, invierte esa regla. Siempre que la institución *tenga en su poder* realmente el documento, puede pedirse el acceso, con

93 — En sus observaciones escritas la Comisión cita a autores alemanes que opinan que una decisión sólo tiene por objeto casos individuales; véase por ejemplo H. Von der Groeben, J. Thiesing, and C.-D. Ehlermann (eds), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag,* citado en la nota 83, p. 791, punto 43. Sin embargo otros autores opinan lo contrario: véase J. Bast, «On the Grammar of EU Law: Legal Instruments», Jean Monnet Working Paper 9/03, Heidelberg, 2003, pp. 65 y 66 disponible online en http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-05.pdf. Véase también R. Greaves «The Nature and Binding Effect of Decisions under Article 189 EC», *European Law Review,* 1996, pp. 3 a 16, quien señala que las decisiones dirigidas a todos los Estados miembros tienden a ser de naturaleza cuasilegislativa. Un claro ejemplo es la Decisión 65/271/CEE del Consejo, de 13 de mayo de 1965, relativa a la armonización de determinadas disposiciones que inciden en la competencia en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO 88, p. 1500; EE 07/01, p. 91), controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia de 6 de octubre de 1970, Grad/Finanzamt Traunsteinat (9/70, Rec. p. 825).

94 — En efecto, los Gobiernos checo, polaco y finlandés mantienen que un reglamento claramente *no* es un documento en el sentido del Reglamento de acceso a los documentos en tanto que los Gobiernos austriaco, danés, francés, griego, húngaro, sueco y del Reino Unido al igual que la Consejo y la Comisión alegan con la misma firmeza que *sí* lo *es*.

95 — Véase el punto 49 anterior. Ya he llamado antes la atención sobre el contexto más amplio de los artículos 254 CE y 255 CE: véanse los puntos 54 a 60 anteriores.

96 — Véase el anterior punto 58.

97 — Véase por ejemplo la sentencia de 26 de abril de 2005, Sison/Consejo (T-110/03, T-150/03 y T-405/03, Rec. p. II-1429), apartado 92.

independencia de la autoría. Así pues, las instituciones pueden tener que revelar documentos procedentes de terceras personas, incluidos (en particular) los Estados miembros. [98]

124. La definición del término «documento» es igualmente amplia: «todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referentes a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la Institución». [99]

125. Los artículos 4 («Excepciones») y 9 («Documentos sensibles») definen los límites, por motivos de interés público o privado, del derecho de acceso a los documentos. Esos artículos siguen la estructura del artículo 255 CE. Como excepciones, esas disposiciones deben interpretarse y aplicarse en sentido estricto, conforme a las pautas usuales de interpretación en el Derecho comunitario. [100] La necesidad de interpretarlas así se pone de relieve por el hecho de que son excepciones imperativas [101] de un Reglamento cuya finalidad es por lo demás garantizar «el acceso más amplio posible a los documentos». [102]

126. El artículo 13 regula la «publicación en el Diario Oficial». El artículo 13, apartado 1, expone textualmente que *«además* de los actos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 254 del Tratado CE», [103] varias clases de documentos «sin perjuicio de los artículos 4 y 9 del presente Reglamento, se publicarán en el Diario Oficial». Me parece indiscutible que el redactor identifica con esos términos ciertas otras categorías de textos *(además de* los textos que en cualquier caso serán publicados en virtud del artículo 254 CE, apartados 1 y 2), que merecen de modo sistemático la amplia divulgación que nace de la publicación en el Diario Oficial. Sin embargo, también deben publicarse «en la medida de lo posible» otras categorías adicionales de documentos. [104]

127. Sólo tendrán que solicitarse de forma individualizada los documentos que no estén comprendidos en el artículo 12 ni en el artículo 13. [105]

98 — Véase el décimo considerando. Véase también la sentencia de 18 de diciembre de 2007, Suecia/Comisión y otros (C-64/05 P, Rec. p. I-11389), apartados 55 y 56, y las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en ese asunto, puntos 27 y 28.

99 — Artículo 3, letra a).

100 — Respecto al artículo 4 véanse las sentencias de 1 de febrero de 2007, Sison/Consejo (C-266/05 P, Rec. p. I-1233), apartado 63; y Suecia/Comisión, citada en la nota 98, apartado 66.

101 — De tal forma, el artículo 4, apartado 1, dispone que las instituciones denegarán el acceso a los documentos comprendidos en las categorías que el mismo especifica. Tras identificar qué documentos son «documentos sensibles», el artículo 9, apartado 1, no contiene un verbo principal indicativo de que no es un enunciado imperativo.

102 — Artículo 1, letra a).

103 — La cursiva es mía.

104 — Artículo 13, apartado 2; las instituciones disponen de la facultad adicional de ampliar el ámbito de la publicación según el artículo 13, apartado 3.

105 — Véanse en general los artículos 6, 7, 8 y 10. El artículo 12 obliga a las instituciones «en la medida de lo posible» a permitir el acceso directo amplio a los documentos en forma electrónica o a través de un registro. En particular, «se debería facilitar el acceso directo a los documentos legislativos, es decir, documentos elaborados o recibidos en el marco de los procedimientos de adopción de actos jurídicamente vinculantes para o en los Estados miembros, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4 y 9».

128. Atendiendo a esos antecedentes, la respuesta a la primera cuestión resulta bastante clara. El texto de un reglamento puede ser incluido en la definición muy amplia de un documento enunciada en el artículo 3, apartado a), del Reglamento de acceso a los documentos. Dicho texto tiene un «contenido referente a temas relativos a las decisiones que sean competencia de la Institución» y su soporte será alguno de los especificados en el artículo 3, letra a). Así pues, la definición de «documento» en el artículo 3, letra a), del Reglamento de acceso a los documentos es lo bastante amplia para abarcar los instrumentos jurídicos sujetos a publicación en virtud del artículo 254 CE, apartados 1 y 2. Sin embargo, ello no significa que tales instrumentos jurídicos entren en el ámbito del Reglamento de acceso a los documentos de modo tal que el artículo 4 o el artículo 9 pueda ser invocado para denegar el acceso a ellos. A mi juicio, lo cierto es lo contrario.

129. El artículo 2, apartado 3, del Reglamento de acceso a los documentos expresa que el propio Reglamento «será de aplicación a todos los documentos que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella *elaborados o recibidos y que estén en su posesión,* en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea». [106] Es cierto que una institución tendrá probablemente copias del texto final de un reglamento definitivamente aprobado. Sin embargo, el texto ya debe estar también en el ámbito público en virtud de su publicación (obligatoria) en el Diario Oficial. Técnicamente, el texto «obra en [su] poder» de la institución como un «documento». Ahora bien, si se interpreta el Reglamento de acceso a los documentos de esa forma literal no se toma en consideración que el objetivo del Reglamento es dar acceso a documentos que en otro caso *no* serían automáticamente accesibles. La interpretación teleológica y el sentido común llevan a la conclusión de que si un texto es (o debe ser) accesible en virtud de la publicación obligatoria que dispone el artículo 254 CE, apartados 1 y 2, no es preciso que sea considerado (ni debe serlo por tanto) como un «documento» que «obra en poder» de una institución, en el sentido (respectivamente) del artículo 3, letra a), y del artículo 2, apartado 3, del Reglamento de acceso a los documentos. Además, el artículo 1, letra a), define el objeto del Reglamento de acceso a los documentos refiriéndose a garantizar «el acceso más amplio posible a los documentos». Ello por sí mismo implica que el derecho de acceso a un documento por la vía del Reglamento es innecesario cuando éste debe ser publicado en todo caso en virtud del artículo 254 CE. La publicación en el Diario Oficial ya garantiza «el acceso más amplio posible».

130. El artículo 13 del Reglamento de acceso a los documentos confirma ese análisis. Carece de sentido excepto si se interpreta el Reglamento como complemento del artículo 254 CE, y no como una restricción de éste último. No hay necesidad, mediante el Reglamento de acceso a los documentos, de establecer el acceso (adicional), o la propia publicación, de un documento que sea uno de los textos enumerados en el artículo 254 CE, apartado 1 o 2. A la inversa, si un documento *no* es uno de esos textos, se justifica plenamente considerarlo incluido en el ámbito del Reglamento de acceso a los documentos, y atender a continuación al artículo 13 para determinar si es publicable conforme a esta disposición. La interpretación correcta tiene que ser por tanto la de que el Reglamento de acceso a los documentos abarca los documentos (cualquiera que sea su forma) que *no* están ya comprendidos en el artículo 254 CE, apartado 1 o 2.

106 — La cursiva es mía.

131. Cabe preguntarse: ¿cuál es el status del texto de un reglamento entre la fecha de su adopción por la institución competente y la fecha de su publicación en el Diario Oficial? A mi juicio, el reglamento como tal no es un «documento» comprendido en el Reglamento de acceso a los documentos (porque ya es inherente al mismo el requisito de publicación en virtud del artículo 254 CE). Sin embargo, cualquier copia de ese reglamento (por ejemplo, en forma electrónica o impresa) que esté en posesión de la institución constituiría tal documento; y consecuentemente podría obtenerse el acceso a éste conforme al Reglamento de acceso a los documentos. Pienso que en términos prácticos siempre habrá una copia de ese tipo en algún lugar. Por tanto, no se producirá ningún vacío durante el cual el reglamento no sea accesible mediante el Reglamento de acceso a los documentos ni en virtud de su publicación obligatoria conforme al artículo 254 CE.

132. Como corolario, el Reglamento de acceso a los documentos no puede utilizarse para restringir la publicación de un documento comprendido en el artículo 254 CE, apartados 1 o 2. Este Reglamento, que es legislación derivada, no puede interpretarse en un sentido contrario al Derecho primario, como es una disposición del Tratado. Las excepciones al acceso enunciadas en los artículos 4 y 9 del Reglamento de acceso a los documentos se aplican por tanto sólo a documentos a los que sea posible el acceso en virtud de dicho Reglamento. En particular, esas excepciones no pueden ser invocadas para introducir encubiertamente una excepción a la publicación obligatoria conforme al Tratado.

133. De ello resulta que la respuesta a la primera cuestión debe ser que los actos que han de ser publicados en el Diario Oficial conforme al artículo 254 CE, apartados 1 o 2, no constituyen documentos en el sentido de los artículos 2, apartado 3, y 3, letra a), del Reglamento nº 1049/2001, porque dichos actos ya están sujetos al requisito de publicación obligatoria en virtud del Tratado y por tanto son plenamente accesibles para el público.

Conclusión

134. Por las razones expuestas, opino que debe responderse como sigue a las cuestiones planteadas por el Verwaltungssenat im Land Niederösterreich:

«— Los reglamentos que, en contra de lo dispuesto por el artículo 254 CE, apartado 2, no han sido publicados en el *Diario Oficial de la Unión Europea* son jurídicamente inexistentes.

— Los actos que han de ser publicados en el Diario Oficial conforme al artículo 254 CE no constituyen documentos que obran en poder de una institución, en el sentido de los artículos 2, apartado 3, y 3, letra a), del Reglamento (CE) nº 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, porque dichos actos ya están sujetos al requisito de publicación obligatoria en virtud del Tratado y por tanto son plenamente accesibles para el público.»