

Ricardo
Alonso García

Paz Andrés
Sáenz de Santa María

*El sistema europeo
de fuentes*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

PRESIDENTE:

Ernesto Garzón Valdés

SECRETARIO:

Antonio Pau

PATRONOS:

M.^a Emilia Adán

María José Añón

Benito Arruñada

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Victoria Ortega

Francisco Caamaño

Alfonso Candau

Françesc de Carreras

M.^a Emilia Casas

Pedro Cruz

Miguel Ángel Fdez. Ordóñez

Basilio J. Aguirre Fernández

Jesús González Pérez †

Vicente Guilarte

Liborio Hierro

Juan F. López Aguilar

Joaquín Martín Cubas

Fernando P. Méndez

Antonio Manuel Morales

Santiago Muñoz Machado

Fernando Pantaleón

Celestino Pardo

Juan José Pretel

M.^a Elvira Roca Barea

Margarita Soler

Carmen Tomás –Valiente

Fernando Vallespín

GERENTE:

M.^a Isabel de la Iglesia Monje

*El sistema europeo
de fuentes*

Ricardo
Alonso García
Paz Andrés
Sáenz de Santa María

*El sistema europeo
de fuentes*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2022 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Ricardo Alonso García, Paz Andrés Sáenz de Santa María

I.S.B.N.: 978-84-09-26967-9

Depósito legal: M-16722-2022

Diseño e impresión: Artia Comunicación Gráfica

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

EL SISTEMA EUROPEO DE FUENTES: SOMBRAS, LAGUNAS, IMPERFECCIONES

Ricardo ALONSO GARCÍA..... 9

Introducción..... 9

1. ¿Tienen “el mismo valor jurídico”
las normas de Derecho originario? 14

2. La compleja evolución conceptual
y práctica de los reglamentos y las
directivas..... 34

3. El rol de los principios generales
del derecho, en particular en su
vertiente de derechos fundamentales.... 69

4. El alcance del CEDH en el
contexto del sistema de fuentes de
la UE..... 89

5. La impugnabilidad del *soft law*. 104

6. Inaplicación, invalidez, anulación
de normas europeas. 121

7. La ambigua frontera entre los actos
delegados y los actos de ejecución. 133

8. Aclaración final. 153

VARIACIONES SOBRE
“EL SISTEMA EUROPEO
DE FUENTES: SOMBRAS,
LAGUNAS, IMPERFECCIONES”
Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA 157

Introducción..... 157

1. Cuestiones en torno al Derecho
originario 159

2. La enredada relación entre
reglamentos y directivas 172

3. La presencia del derecho
internacional en el sistema de fuentes 186

4. La inimpugnabilidad de las
decisiones de los representantes de
los Estados miembros 195

5. El papel del TJUE ante las
sombras, lagunas e imprecisiones
del sistema de fuentes de la Unión 212

6. Unas variaciones atípicas 222

EL SISTEMA EUROPEO DE FUENTES: SOMBRAS, LAGUNAS, IMPERFECCIONES

Ricardo ALONSO GARCÍA

SUMARIO: Introducción. –1. ¿Tienen “el mismo valor jurídico” las normas de Derecho originario? –2. La compleja evolución conceptual y práctica de los reglamentos y las directivas. –3. El rol de los principios generales del derecho, en particular en su vertiente de derechos fundamentales. –4. El alcance del CEDH en el contexto del sistema de fuentes de la UE. –5. La impugnabilidad del *soft law*. –6. Inaplicación, invalidez, anulación de normas europeas. –7. La ambigua frontera entre los actos delegados y los actos de ejecución. –8. Aclaración final.

Introducción.

El sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea no ha sufrido alteraciones significativas respecto del sistema comunitario de fuentes instaurado en la década de los cincuenta del siglo pasado.

Ello es así, desde luego, por lo que respecta al conocido como Derecho derivado o secundario (esto es, el emanado del aparato político de la propia Unión): la enunciación del siste-

ma de fuentes hoy recogida en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) es, en esencia, la misma que hace casi 65 años incorporó en su artículo 169 el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (más tarde reubicado como artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea).

“Para el cumplimiento de su misión”, establecía este último, “el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.

“Para ejercer las competencias de la Unión”, establece ahora de manera genérica el artículo 288 TFUE, “las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes”.

En lo concerniente al resto del precepto, reproduce literalmente el texto de su predecesor, con la salvedad de la importante matización introducida en relación las decisiones, disponiendo ahora el artículo 288 TFUE: “La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos”.

Así pues, con la salvedad del origen de la fuente (remitida ahora a su naturaleza “institucional”) y del reconocimiento, de la mano de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del posible carácter normativo de las decisiones (se sobreentiende, cuando no designen destinatarios), el sistema de fuentes de Derecho derivado de la Unión no ha variado, sobre el papel, respecto del comunitario proclamado hace más de seis décadas.

* * *

Algunos matices, en cambio, presenta el referido discurso si elevamos el sistema de fuentes al escalón del Derecho originario o primario (esto es, el escalón “constitucional” de la Unión).

En primer lugar, debido al reajuste del propio sistema organizativo de la integración europea, pasando de las tres Comunidades Europeas de los años cincuenta a la Unión de hoy; Unión que convivió con las Comunidades desde la entrada en vigor de la reforma de Maastricht (1993) hasta la entrada en vigor de la reforma de Lisboa (2009), y que subsiste hoy de manera autónoma (con personalidad jurídica propia, por vez primera, tras Lisboa, y desdoblada su constitución en dos Tratados, el TUE y el TFUE), desaparecidas de escena la CECA y la CE, y mantenida la CEEA al margen formal de la Unión.

En segundo lugar, por la irrupción en ese escalón “constitucional” (completado por los Protocolos y Anexos a los Tratados) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), adoptada en el año 2000 y dotada de fuerza jurídica vinculante en 2009, con la entrada en vigor de la reforma de Lisboa.

Y, en tercer lugar, por la proliferación, tras la última reforma recién citada (que, junto con las anteriores -principalmente las del Acta Única Europea, Maastricht, Ámsterdam y Niza, con los correspondientes ajustes derivados de los sucesivos Tratados de Adhesión-, han ido reconfigurando con el paso de los años el Derecho originario de la Unión), de diversos

procedimientos de reforma que han moderado, matizándolo, el tradicional protagonismo absoluto de los Estados miembros en cuanto, según expresión apuntalada por el Tribunal Constitucional alemán (1993 y 2009), “Señores de los Tratados”.

* * *

Tiempo ha habido, en todo caso, para ir aclarando y perfilando a lo largo de las décadas el alcance, sobre todo a través de la práctica de las Instituciones políticas europeas y de la doctrina al respecto del Tribunal de Justicia, del sistema comunitario de fuentes, hoy sistema de fuentes de la Unión, considerado en su conjunto. Sin embargo, subsisten sombras, lagunas e imperfecciones. Este estudio está dedicado a algunas de ellas. Concretamente a: 1) si tienen el mismo valor las normas de Derecho originario; 2) la compleja evolución conceptual y práctica de los reglamentos y las directivas; 3) cuál es el rol de los principios generales del derecho, en particular en su vertiente de derechos fundamentales; 4) cuál es el alcance del CEDH en el contexto del sistema de fuentes de la UE; 5) la impugnabilidad del *soft law*; 6) inaplicación, invalidez, anulación de normas europeas; y 7) la ambigua frontera entre los actos delegados y los actos de ejecución.

* * *

Puesto que en las páginas que siguen intentaré aclarar algunas de las aludidas sombras, lagunas e imperfecciones del sistema europeo de fuentes, concluiré esta breve presentación aclarando también lo siguiente: para no complicar la lectura, me referiré en todo momento al Tribunal de Justicia como TJUE, aun cuando la referencia se refiera a intervenciones del Tribunal que, en ese momento, no era de la Unión, sino de las Comunidades Europeas (TJCE); otro tanto haré, por el mismo motivo, en relación con el “Derecho de la Unión Europea”, al que me referiré como tal incluso cuando su denominación era la de “Derecho Comunitario”, la cual subsistiría hasta la entrada en vigor de la reforma de Lisboa (2009).

1. ¿Tienen “el mismo valor jurídico” las normas de Derecho originario?

Como es bien sabido, la enunciación del sistema de fuentes actualmente recogida en el artículo 288 TFUE se circunscribe al Derecho derivado de la Unión. Al margen quedan, en consecuencia, las de valor constitucional (Derecho originario), los tratados internacionales y las fuentes derivadas atípicas, por cuanto no comprendidas en la referida enunciación.

Centrándome en el Derecho originario, también es sabido que este incluye, a día de hoy, un elenco de, ni más ni menos, 41 normas (43

si tomamos en consideración los dos Anexos concernientes a la lista de productos comprendidos en el radio de la política agrícola común y a los Países y territorios de Ultramar asociados a la Unión).

Pues bien, según dispone el artículo 1 TUE, los Tratados (el propio TUE y el TFUE) tienen “el mismo valor jurídico”. Estos, a su vez y según establece el artículo 6.1 TUE, tienen también “el mismo valor jurídico” que la CDFUE. En fin, el artículo 51 TUE determina que “los Protocolos y Anexos de los Tratados forman *parte integrante* de los mismos”, y, por tanto, se sobreentiende, tienen igualmente “el mismo valor jurídico”.

Así las cosas, sucede que la identidad de valor que los referidos preceptos otorgan a los distintos instrumentos que integran el Derecho originario (TUE, TFUE, CDFUE, Protocolos y Anexos) está, sin embargo, lejos de ser una cualidad que pueda predicarse respecto de los mismos en términos absolutos.

* * *

Comencemos por una afirmación tan categórica y contundente, que suele darse doctrinalmente por sentada, como la vertida por la Abogada General Stix-Hackl en 2005 (*BCE v. Alemania*), según la cual “*el Tribunal de Justicia no puede examinar la validez del Protocolo*

sobre los privilegios [y las inmunidades de las Comunidades Europeas] *ya que constituye Derecho originario*”.

Tal afirmación, sin embargo, ni era correcta (o cuanto menos exacta) en el momento en que fue vertida, ni lo es, desde luego, a día de hoy, como claramente desmentiría (o si se prefiere, matizaría) el TJUE en su Sentencia *plenaria* en el *asunto Pringle* (2012).

Y ello pese a que a otra conclusión parecería conducir la regulación de la mismísima piedra angular del sistema jurídico de la Unión, a saber, la cuestión prejudicial, cuya redacción, al igual que la concerniente al elenco de fuentes, también se ha mantenido prácticamente inalterada desde sus orígenes.

En efecto, frente a las cuestiones prejudiciales de interpretación, susceptibles de planteamiento en relación tanto con el Derecho originario (“los Tratados”) como con “los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”, el mismo artículo 267 TFUE limita las cuestiones de validez a estos últimos.

La vía directa del recurso de anulación, por su parte, también se ciñe a los actos institucionales de la Unión (para ser más precisos, a *determinados* actos institucionales).

Todo lo cual parecería conducir, *prima facie* y como adelantaba, a excluir cualquier tipo de control del TJUE sobre el Derecho originario en términos de validez.

El propio TJUE, en cambio y como también adelanté, se encargó de refutar semejante conclusión al admitir expresamente, en el *asunto Pringle*, su jurisdicción para enjuiciar las reformas constitucionales (con valor, por tanto, de Derecho originario) operadas por la vía formal no de un Tratado, sino de un *acto institucional de la Unión*, al margen de la intervención o no de los Estados miembros en el proceso de reforma.

Ejemplo de lo primero sería la aprobación última por los Estados miembros de una Decisión del Consejo Europeo conducente a una revisión del TFUE por la vía del procedimiento simplificado del artículo 48.6 TUE (como en *Pringle*, donde el objeto de la demanda, declarada admisible, fue la Decisión del Consejo Europeo en virtud de la cual se incorporó un nuevo apartado, el 3, al artículo 136 TFUE, concerniente al mecanismo de estabilidad).

Ejemplo de lo segundo, una posible Decisión, también del Consejo Europeo, ampliatoria del radio competencial de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave de dimensiones transfronterizas, exenta de ulterior

intervención aprobatoria por parte de los Estados miembros (artículo 86.4 TFUE).

Ello por no hablar de algunos Protocolos, que aun siendo “parte integrante” de los Tratados y teniendo, por tanto, “el mismo valor jurídico” que éstos, prevén procedimientos *sui generis* de reforma que descansan, asimismo, sobre actos institucionales de la Unión (y no sobre Tratados), susceptibles también de enjuiciamiento por el TJUE (sin ir más lejos, el Protocolo dedicado al Estatuto del propio TJUE, cuya reforma, en la mayor parte de su contenido y según ya preveía el TCE, descansaba entonces en el Consejo, hoy en éste y en el Parlamento Europeo, siguiendo, *ex* artículo 281 TFUE, el procedimiento legislativo ordinario).

En definitiva, en todos aquellos casos en que la reforma constitucional del Derecho de la Unión venga formalmente de la mano de un acto de sus Instituciones, el TJUE no sólo tendría competencia para controlar la obediencia de las reglas de procedimiento establecidas por el propio Derecho originario, sino también para velar por el debido respeto de los *límites materiales* que condicionarían el recurso a esas vías institucionales de reforma.

Así lo admitió el TJCE en *Pringle* al pronunciarse sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial de validez suscitada en relación con

la Decisión del Consejo Europeo 2011/199 (cuyo objeto, reitero, era la inserción de una nueva disposición de Derecho originario en el TFUE, a saber, el apartado 3 del artículo 136 TFUE), adoptada conforme al procedimiento simplificado de revisión previsto en el artículo 48.6 TUE, según el cual: “El Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique la totalidad o parte de las disposiciones de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, así como al Banco Central Europeo en el caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario. Dicha decisión sólo entrará en vigor una vez que haya sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. La decisión contemplada en el párrafo segundo no podrá aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados”.

“Corresponde al Tribunal de Justicia”, declaró sobre sí mismo el TJUE, “comprobar, por un lado, si se han cumplido las reglas de procedimiento previstas en el referido artículo 48, apartado 6, y, por otro, si las modificaciones decididas sólo afectan a la tercera parte del Tratado FUE, lo que implica que no dan lugar a ninguna modificación de las disposiciones de otra parte de los Tratados en los que

se fundamenta la Unión y que no aumentan las competencias de ésta”.

Y lo declarado en relación con el procedimiento simplificado de revisión, cabría sin lugar a dudas extenderlo, *mutatis mutandis*, a los ejemplos de procedimientos de reforma antes referidos que no contemplan, a diferencia de aquél, un rol aprobatorio por parte de los Estados miembros. En el caso de la ampliación del radio competencial de la Fiscalía Europea, la reforma del TFUE sería susceptible de control por el TJUE tanto en términos estrictamente formales (pronunciamiento del Consejo Europeo por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión) como materiales (circunscrita la reforma a “la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza”). Otro tanto cabría decir en relación con la reforma del Estatuto del TJUE (Protocolo nº 3), supeditada, también bajo la vigilancia, llegado el caso, del propio TJUE, al respeto de exigencias asimismo formales (procedimiento legislativo ordinario, pronunciándose el Parlamento y el Consejo “bien a petición del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión, bien a propuesta de la Comisión y previa consulta al Tribunal de Justicia”) y materiales (excluida de esta vía de reforma el Título I y el artículo 64 del Protocolo -dedicados, respectivamente, al estatuto

de los Jueces y de los Abogados Generales, y al régimen lingüístico aplicable al Tribunal).

* * *

Si cambiamos de perspectiva, trasladando el discurso desde el terreno de su forma de adopción al del contenido mismo de las normas constitucionales de la Unión, sucede que tampoco es exacta la afirmación de que todas ellas tengan “el mismo valor jurídico”

Así, centrándonos en los Protocolos, sin ánimo de proceder a una catalogación sistemática, los hay que responden a una voluntad de aligerar el texto de los propios Tratados. O dicho de una manera más gráfica, Protocolos que vendrían a ser más o menos extensas notas a los Tratados, ubicadas, en vez de a pie de los mismos, al final de su articulado. Tal sería el caso, por ejemplo, del referido Protocolo dedicado al TJUE, así como de otros de contenido igualmente estatutario, como los dedicados al Sistema Europeo de Bancos Centrales y al Banco Central Europeo (Protocolo nº 4) o al Banco Europeo de Inversiones (Protocolo nº 5). También sería el caso de los Protocolos destinados a implementar el contenido de los Tratados en términos más genuinamente sustanciales, como, por ejemplo, el dedicado a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Protocolo nº 2) o a los criterios de convergencia (Protocolo nº 13).

Pues bien, en relación con los mismos, cuyo valor normativo está fuera de toda duda, cabe sostener que su plena integración en los Tratados como parte de los mismos, asumido el respeto, en los términos expuestos, de las exigencias formales y sustanciales que rodean las reformas procedentes de actos institucionales de la Unión, se traduce en la imposibilidad de asumir la existencia de *colisiones* de contenidos. O lo que es igual, las supuestas colisiones entre los Tratados y estos Protocolos han de ser descartadas *vía interpretativa*.

Sentado lo cual, no creo que el peso hermenéutico de unos y otros sea el mismo, pese a formar parte de un todo declarado “del mismo valor”.

En efecto, si se asume, como opino que debe hacerse, la naturaleza de “nota a pie” de dichos Protocolos, parece claro que su objetivo de precisar, detallar o desarrollar el alcance de los Tratados no podría llevarse al extremo de desvirtuarlo (pese alguna interpretación en sentido contrario por el TJUE, como sucedió en su muy comentado y no menos criticado Dictamen 2/13, por el que vetó la adhesión de la UE al CEDH sobre la base de unos argumentos, fundamentados en el Protocolo nº 8 dedicado a tal adhesión sobre la base del artículo 6.2 TUE, difíciles de conciliar con la clara obligación impuesta por el propio artículo 6.2 TUE).

Es más, opino que los Tratados deberían incluso *guiar* la lectura de estos Protocolos, lo cual parece corroborar, al menos por lo que respecta a los principios esenciales contenidos en aquéllos, algunos pronunciamientos del TJUE (por ejemplo, en relación con los Protocolos anejos a los Tratados de Adhesión, en el asunto *Austria v. Consejo*, 2003), que llegó hasta a sugerir en *Kadi e.a. v. Consejo y Comisión* (2008) la existencia de un *núcleo constitucional duro* dentro de los mismos Tratados, constituido por los valores fundamentales de la Unión hoy enunciados en el artículo 2 TUE (y que, en cuanto “comunes a los Estados miembros”, convertirían a los propios valores constitucionales nacionales, dicho sea de paso, en partícipes, esencialmente sobre la base del diálogo judicial al más alto nivel, en la configuración de los valores constitucionales europeos).

Por otro lado, existen también Protocolos, en número igualmente significativo, dirigidos a excepcionar determinadas reglas de los Tratados en relación con determinados Estados (como, por ejemplo, los concernientes a Dinamarca, Francia, Polonia e Irlanda), alguno de los cuales parece hasta tener un dudoso alcance normativo (caso del nº 30, dedicado al alcance de la CDFUE en Polonia -en su origen, también en Reino Unido-, al que se refiere el *asunto N.S.*, 2011). Pues bien, incluso en relación con

tales Protocolos depositarios de regímenes especiales, el TJUE parece otorgar un particular peso hermenéutico, más intenso y acentuado, a los principios fundamentales de los Tratados (como los concernientes a la organización común de los mercados: *asunto Alemania v. Consejo*, 1994), conducente a lecturas restrictivas, o cuanto menos, no expansivas, de dichos regímenes.

* * *

En definitiva, cabría concluir sosteniendo que la única verdad insoslayable que encierra la atribución del “mismo valor jurídico” a todo el Derecho originario sería su *superioridad ordinamental* respecto del Derecho derivado (siempre y cuando se asuma el valor auténticamente normativo, y no meramente interpretativo, de todos y cada uno de sus Protocolos).

Y aun dando por cierta la anterior conclusión, habría aún que matizar que esa superioridad ordinamental no estaría llamada a desplegarse en los mismos términos y con igual intensidad, habida cuenta, sin ir más lejos, de la dicotomía vinculada a la eficacia (o no) directa de las normas constitucionales, o a su condición, si emplazados en la CDFUE, de derechos fundamentales o de más modestos principios rectores, con el legislador como destinatario.

* * *

Por lo demás, la referida superioridad ordinal está lejos, asimismo, de ser exactamente cierta si trasladamos su radio de acción al Derecho de los Estados miembros.

En efecto, una cosa es admitir que el Derecho derivado de la Unión esté subordinado única y exclusivamente al Derecho originario bajo el control último del TJUE, y otra, bien distinta, asumir que tal superioridad del Derecho originario se extienda, sin más, sobre los Derechos nacionales.

Y es que, si bien es cierto que el discurso del TJUE acerca de la primacía total del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno, incluido el de rango constitucional, viene siendo prácticamente el mismo desde el año 1964, no lo es menos que dicho discurso está lejos de ser aceptado, en términos absolutos, por los supremos intérpretes de las Constituciones nacionales que, conviene no olvidar ni banalizar, están en el origen de las cesiones de soberanía sobre las que se fundamenta la propia Unión.

Es el caso, sin ir más lejos, de la posición sostenida por nuestro Tribunal Constitucional, que nunca, siquiera implícitamente, ha llegado a entender en términos de auto-ruptura constitucional la cláusula habilitante para la integración recogida en el artículo 93 de la Constitución; posición que, con distintos matices, ha

sido tradicionalmente compartida, y lo sigue siendo a día de hoy, por un número significativo, en cantidad y en importancia, de los más Altos Tribunales de los Estados miembros.

* * *

De ahí que merezca la pena detenerse en el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional polaco del pasado 7 de octubre (K 3/21), criticado con virulencia tanto en medios políticos como jurídicos por lo que respecta al fallo, todavía en espera, en el momento de redactar estas líneas, de motivación.

La reflexión debe partir exclusivamente, por tanto, del puro fallo, en el que el TC declaró la inconstitucionalidad parcial de los artículos 1, 2, 4 y 19 TUE, por vulneración de hasta 9 preceptos de la Constitución polaca.

Y si nos atenemos estrictamente al fallo, conviene advertir, en primer lugar, que la *supremacía última de la Constitución polaca* sobre cualquier otra norma, incluidas las europeas, no sólo no constituye una nota discordante, según acabo de apuntar, en el concierto de los Altos Tribunales nacionales (sin necesidad de remontarse a la polémica Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de mayo de 2020, cabría mencionar la del Tribunal Constitucional rumano de 8 de junio de 2021, descartando la primacía del Derecho de

la Unión, entendido a la manera del TJUE, en materia de organización judicial interna), sino que reafirma lo que ya había declarado con rotundidad el propio TC polaco hace más de 15 años, en su pronunciamiento de 11 de mayo de 2005.

En efecto, el fallo de 2021 comienza por declarar inconstitucional el proyecto integrador plasmado en el artículo 1 TUE, así como la obligación de asumirlo lealmente (artículo 4.3 TUE), habida cuenta de la deriva tomada, por mor del TJUE, por esa “unión cada más estrecha entre los pueblos europeos”, la cual habría entrado en una “nueva etapa” en la que: 1) la Unión excedería las competencias a ella atribuidas por los Estados miembros; 2) la Constitución dejaría de ser la norma suprema de la República; y 3) la República podría dejar de funcionar, en consecuencia, como un Estado democrático y soberano.

Pues bien, he aquí que el fundamento de semejante discurso, tal cual, podría fácilmente encontrarse en el pronunciamiento de 2005, en el que el TC polaco sostuvo abiertamente que: 1) la naturaleza dinámica de la integración en ningún caso podría conllevar una extensión competencial de la Unión que no fuera fruto de la correspondiente transferencia de soberanía; 2) la adhesión a la Unión en ningún caso podría entenderse hasta el punto de socavar la con-

dición de la Constitución en cuanto suprema norma de la República; y 3) en ningún caso la transferencia de competencias a favor de la Unión podría desembocar en una conversión de ésta como organización soberana en detrimento de la República.

* * *

Volviendo sobre el fallo del pasado mes de octubre, los dos puntos restantes del mismo explican dónde se encontraría ese exceso competencial al que acompañaría una degradación del valor normativo de la Constitución polaca, a saber, en la lectura por el TJUE del artículo 19 TUE, según la cual la obligación allí impuesta a los Estados miembros de “garantizar la tutela judicial efectiva en los asuntos cubiertos por el Derecho de la Unión”, habría que entenderla en el sentido de un apoderamiento a favor de la Unión para entrometerse en la organización y el funcionamiento del poder judicial nacional, hasta el punto de forzar el desplazamiento o desconocimiento de tales normas estructurales y operativas internas, pese al aval constitucional doméstico.

Así las cosas, opino que lo llamativo y a la vez alarmante del fallo (más allá, lo cual no es poco, del hecho de recaer sobre el propio artículo 1 TUE, que define la naturaleza del proyecto europeo de integración) se encuentra no tanto en su contenido mismo, poniendo en

tela de juicio la extensión *in vigilando* de la Unión, *ex* artículos 2 (Estado de Derecho) y 19 (tutela judicial efectiva), sobre los modelos judiciales internos (extensión que arranca de una controvertida doctrina del TJUE sentada en el año 2018, en el *asunto Asociación Sindical de Jueces Portugueses*), como en su autoría y su contexto.

En efecto, el pronunciamiento procede de un TC cuya legitimidad, a partir de la polémica renovación parcial de sus miembros en 2015, ha llegado no sólo a ser cuestionada por la Unión debido a su falta de imparcialidad e independencia, sino a ser repudiada por el TEDH, al declarar éste, en mayo de 2021, que no cumpliría con las exigencias del CEDH para poder ser catalogado como un “Tribunal establecido por ley” (*asunto Xero Flor v. Polonia*).

A esta falta de legitimidad de un TC políticamente secuestrado (que habría que enmarcar en un contexto de reformas judiciales dirigidas a minar la imparcialidad e independencia de todo el poder judicial polaco, y, a su vez, en otro más amplio de cuestionamiento, más allá del Estado de Derecho, de otros valores esenciales de la Unión vinculados a la protección de los derechos fundamentales), habría que añadir, por otro lado, lo que se intuye (habida cuenta, recordemos de nuevo, de que no contamos en el momento de escribir estas líneas

con la fundamentación de la Sentencia) como una desviación, incluso manipulación perversa, del razonamiento de la decisión de 2005.

Entonces, el TC no sólo se alineó con un número ya entonces significativo de los más Altos Tribunales nacionales a la hora de no renunciar a la naturaleza normativa suprema de los correspondientes textos constitucionales, incluso en un contexto integrador como el europeo, sino que también lo hizo al apuntar, correctamente, cuál debería ser el *modus operandi* para evitar la colisión última entre ordenamientos al máximo nivel normativo (i.e., entre la Constitución y los Tratados), abogando por una predisposición recíproca hacia la comprensión y el entendimiento basadas en una “interpretación amigable” (*friendly interpretation*, en versión inglesa del propio TC) no sólo amparada, sino impuesta por el deber mutuo de cooperación leal.

La decisión de 2021, en cambio, lejos de transpirar empatía por el proyecto europeo, trasluce antipatía hacia el mismo, en particular hacia la esencia misma del sistema judicial de la Unión representada por su “piedra angular”, la cuestión prejudicial.

En efecto, es allí donde parece dirigir el TC polaco los tiros al objetar, en el punto 2 del fallo, la deriva *ultra vires* de la Unión hacia

un apoderamiento en favor de los jueces ordinarios para resolver sobre la base de normas declaradas inconstitucionales. Tal fue, precisamente, el argumento esgrimido por el Gobierno polaco, y desestimado por el TJUE el 2 de marzo de 2021 en el *asunto A.B. e.a.*, en su intento por conseguir la inadmisión de las cuestiones planteadas que ponían en tela de juicio, desde la perspectiva de la independencia, el procedimiento de nombramiento de jueces del TS, amparándose en la inconstitucionalidad declarada de la normativa sobre la que se habría fundado la competencia del órgano remitente (el propio TS).

Estaríamos, por tanto, ante lo que podría llegar a calificarse, según adelanté, como una manipulación perversa de la doctrina sentada en 2005, llevada hasta el extremo de fabricar artificialmente una colisión dirigida a erosionar los cimientos mismos de la Unión.

* * *

A la gravedad de tal manipulación habría que sumar, en fin, la muy difícil salida de la encrucijada, también atisbada (y eludida) por el pronunciamiento de 2005, a la que habría conducido esta declarada colisión al máximo nivel ordinamental.

Ya entonces, el TC hizo descansar en la República polaca la decisión soberana de: 1)

proceder a la correspondiente reforma constitucional interna; o 2) alentar la reforma de los propios Tratados; o 3) desvincularse, en última instancia, de la Unión.

Sucede, sin embargo, que la vía de la reforma constitucional interna (como sucedió en 2006, tras la declaración de inconstitucionalidad, por Sentencia de 27 de abril de 2005, del sistema europeo instaurado por la Euro-orden) no parece ser una hipótesis a día de hoy plausible para el ejecutivo polaco (quien sabe si, no obstante, lo será a día de mañana, de fructificar las diversas vías de presión activadas desde la Unión, que abarcan desde la realidad de las multas coercitivas ya impuestas desde Luxemburgo hasta la posibilidad de retener desde Bruselas fondos provenientes del presupuesto europeo y del mecanismo de recuperación y resiliencia).

Y como quiera que aún más ilusoria resulta la vía de una reforma de los Tratados (como excepcionalmente sucedió, por ejemplo, con el Protocolo irlandés sobre el aborto, ante la amenaza de veto a la reforma de Maastricht habida cuenta de la incertidumbre que para los irlandeses suponía la Sentencia *Grogan*, relativa a la libre prestación de servicios médicos constitucionalmente prohibidos en un Estado miembro) para satisfacer las veleidades autoritarias de un Gobierno incompatibles con los

valores esenciales de la Unión, como ilusoria resulta, asimismo, la vía de un “Polexit” (una vez que el Primer Ministro polaco ha reiterado por activa y por pasiva que no tiene la más mínima intención de activar el artículo 50 TUE, y las encuestas entre la ciudadanía muestran un abrumador respaldo a su condición de europeos), parece que la solución terminará girando, tarde o temprano, en torno a la reconsideración del problema por las autoridades polacas, acaso forzadas al máximo desde las instituciones europeas y desde la propia sociedad civil.

No faltarán, en todo caso, quienes se animen a explorar una cuarta vía, la de la expulsión del club, no prevista en los Tratados, pero sí en el Derecho internacional (artículo 60 del Convenio de Viena), del cual se suele renegar cuando los vientos soplan a favor de la integración, pero que se suele percibir con otra mirada, más empática, cuando la integración se enfrenta a situaciones críticas a las que el sistema no parece aportar respuestas, o no parece hacerlo de manera suficientemente satisfactoria.

Para ello, sin embargo, sería necesario superar el escollo de la contundente y reiterada afirmación del TJUE en su Sentencia *Wightman e.a.* de 2018 (segunda, por cierto, de las dos únicas Sentencias dictadas con carácter *plenario* por el TJUE, tras la ya citada *Pringle*, desde

la reforma de Lisboa): “si no puede obligarse a un Estado a adherirse a la Unión contra su voluntad, tampoco se le puede obligar a retirarse contra su voluntad”.

2. La compleja evolución conceptual y práctica de los reglamentos y las directivas.

A pesar de la nítida diferenciación conceptual entre reglamentos y directivas dibujada por el artículo 288 TFUE, cuya redacción, como ya se advirtió, se ha mantenido inalterada al respecto desde los orígenes del precepto en el TCEE, lo cierto es que, con el paso del tiempo, tal nitidez se ha ido difuminando como consecuencia, por un lado, de su manejo por las instituciones políticas europeas, y, por otro lado, de las modulaciones que han ido surgiendo de la mano de la jurisprudencia del TJUE.

* * *

Comencemos por advertir que pese a la literalidad del artículo 288 TFUE, existen reglamentos que, no obstante su condición de normas “directamente aplicables”, requieren en no pocas ocasiones medidas nacionales (a veces también europeas) de desarrollo; y, en lo concerniente a las directivas, que exigen por definición medidas de transposición en un contexto de margen de apreciación en cuanto a formas y medios para llevar a cabo

dicha transposición, encontramos, sin embargo, muchos ejemplos en los que dicho margen es simplemente ficticio, quedando limitada la tarea de transposición a una pura reproducción de la norma europea.

Lo primero no plantea especiales problemas vinculados con la legitimación del poder político europeo para proceder de tal manera, más allá de lo que pudiera considerarse como una desviación conceptual de los términos del artículo 288 TFUE (habida cuenta, cabría decir, de que quien puede lo más podría lo menos).

Lo segundo, en cambio, presenta tintes más discutibles, sobre todo en aquellos ámbitos, pocos pero existentes, en los que el TFUE circunscribe exactamente a las directivas la vía europea de intervención “armonizadora” de las legislaciones nacionales; “armonización” que, más allá de cuál pudiera ser su exacto significado, cotejado en su caso con el de “aproximación” o “coordinación” de disposiciones nacionales, parece situarnos en el terreno, cuanto menos, de una intervención normativa de naturaleza *limitada* por parte de la UE, cuyo desconocimiento por parte de las Instituciones, en términos de restricción del poder normativo nacional, podría denotar una vulneración del capital principio de atribución de competencias, cuyo efectivo ejercicio, como es sabido, está sometido al respeto de los principios de

subsidiariedad y proporcionalidad; esto es, no se trataría sólo de dilucidar si la UE tendría competencia para intervenir en una materia, sino también, en su caso, cómo debería ejercerse la misma.

* * *

La práctica reglamentaria de reclamar medidas de desarrollo fue bendecida por el TJUE en el *asunto Eridiana* (1979): “La aplicabilidad directa de un Reglamento”, sostuvo el TJUE, “no se opone a que el mismo Reglamento faculte a una Institución comunitaria o a un Estado miembro para dictar medidas de aplicación”. Puede incluso suceder que algunas disposiciones reglamentarias, aún completadas por una Decisión europea de ejecución, requieran a su vez medidas nacionales de implementación (*asunto Vlaamse Dierenartsenvereniging y Janssens*, 2011). La habilitación a favor de los Estados miembros, por lo demás, puede ser no sólo expresa, sino también implícita. Así, “cuando una normativa comunitaria no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita en este aspecto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado [actual 4 TFUE] exige de los Estados miembros la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario” (*asunto Comisión v. Grecia*, 68/88).

En síntesis, y recurriendo a las palabras del AG Oe en el *asunto Fédération des entreprises de la beauté* (2018): “De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, en caso de que una disposición de un acto del Derecho de la Unión, incluidos los de naturaleza reglamentaria, requiera medidas de aplicación en el ámbito nacional, los Estados miembros están obligados, con arreglo al principio de cooperación leal, a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar la aplicación plena y completa de esta disposición. El Tribunal de Justicia ha admitido que los Estados miembros no sólo adoptan este tipo de medidas adicionales cuando el Reglamento en cuestión les faculta de manera expresa devolviendo a las autoridades nacionales la tarea de aprobar las normas de aplicación, sino también cuando su acción normativa sea necesaria para proceder a la ejecución completa de las obligaciones derivadas del Reglamento, siempre que los Estados miembros no comprometan ni el alcance ni la eficacia de dicho acto y no pongan en peligro su aplicación uniforme”.

* * *

Por lo que respecta a la práctica de las directivas detalladas (esto es, de contenido genuinamente reglamentario), fue asumida por el TJUE a partir del *asunto Van Duyn* (1974), una vez que en el mismo abrió las puertas a su eficacia directa (que ya había admitido en

1970, en el *asunto Franz Grad*, en relación con las decisiones); eficacia directa que el TJUE vincularía, en pronunciamientos posteriores, con el carácter *preciso e incondicional* de sus disposiciones (en el sentido de “no estar sujetas a ninguna condición ni subordinadas, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros”, y de “imponer una obligación en términos inequívocos”: *asunto Difesa della Cava*, 1994), a su vez relacionado con la *ausencia de margen de apreciación* de los Estados miembros a la hora de proceder a su transposición en el ordenamiento interno (*asunto Faccini Dori*, 1994).

El debate, desde entonces, se centró, esencialmente, en la progresiva delimitación de los contornos de la eficacia directa de tales directivas detalladas, sin que en ningún momento se pusiera en tela de juicio la legitimidad misma, desde una perspectiva constitucional, de dichas directivas.

Así, y salvo error por mi parte, sólo en una ocasión se llegó a vislumbrar el problema en sede judicial europea. Concretamente, por el AG Saggio, quien en sus Conclusiones formuladas en el *asunto Kortas* (1999), se planteó la referida legitimidad, sin ahondar en la cuestión, en relación con aquellos supuestos en los que el Derecho originario contemplara las directivas

como único (y acaso y por ello, y aquí estaría el interrogante, exclusivo) instrumento de intervención por parte de la Unión. Lo hizo en los siguientes términos: “No debe excluirse la utilización de disposiciones como los Reglamentos o las denominadas *Directivas detalladas*, que, de hecho, no conceden ningún margen de discrecionalidad al ordenamiento jurídico nacional para determinar las formas y los plazos necesarios para alcanzar el resultado previsto en las mismas. En términos abstractos, *si bien cabe cuestionar la legitimidad de los citados actos en aquellos supuestos en los que el Tratado obliga a utilizar una Directiva*, como ocurre con el artículo 100, no puede negarse la plena legitimidad de la Directiva detallada cuando la propia norma primaria no vincula al legislador comunitario en la elección del acto que debe emplearse, como es precisamente el caso del artículo 100 A”. Si bien las referencias eran entonces al articulado del TCE concerniente a la “aproximación de las legislaciones”, hoy sustituido por el del TFUE (concretamente, por sus artículos 114 y ss.), el artículo 115 de éste también contempla las directivas como *único instrumento de intervención* para aproximar los Derechos nacionales que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior. Y otro tanto sucede con otros artículos repartidos a lo largo del TFUE, como por ejemplo el 23 (en el ámbito de la protección diplomática de los ciudadanos de la Unión); el

50, el 52 y el 53 (libertad de establecimiento); el 59 y el 60 (libre prestación de servicios); el 83 (cooperación judicial en materia penal); o, en fin, el 153.2 *b*) (política social).

En cualquier caso, poco recorrido parece que habría tenido un cuestionamiento de la legitimidad de las directivas detalladas en los términos expuestos, habida cuenta, entre otras razones, de la doctrina de los poderes implícitos y de la deferencia hacia el legislador europeo, dentro de cuyos contornos se mueve con tanta naturalidad el TJUE.

* * *

Interiorizada así, a estas alturas de la evolución del sistema europeo de integración, la legitimidad de las directivas y los reglamentos que no responden a su definición *ex* artículo 288 TFUE (o que no lo hacen con exactitud), se suscitan al respecto múltiples problemas e interrogantes con los que tienen que lidiar casi a diario los operadores jurídicos, incluidos los jueces de Luxemburgo; problemas e interrogantes que se acentúan, sobremanera, cuando el poder político europeo decide mezclar o combinar ambos instrumentos normativos.

Un buen ejemplo de tan discutible práctica lo encontramos en las modificaciones *parciales* de directivas realizadas a través de reglamentos. He destacado que el problema radica en

la naturaleza *parcial* de tales reformas, porque la plena sustitución de una directiva por un reglamento no genera, en principio, desajustes en el sistema de fuentes, asumido, claro está, el respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

El referido problema, expuesto sencillamente, surge en los siguientes términos: el o los artículos de la directiva modificados a través de uno o varios preceptos reglamentarios, ¿han de considerarse, en función de su origen, preceptos de naturaleza precisamente reglamentaria?, ¿o adquieren, en función de su destino, la misma condición que el resto del articulado de la directiva en la que se incardinan? Con otras palabras, el valor y los efectos de los preceptos reformadores, ¿se encuentra en la forma de la modificación?; o, por el contrario, ¿heredan el valor y los efectos de los preceptos reformados, mimetizándose con la parte de la directiva no modificada? En definitiva: el instrumento resultante tras la modificación, visto al completo, ¿es un acto de la Unión híbrido, en parte directiva, en parte reglamento?, ¿o ha de identificarse, todo él, como una directiva?

La respuesta a tal interrogante reviste una trascendental importancia no ya teórica, sino también, y fundamentalmente, práctica, habida cuenta de que aun dotada de contenido idéntico, el valor y los efectos de una dispo-

sición varía en función de que formalmente sea considerada como un reglamento o una directiva.

* * *

En efecto, si, pese a tener en su origen naturaleza reglamentaria, se llegara a considerar que se produciría una mimetización del precepto reformador con la directiva en la que estaría llamado a integrarse, éste, *al margen por completo de su contenido*, esto es, ya fuera absolutamente preciso e incondicional, ya dejara cierto margen de maniobra a los Estados miembros en su implementación, exigiría en todo caso, según jurisprudencia consolidada del TJUE, su transposición mediante instrumentos dotados de fuerza vinculante y de una publicidad adecuada.

Si, por el contrario, se estimara que el precepto reformador conservaría en todo caso su naturaleza reglamentaria de origen, la regla general, en principio y según jurisprudencia igualmente consolidada del TJUE, sería la prohibición de su recepción o reproducción en una disposición interna. No obstante, encontramos alguna que otra excepción a dicha regla, como la del *asunto Comisión v. Italia* (272/83), donde el TJUE admitió la reproducción de ciertos preceptos reglamentarios en disposiciones regionales internas, en un contexto de amalgama normativa (europea, estatal

y regional) en el que dicha reproducción no haría sino facilitar la coherencia de tal normativa y su mejor comprensión por parte de sus destinatarios; ello en el bien entendido de que una operación semejante en ningún caso podría llevarse hasta el extremo de encubrir el origen reglamentario europeo de la disposición (lo cual, en mi opinión, debería traducirse en una exigencia imperativa de advertir de algún modo, en la norma nacional reproductora, el origen reglamentario de la misma, aunado a su aplicabilidad directa).

Por otro lado, distintos serían también los efectos derivados de vacíos normativos internos, o incompatibilidades con el Derecho nacional, en función de la naturaleza atribuida al precepto europeo reformador.

Así, si se aceptara su efecto mimético con la directiva modificada, no cabría, en ningún caso, su directa utilización, por parte del poder público interno, en contra de los particulares (la conocida como “eficacia vertical descendente”); límite éste inexistente, en cambio, si se asumiera su naturaleza reglamentaria.

Del mismo modo, todas las sutilezas que rodean la posible eficacia de las directivas en los litigios *inter privatos* (la conocida como “eficacia horizontal”), a las que me referiré más adelante, desaparecerían, en aras de una

aplicabilidad plena, si se aceptara la naturaleza en todo caso reglamentaria de la modificación.

* * *

La problemática a la que me vengo refiriendo afloró en el Dictamen del Consejo de Estado 249/2021, de 6 de mayo. Concretamente, se trataba de dictaminar acerca del Proyecto de Real Decreto por el que se modificaría el Real Decreto 178/2004, por el que se aprobó el reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, reguladora de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados.

Según el Consejo de Estado, lo único que buscaba el proyecto era “asegurar, mediante su inclusión en el Reglamento General que transpuso en su día la Directiva 2001/18/CE, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y sus posteriores modificaciones, la aplicación en España *de la modificación introducida por el artículo 9 del Reglamento (UE) 2019/1381 en la mencionada Directiva 2001/18/CE*” (Reglamento europeo cuyo título, dicho sea de paso, no tiene desperdicio: “Reglamento (UE) 2019/1381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre la transparencia y la sostenibilidad de la determinación o evaluación del riesgo en la UE en la cadena alimentaria, y por el que se modifican los Regla-

mentos (CE) n.º 178/2002, (CE) n.º 1829/2003, (CE) n.º 1831/2003, (CE) n.º 2065/2003, (CE) n.º 1935/2004, (CE) n.º 1331/2008, (CE) n.º 1107/2009 y (UE) 2015/2283, y *la Directiva 2001/18/CE*”).

Pues bien, sin entrar en mayores disquisiciones, el Consejo se limitó a estimar pertinente la necesidad de dejar claro en el preámbulo la relevancia del mencionado artículo 9 del Reglamento 2019/138.

Un poco más allá, sin embargo, iba el texto del preámbulo sometido a su consulta (y mantenido en su versión definitiva) a la hora de aportar pistas al aplicador de la norma acerca de la naturaleza y efectos de las modificaciones introducidas internamente, apuntando, indicaría y creo que correctamente, hacia la tesis de la determinación de su naturaleza y sus efectos en función, atendiendo al plano europeo de la reforma, de su origen (reglamento), y no de su destino (directiva).

“El artículo 9 del Reglamento (UE) 2019/1381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019”, rezaría finalmente el preámbulo del Real Decreto 406/2021, de 8 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 178/2004, “introduce una serie de modificaciones en la Directiva 2001/18/CE, del Parlamento Europeo y del

Consejo de 12 de marzo de 2001, relativas a los formatos de la presentación de los datos y la confidencialidad, que *deben ser contempladas en la legislación nacional, sin perjuicio de la eficacia y aplicabilidad directas de dicho reglamento*. Este artículo 9 es el relevante a efectos del proyecto, pues es el dedicado a la actividad que el Reglamento aprobado por el Real Decreto 178/2004 viene regulando hasta la fecha, y ha modificado cuatro artículos concretos de la Directiva 2001/18/CE que el citado Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, transpuso al derecho interno, luego su texto ha quedado claramente desfasado y debe actualizarse para ajustarse a los nuevos artículos de dicha directiva. Por consiguiente, *los nuevos artículos que contienen en el plano nacional las recientes modificaciones de la Directiva son reproducción del nuevo contenido de la misma dado por el artículo 9 del Reglamento (UE) 2019/1381*”.

* * *

Similar problemática a la recién referida, por cuanto encierra una operación de combinación, es la derivada de las directivas implementadas, en el nivel europeo, a través de reglamentos de ejecución.

Es el caso, por poner un ejemplo que tiende a multiplicarse, de la *Directiva (UE) 2019/904* del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa

a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente, combinada con el *Reglamento de Ejecución* (UE) 2020/2151 de la Comisión, por el que se establecen normas sobre las especificaciones armonizadas del mercado de los productos de plástico de un solo uso enumerados en la parte D del anexo de la Directiva (UE) 2019/904.

Según el artículo 5 de la Directiva, los Estados miembros prohibirán (a partir del 3 de julio de 2021) la introducción en el mercado de los productos de plástico de un solo uso enumerados en la parte B del anexo y de los productos fabricados con plástico oxodegradable.

El artículo 7, por su parte, establece que los Estados miembros velarán por que cada uno de los productos de plástico de un solo uso enumerados en la parte D del anexo (a saber: compresas y tampones, toallitas húmedas para higiene personal y uso doméstico, productos del tabaco con filtros y filtros comercializados para utilizarse con tabaco, y vasos para bebidas), lleve, en su envase o en el propio producto, una marca bien visible, claramente legible e indeleble que informe a los consumidores sobre: a) las opciones adecuadas de gestión de los residuos del producto o los medios de eliminación de los residuos que deben evitarse para ese producto, en consonancia con la jerarquía de residuos; y b) la presencia de

plásticos en el producto y el consiguiente impacto medioambiental negativo de los vertidos de basura dispersa o de los medios inadecuados de eliminación. A tales efectos, el propio artículo 7 habilita a la Comisión para que, a más tardar el 3 de julio de 2020, adopte un acto de ejecución que establezca las especificaciones armonizadas relativas al mencionado mercado. A ello respondió el citado Reglamento de Ejecución 2020/2151 (que postpuso su aplicabilidad al 3 de julio de 2021, fecha, recordemos, de finalización del plazo de transposición de la Directiva que venía a ejecutar).

Así las cosas, cabría interrogarse acerca de qué consideración habría de presidir la determinación de la eficacia de este último *en caso de ausencia de transposición o de transposición incorrecta de la Directiva* (como de hecho ha sucedido en nuestro país, donde a fecha de 3 de julio de 2021, ni se había transpuesto la mencionada Directiva, ni se esperaba tal transposición en el momento de escribir estas líneas): ¿habría que reputar que la referida infracción correría una suerte de prolongación sobre el Reglamento, de modo que la eficacia de éste se vería extraordinariamente restringida en el ámbito de los litigios horizontales y absolutamente imposibilitada en su faceta vertical descendente?, ¿o habría que deslindar por completo la vida del Reglamento respecto de la vida de la Directiva (asumido el pleno

respeto por aquél de los términos de la habilitación confeccionada por ésta), de manera que el Reglamento desplegaría su normal eficacia (su aplicabilidad directa) frente a todos, al margen de la naturaleza, pública o privada, de los protagonistas del litigio?

Aun a sabiendas de lo disfuncional que resulta aceptar, desde un punto de vista conceptual, la plena eficacia de un reglamento insertado en una directiva no transpuesta como debiera (y carente, por ello, de esa misma eficacia plena), así como admitir, desde un punto de vista práctico, una mayor capacidad represiva del sistema, considerado en su conjunto (a partir de la Directiva misma) y a la luz del objetivo principal perseguido (protección del medio ambiente), de las situaciones menos gravosas (el no respeto del mercado en productos permitidos frente a la introducción en el mercado de los prohibidos), me inclino, al igual que en el supuesto anteriormente analizado (reforma de directiva por reglamento), por la aceptación de la vida autónoma del reglamento, sobre la base de la mayor intensidad posible del *principio del efecto útil* del Derecho de la Unión, de tanto peso y relevancia en la jurisprudencia del TJUE.

De hecho, la tesis aquí defendida podría encontrar cierto respaldo en una serie de sentencias dictadas por el TJUE a partir de enero de

2008 (*asuntos acumulados Viamex Agrar Handel y ZVK*), con ocasión de la no restitución por exportaciones de animales por incumplimiento de la Directiva 91/628/CEE, sobre protección de los animales durante el transporte.

El contexto jurídico era el siguiente: el Reglamento (CEE) 805/68, del Consejo, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la carne de bovino, supeditaba (en su versión modificada en 1997) el pago de las restituciones por exportación de animales vivos al respeto de la normativa comunitaria sobre el bienestar animal y, particularmente, sobre la protección de los animales durante su transporte. Mediante Reglamento (CE) 615/98, la Comisión estableció disposiciones específicas de aplicación al respecto; concretamente, dispuso que el pago de las restituciones por exportación de animales vivos de la especie bovina estaría supeditado al cumplimiento, durante el transporte de esos animales hasta el primer punto de descarga en el tercer país de destino final, de las exigencias de la Directiva 91/628/CEE del Consejo, sobre la protección de los animales durante el transporte.

En dicho contexto, la autoridad aduanera alemana denegó unas solicitudes de restitución sobre la base del incumplimiento por las empresas solicitantes de las exigencias de la

Directiva, dando lugar a unos litigios a raíz de los cuales el tribunal competente suscitó al TJUE la cuestión de si resultaba válido el Reglamento 615/98, en la medida en que vinculaba la concesión de las restituciones por exportación al cumplimiento de la Directiva 91/28 (adviértase, de la Directiva directamente, no de las correspondientes normas nacionales de transposición).

Pues bien, el TJUE, tras recalcar que “con arreglo a reiterada jurisprudencia, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular”, matizó a continuación que “no obstante, no cabe excluir, por principio, que las disposiciones de una directiva puedan aplicarse mediante una remisión expresa que realice un reglamento a sus disposiciones, siempre que se respeten los principios generales del Derecho y, en particular, el principio de seguridad jurídica”.

Y partiendo de semejante matización, desestimó las alegaciones acerca de la vulneración de dicho principio debido a la naturaleza *genérica* de la remisión del Reglamento 615/98 a la Directiva 91/628 (en la medida en que supuestamente abarcaría todas las disposiciones de esta última), argumentando que tal remisión, en la medida en que se referiría a los requisitos para la concesión de las restituciones, no podría interpretarse en el sentido de abarcar todas las

disposiciones de la Directiva y, concretamente, las que no tendrían relación alguna con el objetivo principal por ella perseguido (el bienestar de los animales vivos, en particular durante su transporte).

* * *

Por lo demás, las patologías nacionales vinculadas a la transposición de las directivas siguen provocando múltiples precisiones y matizaciones en la jurisprudencia del TJUE y la literatura académica, algunas de ellas rodeadas de interrogantes teóricos por resolver y de dificultades prácticas por superar.

Así sucede con la *eficacia horizontal de las directivas*, a la que ya me he referido, cuya negación tajante en el *asunto Faccini Dori* (1994) daría paso a una serie de ulteriores mitigaciones que se podrían condensar, por un lado, en la posibilidad de oponerse a la aplicación de reglamentaciones técnicas nacionales adoptadas vulnerando las obligaciones derivadas de la Directiva por la que se establece el procedimiento de información a la Comisión en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (obligaciones en un principio recogidas en la Directiva 83/189/CEE, hoy codificadas en la Directiva UE 2015/1535); (tal posibilidad fue admitida por el TJUE en los *asuntos CIA Security International*, 1996, *Unilever*, 2000 y *Airbnb Ireland*, 2019; por otro lado, en la posibilidad

de aplicar aquellas directivas que concreten principios generales del Derecho de la Unión, la cual, admitida en el *asunto Mangold* (2005), y reafirmada en el *asunto Küçükdeveci* (2010), sería posteriormente extendida al terreno de la CDFUE, llegando aquí el TJUE a puntualizar que en el supuesto de infracciones de directivas de concreción de derechos fundamentales, serían éstos en cuanto tales, interpretados de manera integradora (esto es, junto con las directivas en cuestión), los llamados en su caso a desplegar plenamente sus efectos, también en el contexto de litigios *inter privatos* (*asuntos Egenberger, Bauer e.a. y Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, 2018).

* * *

Por lo que respecta a la primera posibilidad recién referida, de inaplicación horizontal de las normas y reglamentaciones técnicas nacionales por vulneración de las obligaciones hoy codificadas en Directiva UE 2015/1535, podría plantearse su posible extensión, por analogía, a los supuestos de incumplimiento del deber de comunicación o información a la Comisión que todas las directivas suelen contener en la parte final de su articulado, en relación con las medidas nacionales adoptadas en su ámbito correspondiente (valgan como ejemplo, por aquello de haberlas mencionado *supra*, los artículos 34.2 de la Directiva 2001/18, 17.2 de

la Directiva 2019/904 y 21.1 de la Directiva 91/628).

Tal posibilidad, sin embargo, debe descartarse en la medida en que, como aclaró el propio TJUE en el *asunto Smith* (2018), el incumplimiento de las obligaciones derivadas del procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas establecidas en la Directiva 83/189 (después en la 2015/1535) constituiría un “vicio sustancial de procedimiento” del que adolecería la adopción de dichas normas y reglamentaciones nacionales, por vulneración de una Directiva que no generaría derechos ni obligaciones para los particulares, ni definiría el contenido material de la norma sobre cuyo fundamento el juez nacional tendría que resolver el litigio ante él pendiente; motivos éstos muy particulares por los cuales no resultaría pertinente su doctrina excluyente de la eficacia horizontal.

Aclarado lo cual, conviene advertir que la afirmación del TJUE acerca de la ineptitud de la referida Directiva para generar “derechos” a favor de los particulares, al tiempo que permitiría a ésta desplegar su eficacia en los litigios *inter privatos*, impediría, debido a esa misma ineptitud, amparar una acción de responsabilidad contra el Estado infractor, al faltar el primero de los elementos exigidos por la doctrina del TJUE al respecto, a saber y precisamente,

que la norma europea infringida confiera derechos a los particulares (*asunto Berlington Hungary e.a.*, 2015).

Por otro lado, lo anterior no debe desvirtuar la finalidad del procedimiento exigido por la Directiva, que no sólo concierne a la Comisión, sino también a los demás Estados miembros (distintos del autor de las medidas técnicas) y a los particulares. Como declaró el TJUE en el *asunto Ince* (2016), la Directiva “tiene por objeto, en primer lugar, garantizar un control preventivo de los reglamentos técnicos que pretende adoptar un Estado miembro permitiendo que la Comisión y los demás Estados miembros tengan conocimiento de ellos antes de su adopción”; y, en segundo lugar, “permitir que los operadores económicos aprovechen mejor las ventajas del mercado interior al garantizar la publicación periódica de las reglamentaciones técnicas proyectadas por los Estados miembros y al establecer los mecanismos necesarios para que los operadores económicos puedan dar a conocer su apreciación sobre la repercusión de éstas”.

En fin, dicho sea de paso y a modo de excurso, el *asunto Smith* (2018), recién referido, no guarda relación alguna con el *asunto Smith & Nephew y Primecrown* (1996), que abordó la eficacia de las directivas desde una perspectiva que también implicaba a particulares,

pero diferente al problema de la horizontalidad sobre el que venimos reflexionando. Me refiero a aquellos supuestos en los que un particular solicita la aplicación de una directiva frente a una autoridad pública (activando así su “eficacia vertical ascendente” frente a las ausencias de transposición y las transposiciones incorrectas), a resultas de la cual deriva un daño o un perjuicio colateral para un tercero (como sucede con cierta frecuencia en el terreno de la contratación pública y del medio ambiente). Pues bien, en tales supuestos, diferentes de aquellos de litigación *inter privatos*, el TJUE admite con naturalidad el despliegue de la eficacia de las directivas frente a las infracciones de los Estados miembros (como en *Smith & Nephew* y *Primecrown*, donde se admitió la invocabilidad de una Directiva en el contexto de una impugnación por una empresa de una autorización de comercialización concedida a otra vulnerando, supuestamente, la Directiva en cuestión).

Por lo demás, restringida en los términos expuestos la eficacia horizontal a la inaplicación de la normativa nacional adoptada infringiendo las obligaciones que derivan específicamente de la Directiva sobre el procedimiento de información en materia de normas y reglamentos técnicos, una reciente Sentencia del TJCE en formación de Gran Sala, resolviendo el *asunto Thelen Tecnopark Berlin* (2022), ha

venido, en la línea marcada por el *asunto Smith*, a repudiar la referida horizontalidad al margen de la referida Directiva, incluso a efectos pura y exclusivamente reaccionales (lo que en la jerga académica, de la que se hace eco el AG Szpunar, se conoce como “efecto escudo”); y ello, pese a existir, en su caso, una declaración previa de incompatibilidad, en el marco de un proceso por incumplimiento, de la normativa nacional con la directiva en juego.

* * *

En lo que concierne a la posibilidad apuntada *supra* de aplicar aquellas directivas que concreten principios generales del Derecho de la Unión, debe recordarse que no sólo nació rodeada de polémica (con el Tribunal Constitucional Federal alemán llegando a ejercitar en 2010, en su Sentencia conocida como *Honeywell*, el control *ultra vires* sobre *Mangold*), sino que incluso terminaría provocando la segunda rebelión de un Alto Tribunal nacional frente a Luxemburgo, tras la del Tribunal Constitucional checo en 2012 (*asunto Holubec*) en la que, a diferencia de su homólogo alemán, declaró, *expressis verbis*, que el TJUE había incurrido en *ultra vires* en el *asunto Landtová* (2011).

La segunda rebelión a la que me refiero (*peccata minuta*, como la primera checa, si comparadas ambas con la polaca reseñada en

el apartado anterior), vinculada al tema que nos ocupa (admisión de la eficacia horizontal de las directivas), procedió del Tribunal Supremo danés (2016, *asunto Ajos*), que rechazó que el principio de no discriminación por razón de edad pudiera desplegar en Dinamarca efectos directos (y, por tanto, imponer obligaciones a los individuos), desautorizando así la respuesta a las cuestiones prejudiciales por él mismo suscitadas al TJUE en el *asunto DI* (2016); respuesta que no hacía sino seguir la vía abierta por *Mangold*.

Superada la rebelión por la vía del más absoluto mutismo de Bruselas y Luxemburgo, lo cierto es que la doctrina sentada en *Mangold* terminó por vincularse a la CDFUE, dando lugar a una cada vez más elaborada jurisprudencia que podría sintetizarse, como adelanté, en los siguientes términos: en el supuesto de directivas de concreción de derechos incluidos en la CDFUE, serían estos últimos en cuanto tales, interpretados de manera integradora (esto es, junto con las directivas en cuestión), los llamados a desplegar, en caso de ausencia de transposición o de transposición incorrecta, plenos efectos (esto es, también en el contexto de litigios *inter privados*).

Pero para ello, se precisa que los derechos de la CDFUE sean plenamente “autosuficientes”; lo cual excluye aquellos otros que no lo

son (manifiestamente, los que presentan naturaleza de “principios rectores”, necesitados de concreción por el legislador, ya europeo, ya nacional).

Ejemplos de los primeros: la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en relación con los artículos 21 (prohibición de cualquier discriminación basada en la religión o las convicciones) y 47 (tutela judicial efectiva) de la CDFUE, suficientes por sí solos y no necesitados de desarrollo por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares derechos subjetivos invocables como tales (*asunto Egenberger*); o la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con el artículo 31.2 (derecho del trabajador a un período de vacaciones anuales retribuidas) de la CDFUE, el cual “se caracteriza porque su existencia ha sido establecida de forma imperativa y a la vez incondicional por cuanto, efectivamente, no requiere ser concretado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, las cuales únicamente deberán precisar la duración exacta de las vacaciones anuales y, en su caso, ciertos requisitos para el ejercicio del derecho” (*asuntos Bauer e.a. y Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*).

Ejemplo de los segundos: la Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores, en relación con el artículo 27 CDFUE, el cual prevé que deberá garantizarse a los trabajadores, en los niveles adecuados, la información y consulta en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales. Asumido por el TJUE que aunque la referida Directiva no prescribiría a los Estados miembros el modo de tomar en consideración a los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación para calcular el número de trabajadores empleados, sí les obligaría, no obstante y en términos precisos e incondicionales, a tenerlos en cuenta, negó la posibilidad de los efectos de tal obligación en un contexto litigioso horizontal, siquiera por la vía de una incorporación integradora en la interpretación del artículo 27 CDFUE, al no ser éste un derecho “autosuficiente”, pues “del texto del artículo 27 de la Carta resulta con claridad que, para que ese artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser precisado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional” (*asunto Association de Médiation Sociale*, 2014).

* * *

No ha sido la eficacia horizontal de las directivas, como adelanté, la única cuestión

que ha dado lugar a debate tanto en el mundo académico como judicial; al contrario, existen otras sombras, lagunas, imperfecciones si se prefiere, también vinculadas a las precisiones y matizaciones que la jurisprudencia del TJUE ha ido aportando con los años en relación con las patologías nacionales surgidas con ocasión de la transposición de tales genuinas fuentes del Derecho de la Unión.

Es el caso de la eficacia de las directivas, detalladas o no, en el período que media entre su entrada en vigor y la fecha límite de su transposición, tanto en términos aplicativos como interpretativos.

* * *

Por lo que respecta a los primeros, parece claro, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, que las directivas no pueden desplegar eficacia aplicativa alguna, antes de la finalización del plazo de transposición, frente a normativa nacional preexistente a su entrada en vigor, o, simplemente, frente a vacíos normativos que no serían sino el reflejo de la inacción del legislador, en sentido amplio de la expresión, interno (*asunto Rieser Internationale Transporte*, 2004). Sí que ha admitido el TJUE dicha eficacia, en cambio, cuando los Estados miembros despliegan cierta actividad normativa *tras la entrada en vigor* de las directivas y antes de la finalización de su plazo de transposición

(como también ha afirmado el TJUE que “el hecho de que un Estado miembro haya aprobado una normativa contraria a una directiva de la Unión *antes de la adopción* de dicha directiva no constituye, como tal, una violación del Derecho de la Unión, puesto que la consecución del resultado prescrito por dicha directiva no puede considerarse gravemente comprometida antes de que esta forme parte del ordenamiento jurídico de la Unión”: *asunto Vysocina Wind*, 2022).

Partiendo de tales premisas, se ha de destacar que constituye un auténtico reto, particularmente para los jueces nacionales, llegar a determinar cuándo habría que entender esa actividad nacional, producida antes de la finalización del plazo de transposición, como idónea a los efectos de considerarla como una “transposición anticipada”, apta para posibilitar, antes de la finalización de dicho plazo, el despliegue de efectos aplicativos por la directiva en el caso de que la transposición en cuestión resultara incorrecta o insuficiente.

La dificultad del reto viene determinada, fundamentalmente, por la ardua tarea que conlleva concretar, en la práctica, las pautas marcadas por el TJCE al respecto hace ya 25 años, en el *asunto Inter-Environnement Wallonie* (1997), vinculando esa “transposición anticipada” a que la misma pudiera llegar a

“comprometer gravemente el resultado prescrito por la directiva”.

Para tan sutil labor de apreciación, apuntó entonces el TJUE, el juez nacional “deberá, en particular, examinar si las disposiciones controvertidas se presentan como una adaptación completa del Derecho interno a la Directiva, así como los efectos concretos de la aplicación de las disposiciones que no se ajustan a ésta y su vigencia en el tiempo”. “Por ejemplo”, precisó aún más el TJUE, “si las disposiciones controvertidas se presentan como la adaptación definitiva y completa del Derecho interno a la Directiva, su incompatibilidad con ésta podría hacer presumir que el resultado en ella prescrito no se alcanzará en los plazos señalados si, además, es imposible su modificación dentro del plazo. A la inversa, el órgano jurisdiccional nacional podría tener en cuenta la facultad de que dispone un Estado miembro para adoptar disposiciones provisionales o dar ejecución a la Directiva por etapas. En tal caso, la incompatibilidad de las disposiciones transitorias del Derecho nacional con la Directiva o la no adaptación del ordenamiento jurídico interno a determinadas disposiciones de la Directiva no comprometería necesariamente el resultado prescrito por ésta”.

Poca ayuda complementaria para los jueces nacionales ha aportado desde entonces la

jurisprudencia del TJUE, pudiendo si acaso destacarse la aclaración de que tal comprobación debe realizarse, necesariamente, desde una apreciación global, teniendo en cuenta el conjunto de las políticas y medidas adoptadas en el territorio nacional de que se trate, de modo que una medida singular específica no parecería capaz, por sí sola, de comprometer gravemente el resultado prescrito por una directiva dada (*asunto Stichting Natuur en Milieu e.a.*, 2011).

* * *

En lo que concierne, por otro lado, a los efectos puramente interpretativos de las directivas, parece indiscutible que el apoderamiento en favor de los jueces nacionales para aplicar las directivas en un contexto de “transposición anticipada” (esto es, frente a las medidas nacionales adoptadas tras su entrada en vigor que pudieran comprometer gravemente su resultado una vez finalizado el plazo de transposición), lleva aparejado el previo de escudriñarlas sobre la base del principio de interpretación conforme (*qui potest plus, potest minus*).

En un marco, sin embargo, de legislación interna inepta para ser considerada como una “transposición anticipada”, el TJUE, frente a la desnudez de cualquier efecto aplicativo de las directivas, ha admitido ciertos efectos hermenéuticos, sustituyendo la obligación de una interpretación conforme por una más débil del

juez nacional de “abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta” (*asunto Adeneler e.a.*, 2006).

La diferencia entre ambas obligaciones, a veces indebidamente mezcladas en el seno del propio TJUE (como hizo, por ejemplo, la AG Trstenjak en el *asunto Budějovický Budvar*, 2011), parte de la naturaleza *positiva* de la primera frente a *negativa* de la segunda, propia ésta de toda abstención.

Sentado lo cual, un paso más a los fines de distinguir el alcance de ambas obligaciones podría venir de la mano de la actitud exigida al juez en presencia de jurisprudencia concerniente al Derecho nacional vigente en el momento de la entrada en vigor de la directiva de que se trate (o del adoptado con posterioridad, siempre y cuando el mismo *no* pueda llegar a considerarse una transposición anticipada).

Así, mientras que “la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de *modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada* si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los

objetivos de una Directiva” (*asunto DI*, 2016), el deber de abstención no obligaría, en términos de acción positiva, a modificar semejante jurisprudencia, aunque si impediría, en términos negativos, una modificación *in pejus* de la misma, conducente a acentuar o intensificar semejante incompatibilidad (pudiendo traerse a colación, *mutatis mutandis*, la afirmación del AG Mancini en el *asunto Teuling*, 1987, en relación con el deber de abstención de los *poderes normativos* nacionales, según la cual “si bien no hay duda de que el [el plazo de transposición] implica el poder de mantener en vigor disposiciones o prácticas no conformes, es también cierto que no incluye la facultad de *agravar la disconformidad* a la cual la Directiva pretende poner coto”).

En definitiva, mientras que en el terreno de la interpretación conforme, pudiendo existir ésta, no cabría otra, tratándose del deber de abstención, pudiendo también existir una interpretación conforme, ésta no cerraría las puertas a otras interpretaciones no ya menos conformes, sino incluso disconformes, siempre y cuando, y aquí estaría la clave, tal disconformidad no responda a un comportamiento por parte del juez nacional incorrecto (por omitir la toma misma en consideración de la directiva ya en vigor al interpretar el Derecho interno) o incluso desleal (mediante una manipulación del sistema nacional de cánones hermenéuticos

o una modificación *in pejus* de su jurisprudencia), susceptible de desembocar en un riesgo grave (esto es, de no escasa entidad) y continuo (superado el plazo de transposición) para los objetivos de la directiva (habiendo por ejemplo considerado el TJUE que un “dictamen” de un Tribunal Supremo de Casación, *no obligatorio* para los órganos jurisdiccionales inferiores, “no está en condiciones, por sus características, de comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva, la realización de los objetivos prescritos por ésta”: *asunto Milev*, 2016).

* * *

En fin, el más trillado principio de interpretación conforme también ha planteado por su parte, en la práctica judicial y en no pocas ocasiones, problemas de delimitación con lo que sería no ya una interpretación conforme, sino una aplicación pura y dura de la directiva en detrimento de la legislación nacional, lo cual reviste una particular importancia cuando la directiva en cuestión no puede desplegar efectos aplicativos por la naturaleza horizontal del litigio o porque dichos efectos sean pretendidos por el Estado incumplidor contra en particular, como, por ejemplo, sucedió en el asunto abordado por el TS en su Sentencia de casación de 10 de junio de 2021, con la incompatibilidad entre el IVA y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documenta-

dos, modalidad “Transmisiones Patrimoniales Onerosas”, como trasfondo.

El contexto: habiendo tributado la sociedad implicada, en concepto de IVA, por una compraventa de fincas a otra sociedad, la autoridad tributaria, negándole la condición de “empresario” para soportar el IVA, le exigió tributar, en detrimento de sus arcas, por Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

En ese contexto, se trataba de dilucidar si debía mantenerse una interpretación literal del artículo 5 de la Ley del IVA (en su versión anterior a la reforma de 2008), según la cual se reputarían en todo caso empresarios, a los efectos del IVA, las sociedades mercantiles, por cuanto admitir una interpretación distinta, consistente en considerar (conforme a la jurisprudencia del TJUE) que la condición de empresarios a tales efectos exigiría una actividad empresarial (exigencia que no se cumpliría en el caso, como del de autos, de sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes), “supondría aceptar la producción de un efecto directo descendente de una directiva, lo que también se encuentra prohibido por la jurisprudencia del TJUE”, decantándose el TS, en aras de la máxima protección de los particulares frente a la falta de diligencia del legislador nacional en su labor de transposición, por la primera de las interpretaciones reseñadas.

Conviene advertir, por lo demás, que en no pocas ocasiones ha sido el propio TJUE el que ha alimentado la confusión al difuminar la frontera de la interpretación conforme y la eficacia directa en favor de esta última, amparada en una desorbitada apelación al “efecto útil” del Derecho de la Unión, en general, y de las directivas, en particular. Sin ir más lejos, es lo que sucedió en el *asunto Marleasing* (1990), célebre por extender el principio de interpretación conforme sobre el conjunto del Derecho nacional (en el caso de autos, español), más allá de la normativa de transposición.

3. El rol de los principios generales del derecho, en particular en su vertiente de derechos fundamentales.

Los principios generales *del Derecho de la Unión* sólo aparecen mencionados en un artículo de los Tratados; concretamente, en el apartado 3 del artículo 6 TUE, introducido por el Tratado de Lisboa. A los principios generales *del Derecho de los Estados miembros* se refiere, por su parte y conservando la misma redacción original del TCEE, el párrafo segundo del artículo 340 TFUE.

Según el artículo 6.3 TUE, “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros *formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*”.

El artículo 340 TFUE, párrafo segundo, establece por su parte que “en materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los *principios generales* comunes a los *Derechos de los Estados miembros*”.

También conviene advertir *ab initio*, por otro lado, que si bien los derechos fundamentales de la Unión nacieron en la jurisprudencia del TJUE íntimamente vinculados a los principios generales del derecho (más concretamente, como una categoría de éstos), en la actualidad, al menos por cuanto se refiere a los contenidos en la CDFUE, representan, formalmente, una fuente diferenciada.

Así lo refleja claramente, por ejemplo, el *Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica* (2019), distinguiendo su artículo 2, al definir el “Derecho de la Unión”, entre “el TUE, el TFUE, y el TCCEA, tal como han sido modificados o complementados, así

como los Tratados de Adhesión y *la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, denominados conjuntamente «los Tratados» –apartado a) i)–, y “los principios generales del Derecho de la Unión” –apartado a) ii)–.

La cuestión, lejos de ser baladí, puede tener importantes consecuencias prácticas, sobre todo, como iremos viendo, en lo que concierne al radio de acción de los derechos fundamentales de la CDFUE, si comparado con el de los principios generales del Derecho de la Unión, incluidos en tal categoría aquellos otros derechos fundamentales que pudieran configurarse, *ex artículo 6.3 TUE*, más allá de la CDFUE.

* * *

Puesto que estas líneas están dedicadas, conviene recordar, no al estudio general del sistema europeo de fuentes, sino a reflexionar, específicamente, sobre algunas de sus sombras, lagunas e imperfecciones, bien podríamos comenzar el presente apartado trayendo a colación la contundente y al tiempo incierta afirmación del TJUE en el *asunto Audiolux e.a.* (2009), según la cual “los principios generales de Derecho comunitario son de rango constitucional”.

Sobre dicha afirmación, vertida por el TJUE en formación de Sala de 5 Jueces, ha insistido

en posteriores escritos académicos quien la presidía entonces, Koen Lenaerts, Presidente en la actualidad de la Institución. También insistiría, apenas unas semanas después del mencionado pronunciamiento, el propio TJUE (nuevamente en formación de Sala presidida, asimismo, por Lenaerts), al declarar que a diferencia del principio de igualdad de trato, que tendría, “como otros principios generales de Derecho comunitario, rango constitucional”, el de neutralidad fiscal no podría ser calificado de tal, al “necesitar una elaboración legislativa, que únicamente se puede llevar a cabo mediante un acto de Derecho comunitario derivado” (*asunto NCC Construction Danmark*, 2009).

Ahora bien, pese a la contundencia de tales afirmaciones acerca del rango en todo caso constitucional de los principios generales del Derecho de la Unión, las mismas, en mi opinión y como adelantaba, presentan más sombras que luces.

Así, cabría, por ejemplo, traer a colación el principio general de *revocabilidad de los actos administrativos ilegales* (que, por cierto, fue ya reconocido como tal en 1957 en el *asunto Algera e.a.*, célebre por ser el primero en reflejar el método comparado en la construcción de los principios generales de Derecho comunitario), respecto del cual el AG Campos Sánchez-Bordona dejó precisamente abierto, no hace mu-

cho, el debate acerca de si tendría o no rango constitucional (*asunto Repower AG*, 2019). Lo que sí parece fuera de dudas es que su aplicación, como advirtió el mismo AG, debe conciliarse, a su vez, con otros principios generales, como la *seguridad jurídica* y la *protección de la confianza legítima* (del beneficiario del acto en su apariencia de validez), cuya condición, más allá de cualquier proclamación en torno a su rango, vendría determinada por su *existencia al margen de cualquier reconocimiento normativo positivizado*. Es ésta, desde mi punto de vista, la correcta manera de abordar la naturaleza de los principios generales del Derecho de la Unión; la misma, creo, que subyacía al razonamiento del TJUE en *Audiolux e.a.*, y que, sin embargo, quedó desvirtuada al ponerse el acento en la cuestión del rango (constitucional).

En efecto, si lo que el TJUE pretendía, como creo, era negar la existencia de un principio general de igualdad de los accionistas en el Derecho de sociedades (“según el cual los accionistas minoritarios estarían protegidos por la obligación del accionista dominante que toma el control de una sociedad o que lo ejerce de ofrecer a aquéllos la posibilidad de comprar sus acciones en condiciones idénticas a las convenidas con ocasión de la toma de una participación que confiera el control del accionista dominante o que lo refuerce”), habría bastado, como también en el caso de la

neutralidad fiscal, con declarar que ninguno de los dos preexistirían a norma escrita alguna, de manera que su reconocimiento tendría que venir, necesariamente, de la mano del legislador (lo cual sería, en mi opinión, el criterio correcto para negarles la condición, en ambos casos, de “principios generales del Derecho”). Ello a diferencia, por ejemplo, de un principio como el de que “un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito” (*asunto Courage*, 2001), cuya naturaleza de principio general del Derecho parece indiscutible, resultando extravagante un debate en términos de rango (o no) constitucional.

Derivar, en definitiva, el discurso sobre los principios generales a su supuesto rango necesariamente constitucional, resulta, sencillamente, simplista (además de perturbador), entre otras razones porque la riqueza conceptual de esta categoría jurídica impide ser reconducida a una unicidad, incluida la de un concreto rango, más allá, como señalé, de su carácter preexistente a la norma escrita. Lo cual no quiere decir que, en caso de resultar positivizados, no se les pueda vincular, entonces sí, con el rango de la norma a la que resulten de algún modo incorporados.

* * *

El artículo 6 TUE concluye con un tercer apartado según el cual, recordemos, “los dere-

chos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros *formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*”.

Este apartado suscita algunos interrogantes en torno a la conexión entre tales derechos fundamentales y los consagrados en la CDFUE.

Comencemos por advertir que el precepto le ha servido al TJUE para extender el radio de acción de determinados derechos, precisamente en su condición de principios generales, allí donde esos mismos derechos resultaban inaplicables sobre la base exclusiva de su previsión en la CDFUE.

En efecto, sabido es que los derechos de la CDFUE no sólo vinculan a los poderes de la Unión (incluso cuando actúan fuera del marco jurídico de la Unión, según precisó el TJUE en el *asunto Ledra Advertising e.a.*, 2016), sino también, según puntualiza su artículo 51.1, a los Estados miembros “cuando apliquen el Derecho de la Unión” (por ejemplo, cuando aplican reglamentos europeos, o legislación nacional vinculada con el resultado prescrito por las directivas).

Ahora bien, muchos de los derechos incluidos en el Capítulo V, dedicado a la “Ciudadanía”, y entre ellos, el “derecho a una buena administración”, tienen como destinatario, expresa y específicamente, a la Unión, lo que acabó siendo interpretado por el TJUE en términos exclusivos y excluyentes, en el sentido de limitar su radio de acción precisamente a la Unión, disociando del mismo, en todo caso, a los Estados miembros, estén o no aplicando Derecho de la Unión (*asunto YS e.a.* 2014). Lo cual no impidió al TJUE, sin embargo, recurrir a la *condición de “principio general”* del derecho a una buena administración, para extender las exigencias a él intrínsecas, *en tal condición*, sobre la actividad de los Estados miembros, “cuando”, como sucede con la CDFUE, “apliquen el Derecho de la Unión” (*asunto Mukarubega*, 2014).

La clave para este tipo de operación estaría, por tanto, en la aptitud de los referidos derechos recogidos en la CDFUE, que puntualizan tener a la Unión como única destinataria, para poder ser canalizados a la categoría de principios generales del Derecho.

Centrándonos en las distintas manifestaciones del derecho a una buena administración, tal y como se contemplan en los diversos apartados del artículo 41 CDFUE, su condición de “principios generales”, por lo que respecta a los

apartados 1 y 2 (derecho del administrado a que la Administración trate sus asuntos de forma imparcial y equitativa, y a que los resuelva en un plazo razonable, a ser oído antes de la adopción de una resolución que le resulte desfavorable, a acceder al expediente que le afecte, y, en fin, obligación de la Administración de motivar sus decisiones) resulta expresamente declarada por las Explicaciones al respecto (Explicaciones que, según dispone el artículo 6.1 *in fine* TUE, han de tenerse “debidamente en cuenta” a la hora de interpretar la CDFUE).

En el caso del apartado 3, en cambio, las Explicaciones no resultaron del todo afortunadas, al vincular el derecho a la reparación del daño causado por la Unión (responsabilidad extracontractual) con el artículo 340 TFUE exclusivamente, soslayando su condición de “principio general” reconocida por el TJUE en los *asuntos acumulados Brasserie du Pêcheur y Factortame* (1996), en los que, recordemos, el TJUE perfiló el régimen jurídico de la responsabilidad de los Estados miembros frente a los particulares por los daños y perjuicios derivados de sus infracciones del Derecho de la Unión; responsabilidad ésta que, recordemos también, había sido consagrada por el TJUE, pese a la ausencia de respaldo por la letra de los Tratados (limitada al reconocimiento de la responsabilidad de la propia Unión), en el *asunto Francovich e.a.* (1991).

Tampoco asumieron las Explicaciones la condición de “principio general” del derecho del administrado, previsto en el apartado 4 del mismo artículo 41, a relacionarse con la Administración a través de la lengua oficial que corresponda, si bien lo vinculan, eso sí, a la tutela judicial efectiva, a la que ya tempranamente se refirió el TJUE, en el *asunto SNUPAT v. Alta Autoridad* (1961), como “principio jurídico”.

¿Qué decir, por su parte y pasando al artículo 42, del derecho de acceso a los documentos?

Las Explicaciones dedicadas a este precepto tampoco hacen referencia alguna a su posible condición de principio general, limitándose a advertir que fue tomado del artículo 255 TCE (reubicado ahora, con sus modificaciones, como artículo 15 TFUE), sobre la base del cual se adoptaría el Reglamento 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Ahora bien, el Preámbulo de dicho Reglamento se refiere a cómo éste pretende consolidar “la *transparencia* del proceso de toma de decisiones”; transparencia a la que, en términos de *principio general del Derecho de la Unión*, se referiría el TJUE en el *asunto Zinātnes parks* (2022) (justificando así su aplicación a los Estados miembros, en el caso de autos, en los siguientes términos: “cuando un Estado miembro fija a los candidatos un

término para completar su expediente, dichos principios [de transparencia e igualdad de trato] obligan a las autoridades de gestión a excluir del procedimiento de selección cualquier proyecto que, en esa fecha, no hubiera venido acompañado de la información necesaria”).

La condición de “principio general del Derecho”, en fin y en cambio, parece que no podría predicarse respecto del derecho a someter los casos de mala administración ante un órgano específico, conforme al patrón del Defensor del Pueblo Europeo, tal y como prevé el artículo 43 CDFUE, el cual se limita a reflejar, según precisan las Explicaciones, la garantía incorporada en los artículos 20 y 228 TFUE.

Cabría, así, concluir destacando el mayor potencial de los derechos que pudiera seguir consagrando el TJUE, vía pretoriana, en cuanto principios generales del Derecho de la Unión, respecto del articulado de la CDFUE: por un lado, porque tales derechos serían directamente operativos, mientras que no todo el articulado de la CDFUE, como es sabido, goza de tal naturaleza (manifiestamente, los principios rectores); por otro lado, porque junto a la Unión, tendrían a los Estados miembros siempre por destinatarios al aplicar éstos el Derecho de la Unión (lo que, según acabamos de ver, no sucede necesariamente con todos los derechos de la CDFUE).

Como contrapartida, los principios generales carecerían, en su aplicación nacional, del refuerzo que supone, en algunos Estados miembros, la intervención de la jurisdicción constitucional velando por el debido respeto de los derechos de la CDFUE, consagrados como parámetro directo, y no sólo interpretativo como en España, de constitucionalidad (vía ésta abierta en Austria con la STC de 14 de marzo de 2012, seguida a partir de 2019, como veremos, en Alemania).

Todo ello, en fin, sin olvidar que el cometido genuino de los principios generales del Derecho de la Unión, en su faceta de derechos fundamentales, seguirá siendo no tanto el de superar las posibles *limitaciones del ámbito de aplicación de la CDFUE*, como el de suplir las *lagunas en la protección sustantiva* de los administrados, pudiendo servir como ejemplo relativamente reciente, a estos efectos, el principio de legalidad tributaria (*nullum tributum sine lege*), asumido como propio del Derecho de la Unión por el TJUE, sobre la base de las tradiciones constitucionales comunes, en el *asunto Związek Gmin Zagłębia Miedziowego* (2019); asunción ésta en relación con la cual, por cierto, sorprende el hecho de que proceda de una Sala de 5 Jueces, habida cuenta de que, por la importancia de la cuestión en juego, debería haberse procedido a activar la inhibición, prevista en el artículo 60.3 del Reglamento de

Procedimiento del Tribunal de Justicia, en favor de “una formación más importante”, esto es, de la Gran Sala (sorpresa que se acentúa teniendo en cuenta que quien presidía la Sala, en funciones, era el propio Presidente del TJUE, Koen Lenaerts, defensor a ultranza, como vimos, del “rango constitucional” de los principios generales del Derecho de la Unión, visión ésta que casa mal con la proclamación de tales principios, dada su extraordinaria importancia, en formaciones inferiores a la Gran Sala).

* * *

Más allá de las precisiones y matizaciones que la jurisprudencia del TJUE continúa aportando a la noción de “aplicación del Derecho de la Unión” a los efectos de determinar la aplicabilidad de la CDFUE (y de los principios generales) a los Estados miembros (como las del *asunto INSS*, 2021, en el que, en relación con las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Cataluña, el TJUE determinó que “el solo hecho de que una medida nacional guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencias no puede integrarla en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y originar por ello la aplicabilidad de la Carta”, exigiéndose “la existencia de un vínculo de conexión entre un acto del Derecho de la Unión y la medida nacional de que se trate de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de

ellas en la otra”), me detendré ahora en algún interrogante que suscita la posible eficacia de la CDFUE en el ámbito interno precisamente cuando no se dan las condiciones para la misma sobre la base de propia CDFUE.

La premisa de la que debe partirse es la no oposición por parte del TJUE, con carácter general, a la decisión de los Estados miembros de interiorizar, *motu proprio* y con fundamento en el Derecho nacional, normas y principios del Derecho de la Unión cuya interiorización en ningún caso vendría impuesta por este último.

Valga como ejemplo, sin ir más lejos, la eficacia horizontal de las directivas, cuyo muy limitado alcance, en los términos expuestos en páginas anteriores, no impidió al TJUE, en el ya citado *asunto Thelen Tecnopark Berlin* (2022), sostener que “un órgano jurisdiccional nacional no está obligado, *sobre la base exclusivamente del Derecho de la Unión*, a abstenerse de aplicar una disposición de su Derecho nacional contraria a una disposición del Derecho de la Unión si esta última disposición carece de efecto directo, sin perjuicio, no obstante, de la posibilidad de que dicho órgano jurisdiccional y toda autoridad administrativa nacional competente excluyan, *sobre la base del Derecho interno*, cualquier disposición de Derecho nacional contraria a una disposición del Derecho de la Unión que no tenga tal efecto.”

Así las cosas, ningún problema parecería suscitar, en principio, la utilización de la CDFUE por un Estado miembro, por decisión propia y sobre la base de su Derecho interno, bien como instrumento directamente aplicable, bien como herramienta puramente hermenéutica, fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

Por esta última utilización se ha decantado el sistema español, habiendo aceptado el TC con naturalidad, *ex* artículo 10.2 CE, la condición de *fuerza de inspiración* de los derechos fundamentales comunitarios a la hora de interpretar nuestro propio catálogo de derechos fundamentales (particularmente llamativa resulta la STC 292/2000, dictada en noviembre, por cuanto se refirió a la CDFUE incluso antes de su proclamación, en diciembre; entre los últimos pronunciamientos, puede citarse, en relación con el derecho a no padecer discriminación por razón de discapacidad, la STC 172/2021).

Es más, se da la circunstancia, advertida por la STC 3/2018, de que, a pesar de que el Tratado de Lisboa, y con él la naturaleza vinculante de la CDFUE, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, “en España y a los estrictos efectos del art. 10.2 CE, la Carta lo hizo el 1 de agosto de 2008, conforme con el art. 2 y la disposición final única de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de

julio”; Ley Orgánica ésta por la que se autorizó la ratificación del Tratado de Lisboa que, efectivamente, dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta”, reproduciendo la L.O. a continuación su texto íntegro.

Y así como el TC no ha dudado en hacer uso de la referida fuerza interpretativa de la CDFUE a la hora de leer nuestro propio catálogo de derechos fundamentales al margen del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (como por ejemplo en su STC 147/2020, extrapolarlo al marco de la extradición la jurisprudencia del TJUE sobre la garantía efectiva del derecho a la libertad reconocido en el artículo 6 CDFUE), tampoco ha dudado el TS. En efecto, descartada la *aplicabilidad* de la CDFUE al margen de dicho ámbito (SSTS de 1 de marzo de 2017 y 25 de mayo de 2020), el TS sí ha recurrido a la CDFUE para, por ejemplo, respaldar en términos hermenéuticos, en una jurisprudencia que se remonta a 2017, la consagración del principio de buena administración como “nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente”, que “no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Adminis-

traciones Públicas, de suerte que del conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene -debe tener- plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano a los órganos públicos” (STS de 15 de octubre de 2020).

Así las cosas, surge inevitablemente la siguiente pregunta: tratándose de una utilización de la CDFUE, siquiera a efectos exclusivamente hermenéuticos, en ámbitos puramente internos, ¿no lleva aparejado cierto riesgo el hecho de recorrer unos senderos, los de la CDFUE, que en ocasiones pueden estar necesitados de una iluminación que debería venir de su intérprete supremo, el TJUE, quien sin embargo vería dificultada, cuando no imposibilitada, su intervención, al no darse las condiciones para entablar un diálogo al respecto vía prejudicial (habida cuenta de que estaríamos en un terreno ajeno al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión)? Ante semejante riesgo, parece que debería imponerse una extrema cautela en la utilización de la CDFUE al margen del Derecho de la Unión, especialmente cuando desprovista, en su lectura, de la guía que proporciona la jurisprudencia del TJUE.

* * *

Por lo demás, y puesto que acabo de referirme al Derecho español, nuestro sistema presenta igualmente peculiaridades en relación con la utilización de la CDFUE en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

En efecto, sucede que también en dicho ámbito, como en el ajeno al mismo, el TC, pese a algunas voces discrepantes en su seno (particularmente de las Magistradas Adela Asua y Encarnación Roca al resolver el TC en 2014 el *asunto Melloni*), sigue considerando, probablemente con fundamento si nos atenemos estrictamente al artículo 1.1 de su L.O., que su función se circunscribe a la aplicación del texto constitucional en términos exclusivos, reduciendo así el manejo de la CDFUE a efectos puramente hermenéuticos.

Tal consideración, sin embargo, dejaría fuera de juego al TC si en algún momento decidiera aceptar en su integridad las reglas impuestas por el TJUE en los *asuntos Melloni y Akerberg* (2013), como por ejemplo ha terminado haciendo el Tribunal Constitucional Federal alemán, quien, frente a su recelo inicial (*asunto Euroorden II*, 2015), se ha decidido finalmente por adaptarse a dichas reglas, sin renunciar al protagonismo de sus piezas en el tablero de ajedrez que representaría la protección de los derechos fundamentales en

el escenario europeo (*asuntos derecho al olvido I y II*, 2019).

Y es que, en efecto, asumir la *doctrina Melloni* hasta sus últimas consecuencias conlleva, ni más ni menos, renunciar a los catálogos nacionales de derechos fundamentales como parámetro de control en aquellos ámbitos totalmente armonizados por el Derecho de la Unión, en los que el margen de actuación de los Estados miembros sería nulo, por absolutamente reglado.

De ahí la decisión de Karlsruhe de trasladar en dichos ámbitos el amparo que derivaría de la Ley Fundamental al procedente de la CDFUE; traslado que le permitirá participar directamente, vía prejudicial en su caso, en la configuración de los estándares de la CDFUE, evitando en lo posible una degradación de las garantías internas del administrado (si inferiores en intensidad las europeas respecto de las domésticas), difícil de fundamentar sobre la base de la cesión constitucional de soberanía.

Por otro lado, conviene asimismo advertir el rol esencial que en este tablero de juego desempeña la posición de garante del Tribunal Constitucional alemán (en una línea parecida, aquí sí, a la que ha seguido el español) en el manejo de la cuestión prejudicial por la jurisdicción ordinaria.

Ciertamente, resulta crucial que el engranaje prejudicial funcione engrasado: en primer lugar, para precisar con certeza el grado de armonización en el caso concreto (lo que en la práctica no está claro en muchas ocasiones), determinante, según se viene indicando, a los efectos de que la CDFUE desplace los catálogos nacionales de derechos fundamentales (*supuesto Melloni*), o de permitir que sean éstos, en cambio y en presencia de margen de apreciación, quienes desplacen a la CDFUE en caso de ofrecer una protección superior (*supuesto Akerberg*); y, en segundo lugar, para definir asimismo con certeza, en este último supuesto, la afectación o no de “la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”, decisiva para negar o admitir la aplicación de los estándares nacionales de protección superior.

Pues bien, para engrasar debidamente tal engranaje, juega un papel esencial no sólo la vía del amparo abierta en Alemania o en España frente a determinadas vulneraciones del artículo 267 TFUE, sino también la actitud que los propios Tribunales Constitucionales tomen a la hora de activar ellos mismos, o dejar de hacerlo, el mismo 267; y, desde la otra cara de la moneda, la actitud que muestre el TJUE tanto a la hora de tomar en consideración las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (cuyo protagonismo hermenéutico viene impuesto por los artículos 6.3 TUE y

52.4 CDFUE), como a la hora de recurrir al referido contra-límite de la no afectación de “la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”.

4. El alcance del CEDH en el contexto del sistema de fuentes de la UE.

El punto de partida acerca del rol del CEDH en el contexto del sistema de fuentes de la UE ofrece pocas dudas: “Según el artículo 6 TUE, apartado 3, los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. No obstante, dado que la Unión no se ha adherido a dicho Convenio, éste *no constituye un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión*” (Dictamen TJUE 2/2013).

Ello implica que el CEDH ni es un instrumento directamente aplicable en la Unión, ni lo es en los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión. Tal y como declaró el TJUE en el *asunto Kamberaj (2012)*, “la referencia que hace el artículo 6 TUE, apartado 3, al CEDH no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y el CEDH, a aplicar directamente las disposiciones de dicho Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo” (en la misma línea se pronunciaría

el TJUE, meses después, en el *asunto Akerberg*, el cual, recordemos, abrió las puertas a los estándares nacionales de protección superior respecto de la CDFUE). La circunstancia de que el *Derecho de la Unión* no imponga a los Estados miembros el respeto del CEDH en cuanto tal, no es óbice, sin embargo, para que tal imposición venga de la mano del *propio CEDH*, el cual debe ser acatado con carácter general, estén o no los Estados miembros aplicando el Derecho de la Unión.

* * *

Advertido lo anterior, hay que señalar que el primer rol que claramente desempeña el CEDH en el ámbito de la Unión es el de fuente de inspiración, junto con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, a la hora de configurar el TJUE, vía pretoriana, los principios generales del Derecho, estos sí, como vimos en el apartado anterior, plenamente vinculantes tanto para la Unión como para los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión.

Se trata de una apertura del TUE que va más allá, por ejemplo, que la Constitución española, cuyo artículo 10.2 entronca hermenéuticamente nuestro catálogo de derechos fundamentales con “la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias

ratificados por España”. Y es que, como es sabido, la Unión sigue sin cumplir, a día de hoy, el mandato del artículo 6.2, que impone su adhesión al CEDH; imposición que, dicho sea de paso, lo es de intentar llegar a un resultado, no de necesariamente alcanzarlo: en efecto, es obvio que la adhesión de la Unión al CEDH exige no sólo la voluntad en ese sentido por parte de la Unión, sino también de terceros Estados a los que, sin embargo, no alcanza la obligación impuesta por el TUE. Sentado lo cual, conviene aclarar que dicha obligación, por lo que a la Unión se refiere, y aun condicionada por el Protocolo al efecto, si bien no impone -ni podría hacerlo, según lo recién señalado- un resultado final -la adhesión efectiva-, sí que obliga a todas sus Instituciones -incluido el TJUE- a esforzarse, cada cual dentro de sus respectivas atribuciones, para alcanzar dicho resultado (lo que claramente pareció eludir el TJUE en su más que discutible Dictamen 2/2013, por el que declaró contrario al Derecho de la Unión el Proyecto de Adhesión al CEDH, tan arduamente negociado desde 2010, a la luz, incluso, de las pautas marcadas por el propio TJUE).

Cierto es, por otro lado, que tal apertura del Derecho originario de la Unión a un instrumento no ratificado por ella no llega hasta el punto, por ejemplo, de la Constitución sudafricana,

caso paradigmático de apertura no ya al Derecho Internacional, sino incluso al Derecho Extranjero (artículo 39), a la hora de interpretar la propia declaración de derechos. Ello porque CEDH, aun no vinculando en cuanto tal a la Unión, sí que vincula a sus Estados miembros, quienes comparten con aquélla, como se encarga de recalcar el artículo 2 TUE, los mismos valores, incluido, *expressis verbis*, “el respeto de los derechos humanos”.

* * *

Uno de los principales problemas que en mi opinión suscita este rol de la CEDH como fuente de inspiración del TJUE al elaborar los principios generales del Derecho de la Unión, *ex* artículo 6.3 TUE, es el de las reservas (incluso no ratificaciones) de algunos Estados miembros en relación con algunos de los Protocolos al CEDH; problema que se extiende y agudiza cuando la utilización del CEDH lo es para guiar la interpretación de la CDFUE en los términos de su artículo 52.3, según el cual: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

De hecho, lejos de tratarse de una cuestión puramente teórica, ha aflorado en Luxemburgo en varios asuntos, en relación con el principio *ne bis in ídem*, incorporado en el artículo 4 del Protocolo 7 y en el 50 CDFUE, cuya redacción es casi idéntica, con la única diferencia del ámbito de aplicación territorial de dicho principio, que en el caso de la CDFUE abarca toda la Unión, mientras que en el del Protocolo 7 sólo comprende el territorio de un Estado (según las Explicaciones sobre el artículo 52 CDFUE, “el artículo 50 corresponde al artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH, si bien su alcance se amplía al nivel de la Unión Europea entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”).

Ahora bien, sucede que el Protocolo 7, en vigor desde 1988, aún no ha sido ratificado por ciertos Estados miembros (como Alemania, Bélgica y Países Bajos; España lo ratificó en agosto de 2009 con efectos de 1 de diciembre siguiente, coincidiendo con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa), mientras que otros han formulado reservas en relación específicamente con su artículo 4, limitando su aplicación a las sanciones calificadas como penales por su propia legislación (Austria, Francia, Portugal e Italia, aunque en este último caso la reserva fue invalidada por el TEDH en 2014, en el *asunto Grande Stevens e.a. vs. Italia*). De hecho, el artículo 1.1 del fallido Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH, preveía so-

lamente la adhesión al CEDH, al Protocolo adicional y al Protocolo 6, es decir a los dos Protocolos de los que ya eran y son parte *todos los Estados miembros*.

En este contexto, la aludida cuestión del alcance interpretativo en el sistema de la CD-FUE de un principio del sistema del CEDH que no ha sido refrendado por todos los Estados miembros de la Unión, afloró, como señalaba, en varios asuntos ante el TJUE. Y a diferencia de los Jueces, quienes sortearon el problema en sus Sentencias, éste sí que fue abordado por los Abogados Generales en las Conclusiones correspondientes; concretamente, por los Abogados Generales Kokott, Cruz Villalón y Jääskinen en los *asuntos*, respectivamente, *Bonda* (2012), *Akerberg* (2013) y *Spasic* (2014).

Por lo que respecta a la AG Kokott, aun advirtiendo la falta de ratificación del Protocolo 7 por cuatro Estados miembros (incluido, por aquel entonces, Reino Unido), no encontró reparo alguno en inspirarse abiertamente en el mismo a los efectos de rechazar las alegaciones subsidiarias de Polonia y de la Comisión, en el sentido de que la aplicación del *ne bis in idem* al caso de autos resultaba imposible, entre otros motivos, por no concurrir el elemento del *idem*, pues la sanción administrativa prevista en el Reglamento en cuestión (sobre regímenes de ayuda en materia agrícola) y la pena nacional

no protegerían el mismo bien jurídico. El motivo de tal rechazo, según la AG, se encontraría en que “en su jurisprudencia sobre la prohibición de doble incriminación del 7º Protocolo adicional al CEDH, el TEDH ya sólo tiene en cuenta la identidad del supuesto de hecho y no la identidad del bien jurídico protegido”.

En la misma línea, y más explícitamente aún, se movería el AG Jääskinen en el *asunto Spasic*: “se plantea la cuestión”, advirtió el AG, “de si ese criterio [según el cual la CD-FUE debe interpretarse de conformidad con las disposiciones correspondientes del CEDH] se aplica también en los casos en los que una disposición del CEDH no obliga a todos los Estados miembros”. Pues bien, en su opinión, “la falta de ratificación del Protocolo 7 por algunos Estados miembros no puede afectar a la interpretación del artículo 50 de la Carta, ya que ese hecho no puede alterar el alcance de esa disposición”. “En caso contrario”, siguió razonando el AG, “ello equivaldría a reconocer a los Estados miembros una facultad de interpretación unilateral del contenido del sistema de derechos fundamentales de la Unión”, lo cual “debe excluirse a la luz del principio de autonomía del Derecho de la Unión en conexión con la función del Tribunal de Justicia de asegurar su interpretación uniforme”. “Por consiguiente”, concluyó, “es precisa una interpretación coherente del artículo 50 en relación

con el artículo 4 del Protocolo 7, partiendo del principio de identidad de sentido de ambas disposiciones en lo que atañe a los términos idénticos que figuran en ellas”.

El AG Cruz Villalón, por su parte, también se detuvo en examinar las dificultades que podría acarrear el utilizar un Protocolo no ratificado por todos los Estados miembros, o ratificado con reservas, como fuente de inspiración al leer el artículo 50 CDFUE. Y adoptando una posición más cautelosa que sus colegas, *posición que comparto*, consideró que “a pesar de que el artículo 50 de la Carta proclama un derecho que se corresponde con el derecho previsto en el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH, lo cierto es que la vertiente del *ne bis in idem* está lejos de encontrarse extendida y consolidada en los Estados firmantes del CEDH”, habida cuenta de que “un número significativo de Estados miembros no ha ratificado el Protocolo 7 del CEDH, o han introducido reservas o declaraciones específicamente a su artículo 4 para evitar su extensión a las sanciones administrativas”.

“En estas circunstancias”, continuó razonando, “entiendo que la proclamación del apartado 3 del artículo 52 de la Carta adquiere necesariamente perfiles propios a la hora de proyectarla sobre el principio *ne bis in idem*”. Y “a la vista de todo lo anterior”, concluyó, “estimo que el

mandato de interpretación de la Carta a la luz del CEDH debe matizarse cuando el derecho fundamental en cuestión, o una vertiente del mismo (como es el caso de la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH a la doble sanción administrativa y penal), no ha sido interiorizado plenamente por los Estados miembros. Y aunque en tales circunstancias el derecho y la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo constituyen un valor inspirador para el Derecho de la Unión, considero que la obligación de equiparar el nivel de protección de la Carta con el del CEDH carece de la misma efectividad. En definitiva, el presente asunto pone de relieve la situación en la que una ausencia de consenso respecto de un derecho del sistema del Convenio choca con la amplia presencia y arraigo de los sistemas de doble sanción administrativa y penal en los Estados miembros. Una presencia y arraigo, en el caso de la doble sanción administrativa y penal, cuya amplitud podría incluso calificarse como una tradición constitucional común de los Estados miembros. En estas circunstancias, opino que el artículo 50 de la Carta exige una interpretación parcialmente autónoma. Evidentemente ha de tomarse en consideración el estado actual de la jurisprudencia del TEDH, pero el umbral protector al que ha de estar nuestra jurisdicción debe ser fruto de una interpretación independiente y fundada exclusivamente en el tenor y alcance del referido artículo 50”.

* * *

Puesto que acabo de hacer referencia, con palabras del AG y Presidente Emérito de nuestro TC, al artículo 52.3 CDFUE, creo preciso advertir que, en mi opinión, el rol que el CEDH está llamado a desempeñar en ese contexto difiere sutilmente del que le depara el artículo 6.3 TUE.

En efecto, en el contexto de este último, el TJUE goza de un amplio margen de maniobra, que no difiere del que se auto-atribuyó en 1974, al referirse implícitamente, por vez primera, al CEDH como fuente de inspiración (sosteniendo en el *asunto Nold* que “los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también *pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta* en el marco del Derecho comunitario”).

Tal margen, sin embargo, se ve fuertemente mediatizado en el marco del artículo 52.3 CDFUE, al adjudicar éste al CEDH, expresamente, la condición de estándar mínimo de protección respecto de los derechos de la CDFUE (“En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *su sentido y alcan-*

ce serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”).

A la referida condición del CEDH, utilizando la expresión de “nivel mínimo de protección”, se refirió el TJUE, por ejemplo, en el *asunto Al Chodor* (2017), en el que, en relación con el derecho a la libertad (artículos 5 CEDH y 6 CDFUE), trajo precisamente a colación la doctrina sentada por el TEDH en el *asunto Del Río Prada vs. España* (2013), para exigir, como estándar mínimo en la Unión, que la definición de los criterios objetivos que indicarían la presencia de un riesgo de fuga (definición que correspondería a las legislaciones nacionales por remisión a ellas del Reglamento Dublín III), debe recogerse en una “disposición obligatoria de alcance general”, considerando el TJUE insuficiente “una jurisprudencia consolidada que sanciona una práctica reiterada de la policía de extranjería” (habida cuenta de que “resulta que el internamiento de un solicitante [de protección internacional], que supone una grave injerencia en su derecho a la libertad, está supeditado a que se respeten unas garantías estrictas, a saber, la existencia de una base legal, la claridad, la previsibilidad, la accesibilidad y la protección contra las arbitrariedades”).

Ello teniendo en cuenta, por lo demás, que el manejo de la cláusula del estándar mínimo de protección, tan familiar en tratados internacionales sobre derechos humanos (así, en el propio CEDH, o en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales), encierra, en muchas ocasiones, la dificultad de ponderar entre diversos derechos en juego. “El Derecho de la Unión”, opinó la AG Kokott en el *asunto Puskár* (2017), “sólo permite al Tribunal de Justicia apartarse de la jurisprudencia del TEDH en la medida en que el primero confiera a determinados derechos una protección más extensa que el segundo”. “Y esta desviación únicamente es admisible”, continuó razonando, “con la condición de que, al mismo tiempo, ningún otro derecho fundamental de la Carta que corresponda a un derecho del CEDH no reciba, en consecuencia, una protección menor que en la jurisprudencia del TEDH. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que se ha de efectuar una ponderación entre determinados derechos fundamentales”.

* * *

Unas últimas líneas, en fin, merece el rol otorgado por el TJUE al CEDH en el contexto de los principios de equivalencia y efectividad, esenciales en la interrelación entre el Derecho de la Unión y los ordenamientos jurídicos nacionales.

Dicho rol fue abordado por el TJUE en el *asunto XC e.a.* (2018), con ocasión de la cuestión suscitada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal austríaco (*Oberster Gerichtshof*) en los siguientes términos: “¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el artículo 4 TUE, apartado 3, en relación con los principios de equivalencia y de efectividad que del mismo se deducen, en el sentido de que obliga al *Oberster Gerichtshof* a revisar, a instancia de parte interesada, una resolución firme de un tribunal penal por una presunta violación del Derecho de la Unión [...] pese a que el Derecho nacional [...] solo prevé tal revisión en caso de presunta violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de alguno de sus Protocolos Adicionales?”.

La *respuesta negativa* del TJUE tuvo y tiene una incidencia esencial en nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta de que, de manera similar al austríaco, contamos desde 2015 con una vía de revisión de las resoluciones judiciales firmes con vistas a una plena ejecución de las sentencias del TEDH, incorporada en la LOPJ (artículo 5 bis) en los siguientes términos: “Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido

dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Así las cosas, aunque los motivos aducidos por el TJUE para concluir con la mencionada negativa fueron presentados de manera separada (unos concernientes a la equivalencia, los otros relativos a la efectividad), todos ellos giraron, en esencia, en torno al eje de la distinta naturaleza jurídica de la protección dispensada por la CDFUE, si comparada con la del CEDH; comparación a resultados de la cual, según el TJUE, dicha protección, en el caso de la CDFUE, podría considerarse como suficiente sin necesidad de recurrir al plus de una remoción de la fuerza de cosa juzgada.

En efecto, frente a la naturaleza subsidiaria y *ex post* de la protección diseñada por el sistema del CEDH, la protección de la CDFUE, enmarcada en el contexto del sistema jurídico de la Unión, contaría, según el TJUE, con la cobertura de los principios de primacía y eficacia directa, auxiliados los jueces nacionales *ex ante*, vía prejudicial, en su labor de proyección de tales principios al caso concreto. Lo cual nos

situaría ante distintos sistemas de protección (y, por tanto, al margen de la similitud necesaria para aplicar el test de la equivalencia), exigiendo el del CEDH, para completar su efectividad, el complemento, innecesario en el caso de la CDFUE, de la revisión de las resoluciones judiciales firmes. También recalcó el TJUE, despejando las dudas suscitadas con ocasión de su decisión en el *asunto Lucchini* (2007), “la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada”, de manera que “para garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es preciso que desaparezca la posibilidad de impugnar las resoluciones judiciales que han adquirido firmeza”; ello teniendo en cuenta, añadiría el TJUE, que dicho principio en ningún caso podría excluir la responsabilidad del Estado-juez, asentada en el sistema de la Unión tras el *asunto Köbler* (2003).

Sin desmerecer este razonamiento, creo que el mismo deja traslucir, sin embargo, una cierta complacencia del TJUE, quizás excesiva y por lo demás no precisamente novedosa, en relación con el sistema jurisdiccional de la Unión. Ello porque, por un lado, una cosa puede ser el diseño del sistema y otra distinta su efectivo funcionamiento; y siendo cierto que el buen funcionamiento de su piedra an-

gular, la cuestión prejudicial, ha permitido alcanzar el elevado grado de integración en el que nos encontramos en la actualidad, no deja de ser menos cierto que dicho funcionamiento sigue presentando carencias, manifiestamente en el terreno de las posibles vías de corrección, desde la perspectiva del propio Derecho de la Unión, de las vulneraciones del artículo 267 TFUE (pese a la posibilidad del recurso por incumplimiento, el hecho es que sólo una vez en la historia de la Unión ha desembocado en una sentencia estimatoria). Por otro lado, la vía de la responsabilidad del Estado, en su faceta en este caso de Juez, como cláusula de cierre del sistema para hacer efectivos los derechos que confiere el Derecho de la Unión, también presenta insuficiencias; prueba palmaria de ello sería precisamente la referida reforma introducida en 2015 en la LOPJ, con vistas a suplir, ante todo, las carencias de la vía indemnizatoria a los efectos de una protección efectiva de los derechos del CEDH.

5. La impugnabilidad del soft law.

A nadie escapa la importancia creciente del *soft law* (o Derecho blando o suave, indicativo, persuasivo...), tanto en el panorama nacional como europeo (y también internacional). Otro tanto sucede con la inseguridad jurídica que suele suscitar.

Valga como ejemplo los Memorandos de Entendimiento, identificados mediante el acrónimo inglés MOU (*memorandum of understanding*), cuyo alcance, no limitado al ámbito internacional, suele evocar acuerdos no normativos, de naturaleza puramente política. Puede así traerse a colación la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, cuyo Preámbulo se refiere a los mismos como acuerdos “que instrumentan la asunción de compromisos políticos”. No parece, sin embargo y también como ejemplo, que responda a tal evocación el *Memorando de Entendimiento sobre el establecimiento de una conexión segura entre Eurojust y España* (BOE 21 de abril de 2018), cuyo artículo 1 dispone que es objeto del mismo “regular la creación, puesta en marcha y operación de una conexión segura entre Eurojust y España”.

De hecho, ha sido precisamente esa superación de una *a priori* nítida frontera entre lo político y lo jurídico lo que, en el ámbito de la Unión, ha terminado por consolidar, en los últimos tiempos, la sumisión de ciertos instrumentos de *soft law* al control *indirecto* del TJUE.

A ello dedicaré las páginas siguientes, advirtiendo de antemano que mi exposición se centrará en el control judicial de aquellos instrumentos que responden más genuinamente a

la esencia del *soft law*, esto es, en cuanto productores de efectos jurídicos, y no meramente políticos, pero no vinculantes u obligatorios.

No entraré, por tanto, en disquisiciones, particularmente ricas en el terreno de los actos de la Unión atípicos (instrucciones, orientaciones, directrices, códigos de conducta, comunicaciones, etc.), acerca de si sería la forma o el fondo del acto en cuestión el factor decisivo para determinar su naturaleza o no de acto jurídico vinculante. Sobre ello me limitaré a apuntar que ya en 1957, en el *asunto Société des usines à tubes de la Sarre v. Alta Autoridad*, el TJUE mostró su predilección por el fondo a los efectos de determinar la admisibilidad de los recursos de anulación.

Por el contrario, y como señalaba, centraré la atención en el control judicial de aquellos actos cuyos efectos jurídicos no vinculantes (esencia, se reitera, del *soft law*) se dan por sentados. Efectos jurídicos cuyo análisis también excluyo, limitándome a apuntar que abarcan desde su utilización como parámetro de interpretación del *hard* o *proper law*, o para acentuar o atenuar la aplicación de éste, hasta su manejo a la hora de determinar la posible entrada en juego, y en su caso el alcance, de determinados principios generales del Derecho, como el *non venire contra factum proprium*, la confianza legítima, o la responsabilidad de

los poderes públicos frente a los administrados por los daños y perjuicios derivados de la infracción por aquéllos del Derecho de la Unión.

* * *

El punto de partida en relación con el control judicial del *soft law* en la Unión (que engloba instrumentos de la más variada índole y nomenclatura, bajo el paraguas común de sus efectos híbridos y ambiguos, *jurídicos pero no obligatorios*), es que el mismo siempre topó, y sigue haciéndolo, con el escollo de la letra del recurso de anulación (hoy regulado en el artículo 263 TFUE), que excluye de su ámbito “las recomendaciones y los dictámenes”, definidos a su vez como “actos no vinculantes” por el artículo 288 TFUE (el cual enuncia, recordemos, el sistema de fuentes del Derecho derivado de la Unión).

Así, a pesar de que en su doctrina más temprana (*asunto Comisión v. Consejo*, más conocido como *asunto AETR*, 1971) el TJUE se limitó a afirmar que eran susceptibles de recurso de anulación “todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones, cualesquiera que sea su naturaleza o su forma, destinadas a producir efectos jurídicos”, lo cierto es que en su jurisprudencia posterior fue incorporando a dichos efectos jurídicos el calificativo de “obligatorios”, hasta llegar a convertir dicho calificativo, “cualquiera que sea la forma del

acto”, en factor decisivo para habilitar su control judicial directo en el marco del artículo 263 TFUE (*asuntos Deutsche Post AG y Alemania v. Comisión*, 2011, y *Hungría v. Comisión*, 2014). Tal jurisprudencia sería confirmada en Gran Sala en 2018 (*asunto Bélgica v. Comisión*, C-16/16 P), apartándose el TJUE de la opinión del AG Bobek (quien proponía una vuelta a los orígenes, eliminando la exigencia de la obligatoriedad como elemento determinante en la activación del artículo 263, para permitir así la defensa frente a “efectos jurídicos notables, en el sentido de que inducen a adoptar un determinado comportamiento y de que modifican la realidad normativa”).

En cualquier caso, conviene advertir que esta aproximación restrictiva al artículo 263 TFUE (entre otras razones, cabe adelantar, porque bien podría haber limitado el TJUE la exclusión, específica y puntualmente, a las “recomendaciones” y los “dictámenes”, que son los actos expresamente mencionados en dicho precepto) a quien afecta de manera más negativa es a los sujetos privilegiados para activar el recurso de anulación (principalmente, Instituciones y Estados miembros), entre los que no se encontrarían los particulares. Ello porque sobre éstos seguirían pesando las exigencias de legitimación en relación con dicho recurso, difíciles de satisfacer normalmente en relación con los instrumentos de *soft law*, tanto

típicos como atípicos, proclives a una generalidad alejada de destinatarios concretos o de afectaciones directas e individuales.

* * *

Probablemente consciente de las deficiencias de su doctrina sucintamente expuesta, el TJUE ha venido a reafirmar de manera contundente, en 2021, la apertura de todo el Derecho la Unión, tanto vinculante como no vinculante, a su control judicial por la vía *indirecta* de la cuestión prejudicial de validez.

Ya en el *asunto Grimaldi* (1989), el TJUE no sólo admitió que la ausencia de efectos vinculantes no implicaba *per se* ausencia de efectos jurídicos, sino también que la exclusión del recurso de anulación para impugnar actos no vinculantes no conllevaba la de otras vías de impugnación indirecta, en particular la vía prejudicial de validez: “A diferencia del artículo 173 del Tratado CEE [actual 263 TFUE], que excluye el control del Tribunal de Justicia sobre aquellos actos cuya naturaleza jurídica sea la de una recomendación, el artículo 177 [actual 267 TFUE] atribuye al Tribunal de Justicia competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, *acerca de la validez* y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad *sin excepción alguna*” (aunque más desapercibida, conviene advertir que a esta posición precede la sosteni-

da por el TJUE en el *asunto Del Plato e.a. v. Comisión*, 1987, en relación con la “excepción de ilegalidad” *ex* artículo 277 TFUE -por aquel entonces, artículo 184 TCEE; posición reiterada en *Libéros v. Comisión*, 2002, y en *Dansk Rørindustri e.a. v. Comisión*, 2005).

Desde entonces, el TJUE recordaría esporádicamente su *fórmula Grimaldi*, sin llegar realmente en ningún caso a controlar la validez de instrumento alguno de *soft law* en el marco de cuestiones prejudiciales. De hecho, y, por ejemplo, en el *asunto Coberco Dairy Foods* (2006) el TJUE rechazó la posibilidad de controlar vía prejudicial la validez de las conclusiones de un comité consultivo de la Comisión (el Comité del Código Aduanero), debido, precisamente, a su naturaleza no vinculante: “Puesto que el Comité se creó para garantizar una colaboración estrecha y eficaz entre los Estados miembros y la Comisión en el ámbito regulado en el Código aduanero”, sostuvo el TJUE, “las autoridades aduaneras de los Estados miembros únicamente están obligadas a tener en cuenta sus conclusiones, pero no a seguirlas cuando adoptan la decisión final. Es esta última decisión la que, en su caso, debe ser objeto de control jurisdiccional por el juez nacional. Por consiguiente [...] las conclusiones del Comité emitidas con arreglo al Código aduanero no pueden ser objeto de un examen de validez

en el marco del artículo 234 CE [actual 267 TFUE]”.

Llegamos así al *asunto BT* (2021), en el que por vez primera el TJUE no sólo procedió a examinar abiertamente la validez de un instrumento genuino de *soft law*, sino a invalidarlo; en concreto, una *Recomendación de la Autoridad Bancaria Europea* (ABE) dirigida al Banco Central y al Fondo de Garantía de Depósitos de Bulgaria.

El asunto resulta particularmente llamativo, por cuanto el origen de la invalidez lo localizó el TJUE en la *exposición de motivos* (*no vinculante*, según advirtió el TJUE trayendo a colación el *asunto Puppinck e.a. v. Comisión*, 2019, y la jurisprudencia allí citada) de un instrumento, la Recomendación en cuestión, a su vez *tampoco vinculante*.

En efecto, asumido que la referida Recomendación [basada en el artículo 17 del Reglamento 1093/2010] se enmarcaría “en la categoría de actos de la Unión prevista en el artículo 288 TFUE, párrafo quinto, disposición que inviste a las instituciones habilitadas para adoptar tales actos de una facultad de *incentivación* y de *persuasión*, distinta de la facultad para adoptar actos dotados de fuerza vinculante”, el TJUE declaró que “un órgano jurisdiccional nacional debe tomar en consideración

una recomendación de la ABE adoptada sobre la base de dicha disposición, con el fin de resolver el litigio del que conoce, en particular en el marco de un recurso dirigido a exigir la responsabilidad de un Estado miembro por los daños y perjuicios causados a un particular como consecuencia de la inaplicación o de la aplicación incorrecta o insuficiente del Derecho de la Unión que dio lugar al procedimiento de investigación que condujo a la adopción de dicha recomendación”. He aquí, pues, un ejemplo de efecto jurídico que, aun de naturaleza no vinculante, puede tener una incidencia decisiva en la esfera de los individuos, habida cuenta de que, como precisó a continuación el TJUE, “los particulares perjudicados por la infracción del Derecho de la Unión constatada por esa Recomendación, aun cuando no sean los destinatarios de esta, deben poder basarse en la referida Recomendación para que se declare, ante los tribunales nacionales competentes, la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por dicha infracción del Derecho de la Unión”.

Sentado lo cual, y como adelanté, el TJUE declaró inválida la Recomendación en la medida en que ésta consideró, en su exposición de motivos, que la decisión del Banco Central de Bulgaria de someter un banco a supervisión especial y de suspender sus obligaciones podría *asimilarse* a la determinación de la in-

disponibilidad de sus depósitos; lo que resultaría contrario a la doctrina del TJUE, según la cual “la indisponibilidad de los depósitos *debe determinarse mediante un acto expreso* de la autoridad nacional competente y no puede deducirse de otros actos de las autoridades nacionales, como someter a supervisión especial a un banco cuyos depósitos hayan dejado de estar disponibles” (*asunto Kantarev*, 2018).

Consecuencia de ello, concluyó el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente no podría basarse en esa premisa específica de la Recomendación (consistente en considerar que la indisponibilidad de los depósitos se habría producido, por asimilación, en la fecha en que se produjo la supervisión especial) para resolver el litigio principal.

* * *

Pocos meses después del *asunto BT*, el TJUE volvería a confirmar, en Gran Sala y con la Autoridad Bancaria Europea nuevamente como protagonista (esta vez, en el contexto de unas *Directrices* suyas sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista), que: 1) “cualquier acto de la Unión que no produzca efectos jurídicos obligatorios escapa al control jurisdiccional previsto en el artículo 263 TFUE”; y 2) “aun cuando el artículo 263 TFUE excluye el control del Tribunal de Justicia sobre los actos que carecen de

efectos jurídicos obligatorios, este puede, en aplicación del artículo 267 TFUE, apreciar la validez de dichos actos cuando se pronuncia con carácter prejudicial” (*asunto FBF*, 2021).

En dicho asunto, en cambio y tras haber declarado la naturaleza de genuino *soft law* de las Directrices en cuestión, el TJUE estimó que ninguno de los elementos examinados habría afectado a su validez (en contra del criterio, por cierto, del AG Bobek, defensor de su invalidez por falta de competencia para emitirlas).

* * *

Así las cosas, creo que la consolidación de la apertura del control judicial hacia instrumentos que aun no siendo vinculantes, producen efectos jurídicos trascendentales tanto desde una perspectiva puramente institucional (respeto de las correspondientes atribuciones) como desde el plano del administrado (como demuestra, sin ir más lejos, el referido *asunto BT*, cuyo litigio principal versaba sobre cantidades reclamadas por un particular al Banco Nacional de Bulgaria por su deficitaria labor de supervisión bancaria que habría afectado de manera lesiva a sus depósitos garantizados), constituye un claro paso adelante que sincroniza con la evolución del mundo del Derecho en el nivel tanto nacional como supranacional e internacional. Como señaló el AG Bobek en el antes citado *asunto Bélgica v. Comisión* en

relación con el sistema de la Unión, “en un mundo en el que los distintos instrumentos de Derecho indicativo son mucho más numerosos y significativos que en 1971 [fecha del *asunto AETR*, también mencionado], las condiciones de legitimación y control judicial deberían responder a dicha evolución”.

Dicho lo cual, opino igualmente que dicho paso, siendo importante, sigue resultando insuficiente en términos de equilibrio de poderes y de límites justificados a la intervención del poder público frente al administrado.

Comenzaré por advertir que la interrelación entre los artículos 263 y 267 del TFUE, tan recalcada por el TJUE a los efectos de garantizar la tutela judicial efectiva en el marco de un sistema jurisdiccional, como el de la Unión, que el TJUE considera como “completo de recursos y de procedimientos” (*asunto Unión de Pequeños Agricultores*, 2002), carece de tal fundamento protector, o cuanto menos se difumina hasta casi desaparecer, cuando el discurso se traslada al ámbito del *soft law*.

Así, mientras que en el terreno de los actos jurídicos vinculantes, la vía indirecta del artículo 267 permite ciertamente ampliar el limitado radio de legitimación activa del artículo 263 (esto es, para aquellos no legitimados para impugnar el Derecho de la Unión directamente

ante el TJUE *ex* artículo 263, siempre estaría abierta la posibilidad de hacerlo indirectamente, vía prejudicial, con ocasión de las aplicaciones domésticas de ese mismo Derecho de la Unión), los actos no vinculantes escapan de esa lógica, habida cuenta de que, en la práctica, parecen quedar fuera de juego, como regla, precisamente los sujetos más privilegiados para acceder al TJUE según el sistema diseñado por los Tratados (debiendo aquí advertirse, en relación con la no impugnación en su momento del *soft law* por los sujetos legitimados para hacerlo, que la *doctrina del acto consentido* no juega en relación con las disposiciones de carácter general).

En efecto, resulta realmente difícil imaginar a los Estados miembros provocando litigios internos para buscar el cuestionamiento por el juez nacional, vía prejudicial, de la validez del *soft law* que estaría obligado a “tener en cuenta” para resolver aquéllos. Y más aún difícil resulta imaginar semejante escenario si cambiamos los protagonistas, colocando a las Instituciones europeas en el lugar de los Estados miembros. De hecho, como “absurdas” fueron calificadas ambas situaciones por el AG Bobek en el ya citado *asunto FBF*.

Sentado lo cual, la aproximación del TJUE al control judicial del *soft law* sigue pareciendo pasar por alto que las impugnaciones directas,

a diferencia de las indirectas, permiten *depurar en tiempo* comportamientos ilícitos de los poderes públicos europeos de manera más acorde con las exigencias de un principio capital, del Derecho de la Unión y de los ordenamientos jurídicos nacionales, como es el de seguridad jurídica. “Depurar”, por cuanto, como analizaremos en el apartado siguiente, el sistema jurisdiccional de la Unión continúa distinguiendo (si bien creo que indebidamente) entre la técnica *anulatoria* propia del artículo 263 y la meramente *invalidatoria* ex artículo 267. “En tiempo”, porque el breve plazo para activar el artículo 263 (2 meses desde su publicación o notificación) permite, en el contexto de la siempre mejorable administración de justicia (la duración de los recursos de anulación en Luxemburgo ha oscilado en los últimos años entre 18 y 20 meses), reducir espacios de incertidumbre o, desde otra perspectiva, evitar la consolidación de situaciones que podrían haber encontrado cobertura en instrumentos que finalmente resultarían ser contrarios a Derecho.

En fin, la exclusión del *soft law* del control directo adquiere tintes de deficiencia sistémica si se repara en la proliferación de Agencias y Autoridades Europeas que hoy brillan con luz propia en el modelo europeo de gobernanza. Estudios recientes revelan cómo de entre las más de 40 agencias existentes en la actualidad, 20 de ellas cuentan con estatutos fundacionales

que les atribuyen *explícitamente* poderes para emitir *soft law*. A ello debe añadirse, por otro lado, la faceta productora de *soft law* de las propias Instituciones de la Unión, en particular del Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo (artículo 292 TFUE). Ni siquiera el TJUE escapa a la intensidad de dicha faceta, con sus importantes *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*.

Pues bien, si se asocia el creciente volumen de *soft law* producido en los últimos años con los importantes efectos que éste puede llegar a tener en la vida jurídica de la Unión, en última instancia de sus ciudadanos (valga como ejemplo, en el marco de la adversidades que hemos tenido que afrontar con la pandemia, la Comunicación de la Comisión de marzo de 2020, concerniente a las *Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la COVID-19*), con los ámbitos cada vez más sensibles sobre los que vendría a incidir, incluido el penal (caso, por ejemplo, de las *Directrices de Eurojust, de julio de 2021, acerca de cómo investigar los fraudes de inversión -Eurojust Guidelines on How to Prosecute Investment Fraud*), todo ello conduce, creo, a la necesidad de abordar la lectura del artículo 263 TFUE bajo un diferente enfoque tendente a favorecer

el control de toda actividad que lleve aparejada efectos jurídicos, dejando al margen, desde la otra cara de la moneda, aquella otra cuyo radio de acción sobrepase la frontera del Derecho; o, dicho con otras palabras, una apertura del control judicial, incluido el directo, a todo lo que tenga que ver con *law*, al margen de su naturaleza *hard* o *soft*.

Herramientas a su alcance tiene un Tribunal, como el de Luxemburgo, que a lo largo de su historia ha dado muestras más que suficientes de lecturas que han trascendido la literalidad del texto de los Tratados, incluido el del articulado concerniente al propio sistema jurisdiccional, sobre la base de aproximaciones sistemáticas o teleológicas al mismo. Valga como botón de muestra la lectura realizada por el TJUE (*asunto Foto-Frost*, 1987) del entonces artículo 177 TCEE (cuestión prejudicial), sobre la base de “la coherencia del sistema”, para sentar un régimen distinto donde el texto del precepto no distinguía (ni distingue ahora el 267 TFUE), en función de la naturaleza de la cuestión (de interpretación o de validez del Derecho derivado). O la lectura del artículo 228.2 TCE (actual 268.2 TFUE), admitiendo, sobre la base de “la finalidad” del precepto, la posibilidad de acumular multas coercitivas y sumas a tanto alzado allí donde el empleo de la conjunción disyuntiva «o» parecería excluirla (*asunto Comisión v. Francia*, 2005).

Incluso atendiendo al texto literal del artículo 263, cabría llegar a una lectura más abierta al control judicial que la realizada hasta el momento por el TJUE.

En efecto, mientras que el precepto niega la posibilidad de recurrir en anulación las “recomendaciones o dictámenes” del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo, admite el recurso respecto de “los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”, omisión hecha, pues, de su naturaleza obligatoria o vinculante.

Por tanto, bien podría el TJUE, para empezar, incluir en el radio del artículo 263 tanto el *hard* como el *soft law* procedente del referido cúmulo de agencias y autoridades europeas. Y para seguir, nada le impediría, ateniéndose a una lectura completamente literal, incluir también el *soft law* procedente del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo, salvo el plasmado formalmente en “recomendaciones” o “dictámenes”. Ello permitiría, sin ir más lejos, cuestionar judicialmente, en el plazo de dos meses desde su publicación, las influyentes Comunicaciones interpretativas de la Comisión acerca de un determinado sector del Derecho de la Unión (como la referida *supra* en materia de reclamación de pasajeros), sin

necesidad de depender de la impugnación de actos nacionales, susceptibles de generar el planteamiento de una cuestión prejudicial de validez al respecto.

6. Inaplicación, invalidez, anulación de normas europeas.

Vimos en el apartado anterior cómo el *asunto BT* (2021) habría marcado un hito en la jurisprudencia del TJUE, al haber procedido éste a *invalidar*, por vez primera en la historia de Luxemburgo, un instrumento de *soft law*: “La Recomendación EBA/REC/2014/02 de la Autoridad Bancaria Europea”, reza el párrafo segundo del apartado 3 del fallo, “es inválida, en la medida en que ...”.

Sucede, efectivamente, que en el marco del artículo 267 TFUE, el TJUE procede, en su caso, a invalidar, y no anular, Derecho de la Unión; terreno este último, el de la anulación, que el TJUE reserva para los recursos directos *ex* artículo 263 TFUE. Como tempranamente declaró el TJUE en el *asunto Schwarze* (1965), “si bien es cierto que el Tribunal de Justicia no puede verse abocado a declarar la nulidad de un acto por la vía del artículo 177 [actual 267 TFUE], el propio tenor de dicha disposición le reconoce, en cambio, la competencia para pronunciarse sobre la validez de un acto de dicha naturaleza”.

Ahora bien, ¿cuáles son las diferencias entre ambas técnicas, anulatoria e invalidatoria?

* * *

La respuesta en el caso de la técnica anulatoria parece en principio clara: equivale a una expulsión de la disposición afectada del ordenamiento jurídico de la Unión, quedando en manos del TJUE la determinación de los efectos anulatorios en el tiempo. “Si el recurso fuere fundado”, establece el artículo 264 TFUE refiriéndose al precepto que le precede (esto es, al recurso de anulación *ex* artículo 263), “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado”. “Sin embargo”, precisa el mismo precepto justo a continuación, “el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban considerarse como definitivos”.

Así pues, efectos *erga omnes* y *ex tunc* de las sentencias anulatorias, salvo que el TJUE, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 264 TFUE, se decante, motivadamente, por una eficacia *ex nunc* de la anulación declarada (*sentencias no retroactivas*); facultad de definición de los efectos de la nulidad en el tiempo que el TJUE extendería, en una jurisprudencia que se remonta a la década de los ochenta, hacia el futuro, postergando los efectos anulatorios hasta la adopción de las medidas

de ejecución ordenadas en la propia sentencia anulatoria (*sentencias prospectivas*). Tal fue el caso, por ejemplo, en el *asunto Comisión v. Consejo* resuelto en 1982 (59/81), en el que el TJUE, tras anular sendos reglamentos sobre adaptación de remuneraciones y de pensiones de funcionarios y otros agentes europeos, sostuvo que, “no obstante, con el fin de evitar una discontinuidad en el régimen de retribuciones, procede mantener en vigor los efectos de las disposiciones de los Reglamentos anulados [...] hasta que el Consejo haya tomado las medidas que está obligado a adoptar para garantizar la ejecución de la presente sentencia [a saber, medidas de adaptación de los coeficientes correctores aplicables en once países cuyo índice de inflación era especialmente elevado]”. Distinto argumento utilizaría el TJUE en el *asunto Timex v. Consejo* (1985), en el que, anulado por insuficiente un precepto reglamentario que establecía un derecho *antidumping* sobre relojes de pulsera mecánicos originarios de la Unión Soviética, ordenó mantener el derecho *antidumping* hasta su sustitución por otro de tasa más elevada.

* * *

Por lo que respecta a la técnica invalidatoria propia de la vía prejudicial, la respuesta concerniente a sus efectos, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, también parece clara: en la práctica, coinciden con los de la técnica anulatoria.

Efectivamente, las bases para difuminar la frontera entre ambas técnicas fueron sentadas por el TJUE allá por 1981, en el *asunto International Chemical Corporation*: “Cuando el Tribunal de Justicia, en el marco del artículo 177 [actual 267 TFUE], declara inválido un acto de una de las Instituciones, exigencias especialmente imperiosas de seguridad jurídica se añaden a las relativas a la aplicación uniforme del Derecho comunitario. De la naturaleza misma de dicha declaración se deriva, en efecto, que un órgano jurisdiccional nacional no podrá aplicar el acto declarado inválido sin crear de nuevo graves incertidumbres en lo que atañe al Derecho comunitario aplicable. Por consiguiente, una sentencia del Tribunal de Justicia que declara, con arreglo al artículo 177 del Tratado, la invalidez de un acto de una Institución, en particular de un Reglamento del Consejo o de la Comisión, aunque sólo se dirige directamente al órgano jurisdiccional que planteó la cuestión al Tribunal de Justicia, constituye *razón suficiente para que cualquier otro órgano jurisdiccional considere dicho acto inválido a los efectos de una decisión que deba dictar*”.

Un paso más daría el TJUE en 1987 en el célebre *asunto Foto-Frost*, en el que, allanando el terreno para la consagración del sistema de control *concentrado* de europeidad de las normas de la Unión, sostuvo, trayendo a cola-

ción *International Chemical Corporation*, lo siguiente: “Las competencias reconocidas al Tribunal de Justicia por el artículo 177 tienen esencialmente por objeto garantizar una aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta exigencia de uniformidad es particularmente imperiosa cuando se trata de la validez de un acto comunitario [...] Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios pueden llegar a comprometer la misma unidad del ordenamiento jurídico comunitario y perjudicar la exigencia fundamental de la seguridad jurídica”. Aun cuando el razonamiento posterior derivaría, como adelantaba, en la negación de invalidaciones del Derecho de la Unión por los jueces nacionales sobre la base de su propia autoridad, era evidente que su fundamento resultaba extrapolable a la negación de *validaciones* del Derecho de la Unión por los jueces nacionales *en contra de las invalidaciones* de ese mismo Derecho de la Unión previamente declaradas por el TJUE.

Por otro lado, ya en 1980 había procedido el TJUE, en un contexto prejudicial de validez, “a la aplicación por analogía del párrafo segundo del artículo 174 del Tratado [actual 264 TFUE], según el cual el Tribunal de Justicia podrá señalar aquellos efectos del Reglamento decla-

rado nulo que deban ser considerados como definitivos, por los mismos motivos de seguridad jurídica que los que fundamentan dicha disposición” (*asuntos Providence Agricole de la Champagne, Roquette Frères y Maiseries de Beauce*). Ello le llevaría a afirmar abiertamente, en 1994, que “una sentencia del Tribunal de Justicia por la que se declara con carácter prejudicial la invalidez de un acto comunitario tiene, en principio, efecto retroactivo, al igual que una sentencia de anulación” (*asunto Roquette Frères*). Además, la modulación de dicho efecto temporal, ya admitida, según acabamos de ver, en 1980, sería extendida también hacia el futuro, llegando el TJUE, por ejemplo, a supeditar la eficacia de la invalidez a “la expiración de un período transitorio adecuado” (*asunto Association belge des Consommateurs Test-Achats e.a.*, 2011).

En fin, la equiparación entre anulación e invalidez ha aflorado igualmente en el contexto de la presunción de legalidad, siendo una constante jurisprudencial la aseveración según la cual “la presunción de legalidad de los actos de las instituciones comunitarias implica que éstos 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” (por ejemplo, *asuntos CELF*, 2008 y *CIVAD*, 2012).

Por tanto, y recapitulando con palabras del AG Bobek en el ya citado *asunto FBF* (2021): “Es jurisprudencia reiterada que la remisión prejudicial para que se aprecie la validez de un acto constituye, de la misma manera que el recurso de anulación, una modalidad del control de legalidad de los actos de la Unión. Aunque, en caso de apreciarse incompatibilidad entre el acto de la Unión controvertido y una normativa superior de la Unión, los resultados de uno y otro procedimiento presentan ligeras diferencias formales (en concreto, la anulación con arreglo al artículo 263 TFUE, frente a la declaración de invalidez con arreglo al artículo 267 TFUE), comparten los mismos efectos jurídicos *erga omnes* y, en general, *ex tunc*: el acto de la Unión controvertido debe considerarse nulo y no se ha de seguir aplicando”. De ahí que, puntualizaría por mi parte, se trataría en definitiva de una diferencia tan ligeramente formal, que sólo sería nominal.

* * *

Según dispone el artículo 277 TFUE, “aunque haya expirado el plazo previsto en el párrafo sexto del artículo 263, cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione un acto de alcance general adoptado por una institución, órgano u organismo de la Unión podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea alegando la *inaplicabilidad* de dicho

acto por los motivos previstos en el párrafo segundo del artículo 263”.

Esta vía de la excepción de ilegalidad, que como la prejudicial de validez, constituye también una modalidad de control *indirecto* del Derecho de la Unión (pues, como en la prejudicial, se discute la legalidad del Derecho de la Unión con ocasión de sus actos de aplicación, que son los recurridos directamente ante el juez nacional -en el caso de la prejudicial- o ante el juez europeo -en el caso de la excepción-), “sólo produce”, sin embargo, “efectos jurídicos entre las partes de dicho litigio [esto es, del litigio principal ante el juez europeo en cuyo marco se activa la excepción como cuestión incidental]” (*asunto Consejo v. Busacca e.a.*, 2000).

Sigue así el TJUE (y el TG: *asunto BCE v. Cerafogli*, 2016) anclado en una jurisprudencia que se remonta a los primeros años de la CECA. Concretamente, a la sentada a partir del *asunto Meroni v. Alta Autoridad* (1958), en el que declaró que “la facultad que tiene un demandante de alegar en apoyo de un recurso dirigido contra una Decisión individual, una vez transcurrido el plazo previsto en el último párrafo del artículo 33 [del TCECA, equivalente al actual 277 TFUE], la irregularidad de las Decisiones y Recomendaciones generales en las cuales se basa la Decisión individual contra

la cual se interpone recurso, *no puede provocar la anulación de la Decisión general, sino sólo de la individual que de ella se deriva*”.

El problema de tal jurisprudencia es que casa mal, muy mal, con un sacrosanto principio del Derecho de la Unión como es el de seguridad jurídica, el cual reclama, entre otras cosas, cierta coherencia y limpieza ordinamentales allí donde resulten posibles.

En efecto, no parece muy coherente que quien dispone de plenas facultades anulatorias en el marco de un recurso directo contra una disposición general, no proceda a su anulación en el marco de una impugnación indirecta, obligando a nuevas impugnaciones de sucesivos actos de aplicación para obtener, dado el valor del precedente (*stare decisis* al que, según algunos AG -Bobek, Campos-, se adhiere en la práctica, o debería hacerlo, el TJUE), posteriores inaplicaciones de la norma en cuestión, hasta su modificación o derogación por la institución o la autoridad competente.

Por otro lado, si ya repugna al administrado la idea de una legislación intensamente motorizada, cuando no desbocada, que cubre miles y miles de páginas de los diarios oficiales de la Unión y de sus Estados miembros, no resulta excesivamente difícil imaginar su sensación de hastío si a esa legislación la sumimos en

un estado de incertidumbre de la mano de normas contrarias a Derecho que, pese a tal constatación por el TJUE, permanecen en el ordenamiento en espera de su depuración por el poder normativo.

Sirva como botón de muestra lo sucedido en el contencioso-administrativo español. Tras décadas de incertidumbre, en el ámbito reglamentario, similar a la expuesta en lo concerniente al Derecho de la Unión, se decidió que “la impugnación de las disposiciones generales [en el marco de “lo que se han dado en llamar recursos directo e indirecto”]... aboque siempre a una decisión judicial clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar... situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas” (Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, que vino a sustituir a la de 1956).

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, por su parte, se previó desde el primer momento, en la LOTC de 1979, la autocuestión de constitucionalidad, con la finalidad, asimismo, de depurar del ordenamiento jurídico las leyes contrarias a la Constitución con ocasión de la resolución de los recursos de amparo.

En el caso de la Unión, creo, como también creía en relación con el rechazo por el TJUE a

admitir la impugnación de *soft law* vía directa, ex artículo 263 TFUE, que la letra del Tratado no supone, ni mucho menos, un obstáculo insalvable.

Así, no creo que la referencia del artículo 277 TFUE a la alegación *ex parte* de “inaplicabilidad” tenga que llevar aparejada, inexorablemente, la imposibilidad de acompañar la misma, en caso de ser estimada, de una declaración de nulidad.

De hecho, puede aquí traerse a colación la jurisprudencia del TJUE antes citada en la que, en el contexto de la presunción de legalidad en el Derecho de la Unión, se equiparan los artículos 263, 267 y 277 TFUE.

De hecho, también, a pesar de que lejanamente, allá por 1962 (en los *asuntos Wöhrmann y Lütticke v. Comisión*), el TJUE llegara a afirmar que “el artículo 184 [actual 277] tiene como única finalidad proteger al justiciable contra la aplicación de un Reglamento que no sea conforme a Derecho, sin que el Reglamento mismo sea, no obstante, objeto de impugnación, al haber devenido inimpugnable por la expiración de los plazos del artículo 173 [actual 263]”, lo cierto es que en pronunciamientos posteriores, mucho más próximos en el tiempo, no ha dudado en referirse a la excepción de ilegalidad como vía para cuestionar la “*validez*”

de los disposiciones que constituyan la base jurídica de los actos impugnados (*asunto TWD*, 1994), llegando a equipararla, en el marco del sistema jurisdiccional de la Unión, a la cuestión prejudicial de validez: “En dicho sistema”, sostuvo el TJUE en el *asunto Unión de Pequeños Agricultores v. Consejo* (2002), “las personas físicas o jurídicas que, debido a los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 173, párrafo cuarto, del Tratado, no puedan impugnar directamente actos comunitarios de alcance general, tienen la posibilidad, según los casos, de invocar la *invalidez* de tales actos bien de manera incidental ante el juez comunitario, en virtud del artículo 184 del Tratado, bien ante los órganos jurisdiccionales nacionales, e instar a estos órganos, que no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de tales actos, a que soliciten un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre este extremo por medio de la cuestión prejudicial”.

Asumido, por lo demás, que recaería sobre el TJUE, y no sobre el TG, la depuración del ordenamiento jurídico de la Unión de disposiciones europeas contrarias a otras de rango superior, no considero indispensable para proceder a tal depuración la reforma de las normas procedimentales de Luxemburgo, pues, como regla general, las estimaciones de la excepción por parte del TG serán recurridas en casación ante el TJUE, ante quien siempre podrán inter-

venir tanto las Instituciones como los Estados miembros, así como autoridades u órganos europeos, condicionada en este último caso por la autoría de la disposición cuestionada (artículo 40 del Estatuto). Debería entonces el TJUE pronunciarse al respecto con efectos *erga omnes*, bien ratificando la ilegalidad de la disposición constatada por el TG, bien, por el contrario, bendiciendo la legalidad de la disposición en cuestión (como por ejemplo hizo en los *asuntos acumulados Comisión v. Landesbank Baden-Württemberg y JUR*, 2021, en los que confirmó la anulación de una Decisión decretada por el TG, pero descartando como fundamento la ilegalidad del Reglamento Delegado que le habría servido de cobertura).

7. La ambigua frontera entre los actos delegados y los actos de ejecución.

La lógica de los “actos delegados” y los “actos de ejecución”, así denominados por el propio TFUE (artículos, respectivamente, 290.3 y 291.4), entronca, pese a tratarse en ambos casos de un producto de Lisboa (2009), con los inicios mismos del funcionamiento institucional de la Unión.

En efecto, ya el artículo 155 TCEE preveía la atribución por el Consejo de poderes de ejecución a la Comisión; precepto que, reforzado “con las concepciones jurídicas

aceptadas en todos los Estados miembros”, llevaría al TJUE a considerar en el *asunto Köster* (1970), en el marco de la PAC, “que no se puede, pues, exigir que todos los detalles de los Reglamentos relativos a la política agrícola común sean elaborados por el Consejo según el procedimiento del artículo 43 [que regulaba, y que regula hoy el también 43 del TFUE, el procedimiento para establecer la organización común de los mercados agrícolas]; que se cumple esta disposición cuando los elementos esenciales de la materia que hay que regular son aprobados de acuerdo con el procedimiento previsto en dicha disposición; que, por el contrario, las disposiciones de ejecución de los Reglamentos de base pueden ser aprobadas según un procedimiento diferente al del artículo 43, bien por el propio Consejo, bien por la Comisión en virtud de una habilitación de acuerdo con el artículo 155”.

Posteriormente, esta atribución de poderes en favor de la Comisión se detallaría y perfeccionaría en 1986 con el Acta Única (artículo 145 TCEE, que pasaría a ser el artículo 202 TCE con la reforma de Maastricht).

Pero será el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (2004) el que por vez primera incorpore la dicotomía actos delegados/actos de ejecución (artículos I-36 y I-37); entre otras razones, porque, pese

a que esa atribución de poderes en favor de la Comisión alcanzaba también, a esas alturas, a la ejecución de normas adoptadas conjuntamente por el Parlamento y el Consejo, el control sobre el ejercicio de dicha atribución, hubiera intervenido o no el Parlamento en la misma, seguía descansando sobre los representantes de los Estados miembros en los Comités creados al efecto por el Decisión del Consejo 1999/468/CE (“Decisión sobre Comitología”, la cual, tras el fiasco del Tratado constitucional, sería modificada en 2006, incorporando un sistema mixto de control por un comité de representantes de los Estados miembros y por el Consejo / Parlamento, bautizado como “procedimiento de reglamentación con control”).

Surge así la dicotomía entre “reglamentos europeos delegados” y “reglamentos europeos/decisiones europeas de ejecución”, origen más próximo y directo de los “actos delegados” y los “actos de ejecución” de los que se ocupan en la actualidad los artículos 290 y 291 TFUE.

* * *

Así las cosas, conviene traer a colación las consideraciones que llevaron al Grupo de Trabajo IX “Simplificación”, que funcionó en el seno de la Convención que preparó el Tratado constitucional de 2004, a incorporar a éste la referida dicotomía.

El Grupo “Simplificación”, hay que recordar, recomendó la introducción de la nueva categoría de los actos delegados debido a que “no existe un mecanismo que permita al legislador delegar los aspectos o las precisiones técnicas de la legislación, reservándose al mismo tiempo el control sobre dicha delegación”. “Efectivamente”, razonó el Grupo, “en la situación actual, el legislador está obligado o bien a ir hasta el mínimo detalle en las disposiciones que adopte, o bien a transferir a la Comisión los aspectos más técnicos o detallados de la legislación, como si se tratara de medidas de ejecución sometidas al control de los Estados miembros”.

A juicio de algunos integrantes del Grupo, el problema podría resolverse de forma más sencilla, concediendo al legislador (Parlamento Europeo y Consejo) un derecho de avocación sobre los actos de ejecución sometidos a dicho control de los Estados miembros a través del sistema de “Comitología”. Las conclusiones del Grupo, sin embargo, descartaron tal opción por el siguiente motivo: los actos de ejecución serían, en principio, competencia de los Estados miembros (y no, por tanto, del legislador europeo), y únicamente a título excepcional podrían ser adoptados por la Comisión (o en ciertos casos específicos, por el Consejo); por la misma razón, los actos de ejecución adoptados por la Comisión estarían sujetos al control

de los comités integrados por representantes del los Estados miembros.

* * *

El diseño del Tratado constitucional, claramente heredado por el Tratado de Lisboa (como expresamente admitió el TJUE en el *asunto biocidas*, al que me referiré *infra*), habría partido de la siguiente premisa: dada la naturaleza de la operación de delegación, que incidiría sobre las competencias del legislador *de la Unión* (Parlamento Europeo y Consejo), el procedimiento para la adopción del acto delegado respondería a determinadas características, reconducibles en esencia al control por el propio legislador sobre el ejercicio de la delegación; dada, por su parte, la naturaleza de la habilitación en virtud del artículo 291, que afectaría a las competencias *de los Estados miembros*, serían los representantes de éstos los que, integrados en comités de expertos, interpondrían en el procedimiento de adopción por la Comisión de los actos de ejecución.

De hecho, resulta significativo, en este último terreno de la Comitología, el cambio mismo operado en la denominación de sus instrumentos reguladores, haciendo explícito, tras la reforma de Lisboa, el control al respecto de los Estados miembros: frente a la Decisión del Consejo antes mencionada 1999/468/CE, “por la que se establecen los procedimientos para

el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión”, el Reglamento (UE) 182/2011, “ por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de *control por parte de los Estados miembros* del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión”.

El referido diseño fue también asumido por el AG Cruz Villalón en el primer asunto, conocido como “*biocidas*”, en el que el TJUE tuvo que hacer frente a la esencia de la dicotomía (*Comisión v. Parlamento y Consejo*, 2014). Meses antes, en el *asunto Reino Unido v. Consejo y Parlamento* (2014), el TJUE había eludido pronunciarse al respecto; no así el AG Jääskinen, quien, en la línea, como veremos a continuación, de Pedro Cruz, opinó que “la principal cuestión constitucional relativa a los actos delegados en virtud del artículo 290 TFUE se refiere a la responsabilidad democrática”, mientras que “los principales aspectos constitucionales en relación con los actos de ejecución en virtud del artículo 291 TFUE son el respeto de la competencia primaria de los Estados miembros para la ejecución del Derecho de la Unión”.

“La razón profunda de la divisoria entre los artículos 290 TFUE y 291 TFUE”, sostuvo en *biocidas* Pedro Cruz, “no es tanto (o tan sólo) la necesidad de delimitar la frontera entre la

legislación y la ejecución como fases sucesivas del procedimiento de producción de normas de la Unión, cuanto, antes aún, la voluntad de hacer valer los límites entre las competencias respectivas de la Unión y de los Estados miembros”. Así, continuó razonando, mientras que en el caso del artículo 290 “se trata de delegar en una institución el ejercicio de potestades pertenecientes a otras instituciones de la propia Unión”, el artículo 291 “plantea siempre una cuestión previa, a saber, si la ejecución corresponde a la Unión o a los Estados miembros, lo que siempre depende de una circunstancia objetiva, indisponible por las instituciones de la Unión: que la ejecución requiera condiciones uniformes” (por lo que “a la cuestión del deslinde generalidad / concreción típica de la delegación y de la habilitación legislativas se une la de la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros”).

Por mi parte, y coincidiendo con la esencia de tal razonamiento, quizás explicaría la última parte del mismo de otra manera: creo que el punto de partida del artículo 291 es que estaríamos en un terreno competencial propio de los Estados miembros (apartado 1), el cual, en el caso de requerir objetivamente condiciones uniformes de ejecución, permitiría (apartado 2) la habilitación en favor de la Unión (bien de la Comisión como regla general, bien del Consejo en casos específicos).

Recapitulando de manera sintética: el artículo 290 versaría sobre el reparto horizontal del poder en el seno de la propia Unión, mientras que el 291 atañería a la distribución del poder en términos verticales, entre la Unión y los Estados miembros. O, explicado en otros términos, la esencia de los actos delegados estaría en determinar *qué* deben hacer los Estados miembros; la de los actos de ejecución, en puntualizar, en caso necesario, *cómo* deben actuar para cumplir con sus obligaciones ya definidas.

Sin embargo, no fue esa, como veremos, la línea seguida por el TJUE, como tampoco lo ha sido, como asimismo veremos, la seguida por las propias Instituciones políticas de la Unión, desembocando ello en una difuminación de la frontera entre ambos instrumentos, hasta hacerla prácticamente desaparecer, en especial en la “zona gris” de “complemento”, en el caso de los actos delegados, y de “precisión”, en el de los actos de ejecución.

* * *

Comenzando por la praxis política, habría que denunciar, de entrada, que la propia abundancia de *soft law* producido en relación con el recurso a los artículos 290 y 291 aleja mucho a los mismos del objetivo de la “simplificación” del sistema de fuentes que perseguía, destacando su trascendencia, el constituyente europeo de 2004.

En efecto, el ya referido Grupo de Trabajo IX comenzaba su Informe Final (CONV 424/02) con las siguientes palabras: “La simplificación de los instrumentos y procedimientos de la Unión que persigue la Convención es una operación con repercusiones considerables que tienen relación directa con el nivel de democracia de nuestras instituciones. El sistema de la Unión, tal y como lo conocemos, es poco “legible”, poco comprensible para los ciudadanos. Ahora bien, la posibilidad de criticar el sistema es uno de los factores clave de la democracia. Es preciso que los ciudadanos puedan comprender el sistema para definir sus problemas, criticarlo y, a la postre, controlarlo”.

Pues bien, poco ayuda a la comprensión del sistema, heredado en lo que aquí interesa por Lisboa, el que las Instituciones implicadas hayan recurrido a lo largo de esta última década a un conjunto exacerbado de instrumentos de *soft law* (alguno de ellos, para más inri, realmente difícil de localizar) con el que, en última instancia, en vez de aportar claridad y certidumbre, lo que han hecho es agudizar la sensación de una Bruselas tiranizada burocráticamente: Declaraciones de la Comisión anejas al Reglamento 182/2011, sobre Comitología; apenas un mes después, Acuerdo Común del Parlamento, el Consejo y la Comisión sobre actos delegados (no publicado); Acuer-

do Interinstitucional entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión sobre la mejora de la legislación (2016), con un Anexo dedicado a un Acuerdo común entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los actos delegados, que vendría a sustituir al de 2011; en fin, y de nuevo a tres bandas, Criterios no vinculantes para la aplicación de los artículos 290 y 291 (2019). A tales instrumentos habría que añadir, por otro lado, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 9 de diciembre de 2009, relativa a la aplicación del artículo 290 TFUE, y las Directrices a los servicios de la Comisión, de 24 de junio de 2011, sobre los actos delegados (manejadas éstas, por cierto, como herramienta hermenéutica por el TJUE en el asunto “*Mecanismo Conectar Europa*”, sobre el que volveré).

Así las cosas, interesa recalcar, desde un punto de vista ya sustancial, la llamativa circunstancia, apenas esbozada en el Acuerdo Común de 2011, de que el Acuerdo Común de 2016 incorporara a los expertos nacionales (cuyo hábitat natural es, según lo indicado y por las razones expuestas, el artículo 291) a los efectos de su consulta por la Comisión en el marco del artículo 290: “En la elaboración de sus proyectos de actos delegados, la Comisión consultará a los expertos designados por los Estados miembros. Los expertos de los Estados

miembros serán consultados en tiempo oportuno acerca de cada proyecto de acto delegado elaborado por los servicios de la Comisión. Los proyectos de actos delegados serán compartidos con los expertos de los Estados miembros. Dichas consultas se llevarán a cabo a través de los grupos de expertos existentes, o en reuniones *ad hoc* con expertos de los Estados miembros”.

Nos encontramos, en consecuencia, ante la irrupción del sistema de comités de expertos nacionales, propio del artículo 291, en el terreno del artículo 290. Lo cual difumina la frontera entre ambos, habida cuenta de que la razón del control de dichos comités sobre la Comisión descansaría, según parecería haber sido la voluntad del constituyente europeo, en la filosofía subyacente tras el artículo 291 (distribución del poder en términos verticales), distinta de la que inspiraría el artículo 290 (reparto horizontal del poder).

Por lo demás, la praxis política también arroja ejemplos al margen de la ortodoxia del artículo 291 y su “Comitología”.

Es el caso, por ejemplo, del Reglamento (UE) 2021/785, por el que se establece el Programa de la Unión de Lucha contra el Fraude, que, a fin de garantizar condiciones uniformes de ejecución del Programa, confiere a la Co-

misión competencias para adoptar programas de trabajo que establezcan, entre otras cosas, las prioridades y los criterios de evaluación para las subvenciones destinadas a acciones. Y lo hace omitiendo cualquier referencia a la “Comitología” (como expresamente advierte el Documento del Consejo 5330/21 ADD 1).

En las antípodas cabría situar al Reglamento (UE) 2021/241, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, el cual prevé que, antes de adoptar una decisión de ejecución (sometida a la Comitología, concretamente, al “procedimiento de examen”) a los efectos de autorizar el desembolso de la contribución financiera (y, cuando corresponda, del préstamo), la Comisión deba solicitar no sólo el dictamen del Comité Económico y Financiero, sino, además, que los Estados miembros puedan activar un complejo mecanismo de control, explicado en la Exposición de Motivos en los siguientes términos: “En el caso excepcional de que uno o más Estados miembros consideren que existen desviaciones graves del cumplimiento satisfactorio de los hitos y objetivos pertinentes, pueden solicitar al presidente del Consejo Europeo que remita la cuestión al próximo Consejo Europeo. Los Estados miembros respectivos también deben informar sin demora indebida al Consejo, que debe, a su vez, informar sin demora al Parlamento Europeo. En dichas cir-

cunstancias excepcionales, no se debe tomar ninguna decisión que autorice el desembolso de la contribución financiera y, cuando corresponda, al préstamo hasta que el próximo Consejo Europeo haya debatido exhaustivamente el asunto. Tal proceso no debe demorarse, por regla general, más de tres meses a partir del momento en que la Comisión haya solicitado su dictamen al Comité Económico y Financiero.”.

* * *

Por lo que respecta al TJUE, también ha contribuido con su jurisprudencia a difuminar la frontera entre los actos delegados y los actos de ejecución, particularmente en las zonas grises donde se habría hecho más necesario un esfuerzo por deslindar.

En efecto, dejando al margen aquellos supuestos que claramente quedarían excluidos del artículo 290 en favor del 291 (así, imposibilidad de delegar mediante actos no legislativos, o para la adopción de medidas de naturaleza individual, o delegaciones en favor del propio Consejo), el TJUE, aun diferenciando (o haciendo el esfuerzo por hacerlo) entre ambos tipos de actos, termina por dejar la decisión acerca de cuándo recurrir a unos u otros, allí donde la exclusión no está explicitada, en manos del legislador: “El legislador de la Unión”, sostuvo el TJUE en *biocidas*, “dispone de una

facultad de apreciación cuando decide atribuir a la Comisión un poder delegado en virtud del artículo 290 TFUE, apartado 1, o un poder de ejecución en virtud del artículo 291 TFUE, apartado 2”. “Por lo tanto”, añadió, “el control jurisdiccional se limita a los errores manifiestos de apreciación”.

¿Cuáles serían esos errores manifiestos de apreciación?

Aquellos concernientes a los supuestos claramente excluidos, a los que antes me he referido. Y es que, pese a los intentos del TJUE por discernir entre delegaciones a los efectos de “completar” los elementos no esenciales del acto delegante, y habilitaciones con el fin de “precisar” el contenido del acto habilitante, lo cierto es que, dada la dificultad de operar tal discernimiento en la práctica, el resultado final es dejar en manos del legislador la decisión en favor del artículo 290 o del 291.

En efecto, la distinción parece clara en términos teóricos: mientras que “en el marco del ejercicio del poder de ejecución (artículo 291) que se le confiere, la institución de que se trate debe *precisar el contenido de un acto legislativo*” (*asunto Comisión v. Parlamento y Consejo*, 2015, “*reciprocidad en el visado*”), en el contexto de la delegación (artículo 290) el acto delegado procede a “desarrollar” aspec-

tos que no han sido definidos por el legislador (*asunto Parlamento v. Consejo y Comisión*, 2016, “*Mecanismo Conectar Europa*”).

No obstante, ya en mismo *asunto* “*Mecanismo Conectar Europa*”, el propio TJUE diluyó la distinción teórica recién reseñada, al referirse a que “la delegación de los poderes para «completar» un acto legislativo tiene por objeto únicamente facultar a la Comisión a *precisar el contenido de ese acto*”; o al desarrollo, *ex artículo 290*, “de forma detallada”.

Las dificultades arrecian, por otro lado, al descender al terreno práctico.

Sirva como botón de muestra el *asunto Parlamento v. Comisión* (2014, “*EURES*”), concerniente a una supuesta extralimitación en el ejercicio de los poderes de ejecución conferidos, *ex artículo 291*, a la Comisión. El motivo alegado por el Parlamento: el acto de ejecución habría procedido a “completar”, y no simplemente a “precisar”, el acto habilitante.

Pues bien, el TJUE desestimó que se hubiese producido extralimitación alguna en relación con todos y cada uno de los preceptos impugnados del acto de ejecución.

En relación, concretamente, a la tarea encomendada por la Decisión de ejecución a la

Oficina Europea para la Coordinación de la compensación de las ofertas y demandas de empleo, consistente en confiar a dicha Oficina “el desarrollo de un planteamiento general de la movilidad de conformidad con la Estrategia Europea de Empleo”, el TJUE consideró que tales planteamientos generales únicamente pueden dirigirse a preparar la adopción de las medidas reguladoras previstas en el Reglamento habilitante y a apoyar los esfuerzos de los Estados miembros hacia la coordinación de su política de empleo, de conformidad también con el Reglamento habilitante, pero sin completar o modificar la naturaleza de la acción de apoyo de dicha Oficina prevista por dicho Reglamento (que atribuía a la Oficina la “misión general de favorecer, en la Unión, la relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo”, quedando encargada de “todas las tareas técnicas que en este campo y en los términos del presente Reglamento incumban a la Comisión, y especialmente prestará asistencia a los servicios nacionales de empleo”).

El AG Cruz Villalón, en cambio, opinó que la referida tarea atribuida a la Oficina por la Decisión de ejecución, consistente en desarrollar un planteamiento general de la movilidad de conformidad con la Estrategia Europea de Empleo, excedería las “tareas de carácter eminentemente técnico y práctico, en cuyo

desempeño no hay lugar para el ejercicio de ningún poder de apreciación discrecional, política, y, por tanto, para la opción entre distintas alternativas”. En concreto, supondría “un salto cualitativo de las actividades confiadas a la Oficina” haciéndola partícipe “de manera activa en la elaboración de una *política* sobre la movilidad”. “Política que”, puntualizó aún más Pedro Cruz, “en sus grandes líneas, vendrá marcada, desde luego, por la Estrategia Europea de Empleo, pero justamente sólo en sus grandes líneas, como corresponde a una directriz de esa naturaleza, de manera que el margen de discrecionalidad en el que la Oficina ha de moverse en ese contexto no es en absoluto desdeñable”, por lo que en este punto la Comisión habría ido “más allá de «precisar el contenido normativo» del acto legislativo”.

* * *

Por lo demás, sucede que incluso a la hora de discernir, sin salir del artículo 290, entre las operaciones de “completar” y de “modificar”, han surgido igualmente problemas en la práctica.

Así, por ejemplo, la premisa de la que partió el TJUE en el *asunto “Mecanismo Conectar Europa”* fue la siguiente: “de la disyunción que introduce el artículo 290 TFUE, apartado 1, en la expresión «completan o modifican», se deduce que está diferenciando claramente

entre las dos categorías previstas de poderes delegados”.

Pues bien, partiendo de tal premisa, el TJUE se esforzó por sustentar la distinción entre ambas categorías en términos materiales: por un lado, “la delegación de los poderes para «completar» un acto legislativo tiene por objeto únicamente facultar a la Comisión a *precisar* el contenido de ese acto” (mezclando aquí el TJUE, como adelanté, las nociones de “desarrollo” -propia del 290- y de “precisión” -propia del 291), de manera que cuando la Comisión ejerce tales poderes, “su mandato se limita al desarrollo detallado, dentro del respeto del contenido íntegro del acto legislativo adoptado por el legislador, de elementos no esenciales de la normativa de que se trate que no fueron definidos por éste”; ello a diferencia, por otro lado, de la delegación de poderes para «modificar» un acto legislativo, que “tiene por objeto facultar a la Comisión a introducir cambios en aspectos no esenciales previstos en el mismo por el legislador, o a suprimirlos”, por lo que “al ejercer tales poderes, la Comisión no tiene obligación alguna de respetar el contenido de unos elementos que han de ser, conforme al mandato recibido, precisamente, «modificados»”.

Ocurre, sin embargo, que tal distinción no es tan exacta como a primera vista pudiera pa-

recer. Ni siquiera a los ojos del propio TJUE, para quien esa delegación para “modificar”, en el sentido de “introducir cambios en aspectos no esenciales” del acto delegante, podría concretarse, en última instancia, en una operación de puro complemento o precisión normativa. Prueba evidente de ello es que en el *asunto “reciprocidad en el visado”*, fallado pocos meses antes (y, por cierto, en Gran Sala), el TJUE había admitido, como delegación para “modificar”, la pura inserción de una *nota a pie de página* en un anexo del Reglamento delegante. El motivo para tal admisión, puramente *formal*, ya lo apuntaba el TJUE: la introducción del acto adoptado sobre la base de la delegación *en el propio texto* del acto delegante.

Ahondando en esta perspectiva formal de la distinción entre “completar” y “modificar”, el TJUE sostendría en “*Mecanismo Conectar Europa*” que “el ejercicio de un poder delegado para «completar» un acto legislativo en el sentido del artículo 290 TFUE, *exige* que la Comisión adopte *un acto distinto*”, el cual “podrá ser modificado por ésta cuando sea necesario, sin tener que modificar el propio acto legislativo”. En cambio, el ejercicio de un poder delegado para «modificar» conlleva “la *adición* de un elemento *al propio texto del acto legislativo*”.

* * *

Cabría, para concluir estas reflexiones, advertir nuevamente que tanto la praxis política como la jurisprudencia han ido difuminando una frontera que se introdujo, conviene no olvidar, en un contexto de simplificación y clarificación de los instrumentos y procedimientos de la Unión, directamente relacionado con el nivel de democracia y que afecta al reparto del poder en Europa en términos tanto horizontales como verticales.

Creo, en consecuencia, que la dicotomía acto delegado /acto de ejecución y la preferencia por uno u otro reviste, según formulación consolidada en la jurisprudencia del TJUE en relación con la *elección de la base jurídica* (*asunto Comisión v. Consejo*, 2015, conocido como *CMR-15*; o *Alemania v. Consejo*, 2017), “importancia de naturaleza constitucional”.

Por ello, creo también que la jurisprudencia del TJUE, como sucedió con la concerniente a la elección de la base jurídica, tenderá con el tiempo hacia un mayor refinamiento, que ya se ha ido produciendo si no en el plano de la opción del legislador (marcada por el momento, según hemos visto, por la amplia deferencia judicial), sí en el nivel del ejercicio de la delegación *ex* artículo 290/habilitación *ex* artículo 291, e incluso, en el caso de aquél, del ejercicio de la delegación para completar/modificar.

Dicho con otras palabras, parecería que la deferencia hacia el legislador a la hora de decidirse entre bien delegar, bien habilitar para una ejecución, viene siendo acompañada de una cada vez mayor restricción del margen de maniobra de la Comisión en su ejercicio.

Así, por ejemplo, no podría nunca la Comisión alterar o suprimir partes del texto de cobertura, ni siquiera en sus elementos no esenciales, si no es, exclusiva y específicamente, a través de una delegación, *ex* artículo 290, para “modificar”. Tampoco podría la Comisión incorporar el ejercicio de una delegación para “completar” en el texto mismo del acto delegante. Como no le corresponde, en fin, identificar libremente, en el marco también del artículo 290, una delegación para “desarrollar” como un apoderamiento bien para “completar”, bien para “modificar” (o lo que es igual y con palabras del propio TJUE, “las diferencias entre las dos categorías de poderes delegados que contempla el artículo 290 TFUE, apartado 1, impiden que sea la propia Comisión la que se arrogue la facultad de decidir el carácter de la habilitación que se le ha conferido”).

8. Aclaración final.

Como adelanté en la *Introducción*, no iba a ser mi intención a lo largo de estas páginas presentar al lector una suerte de “Manual” del

sistema de fuentes de la Unión en versión reducida.

Ni siquiera centrando mis esfuerzos en las sombras, lagunas e imperfecciones que habrían ido surgiendo en torno a dicho sistema, desde sus orígenes hasta las últimas novedades en virtud de la reforma de Lisboa, pretendía ser tan ambicioso en mis reflexiones como para abarcar todas ellas, ni en relación con las fuentes específicamente abordadas, ni con otras que deliberadamente he obviado.

Esto es, así como he intentado mostrar y corregir las insuficiencias teóricas y prácticas que, por ejemplo, rodean el tratamiento de los efectos del control judicial sobre las fuentes de la Unión según éste se produzca directa o indirectamente, me he permitido dejar de lado otras insuficiencias que rodean, asimismo, el ejercicio de ambos controles en cuanto a la legitimación para activarlos. Sirva también como ejemplo, sencillamente porque no me acaban de convencer las razones esgrimidas por el TJUE al respecto, las limitaciones de los Estados miembros para activar la excepción de ilegalidad en los recursos por incumplimiento.

Del mismo modo, me he mantenido al margen de otras fuentes que también integran el sistema de fuentes de la Unión, como los tra-

tados internacionales por ella celebrados, o sus actos atípicos vinculantes.

El motivo no ha sido otro que el formato de ensayo, en volumen razonable, que suele modelar las obras de esta ya clásica colección auspiciada por el Colegio de Registradores, que me honra con la incorporación de esta aportación, enriquecida, por otro lado, con unas “Variaciones”, de las que podrá disfrutar el lector a continuación, de la mano de una querida amiga y excelente académica como es Paz Andrés, Catedrática y Consejera Permanente de Estado.

El referido formato de ensayo explica, por lo demás, la ausencia de notas a pie y de citas bibliográficas, tanto en el texto de Paz Andrés como en el propio, con la finalidad de hacer más llevadera su lectura a quienes, interesados en profundizar en el estudio de este sistema jurídico tan complejo como es el de la Unión, se hayan decidido por invertir su valioso tiempo en estas páginas.

Tal ha sido, desde luego, la intención de los autores.

VARIACIONES SOBRE “EL SISTEMA EUROPEO DE FUENTES: SOMBRAS, LAGUNAS, IMPERFECCIONES”

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

SUMARIO: Introducción. –1. Cuestiones en torno al Derecho originario. –2. La enredada relación entre reglamentos y directivas. –3. La presencia del derecho internacional en el sistema de fuentes. –4. La inimpugnabilidad de las decisiones de los representantes de los Estados miembros. –5. El papel del TJUE ante las sombras, lagunas e imprecisiones del sistema de fuentes de la Unión Europea. –6. Unas variaciones atípicas.

Introducción.

Con estas *Variaciones* desarrollo mi intervención en el Seminario que la Fundación Coloquio Jurídico Europeo ofreció el 1 de diciembre de 2021 y en el que tuve el gusto de hacer de contraponente de Ricardo Alonso García.

Como apunté aquel día, asumí ese papel como un acto de valentía, porque hacer de contraponente del profesor Alonso no es tarea fácil, dada la profundidad y agudeza de sus

conocimientos y dada también –todo hay que decirlo- la seguridad en los planteamientos que le caracteriza.

Conviene aclarar en todo caso que el sentido que en la organización del acto se atribuyó a mi función no era el de “comparar o cotejar algo con otra cosa contraria o diversa”, ni mucho menos el de “poner una cosa contra otra para estorbarle su efecto”, acepciones ambas que figuran en el Diccionario de la lengua española de la RAE en relación con la acción de contraponer, sino el de complementar su intervención.

El objetivo en el que le acompañé oralmente entonces y por escrito ahora es el de poner de relieve las lagunas, sombras e imperfecciones del sistema de fuentes de la Unión Europeo, aunque como Ricardo Alonso aclara, no se trata ni de abordar todas las fuentes ni de analizar todas las deficiencias, sino de ofrecer una selección. En lo que a mí respecta, coincidiré con él en abordar algunos temas y apuntaré otros distintos.

Por otra parte, conviene reconocer que la utilización del concepto de “sistema de fuentes” para referirnos al derecho de la Unión Europea es discutible, dadas las peculiaridades del sistema de producción normativa de esa organización supranacional, por lo que algunos

optan con acierto por hablar del “sistema de normas y actos jurídicos de la Unión Europea”. Creo que esta formulación es preferible porque permite englobar mejor el complejo conglomerado normativo con el que actúa la Unión, tan distinto del estatal. En todo caso, también es cierto que la expresión acogida en el título de este Seminario es de uso frecuente.

En el análisis, comenzaré comentando algunas cuestiones en torno al derecho originario, pasaré después a reflexionar sobre la enredada relación entre reglamentos y directivas y luego me ocuparé de la presencia del derecho internacional en el sistema de fuentes así como de la inimpugnabilidad de las decisiones de los representantes de los Estados miembros, para acabar deteniéndome en el papel del TJUE ante las sombras, lagunas e imprecisiones del sistema de fuentes de la Unión Europea.

1. Cuestiones en torno al Derecho originario.

El hecho de que el TJUE sea competente para controlar las reformas simplificadas de los Tratados, ya sea al amparo de las previsiones generales del art. 48. 6 y 7 TUE o de otras previsiones específicas como las de los artículos 86.4 y 281 TFUE ¿significa que se debe matizar la afirmación clásica según la cual el TJUE no puede examinar la validez del de-

recho originario? ¿Proporciona la Sentencia *Pringle* (2012) una base para refutar dicha afirmación?

No lo creo así. En realidad, lo que en ese asunto dijo el Tribunal que podía hacer es comprobar si cuando los Estados miembros proceden a una revisión de la totalidad o parte de las disposiciones de la tercera parte del TFUE mediante el procedimiento simplificado respetan las condiciones establecidas al efecto en el art. 48.6 TUE, es decir, le corresponde comprobar, por un lado, si se han cumplido las reglas de procedimiento allí establecidas y, por otro, si las modificaciones decididas solo afectan a la tercera parte del TFUE. Por lo demás, en *Pringle* reiteró que “el examen de la validez del Derecho primario no forma parte de la competencia del Tribunal de Justicia” y explicó que en estos casos su papel es el de velar “por que los Estados miembros, cuando procedan a una revisión del Tratado FUE mediante ese procedimiento simplificado, hayan respetado las condiciones enunciadas por esa disposición”.

En definitiva, el objeto de control es el acto de la institución. Así lo aclaró también el Tribunal en *Pringle*, precisando que “la cuestión de validez tiene por objeto una Decisión del Consejo Europeo”, añadiendo que como quiera que el control de la observancia de las

condiciones fijadas en el artículo 48.6 TUE es necesario para comprobar si puede aplicarse el procedimiento de revisión simplificado, incumbe al TJ examinar su validez, tanto en cuanto al procedimiento seguido para la adopción de la Decisión como en lo que atañe a los límites materiales de esta.

No lo es en cambio el derecho originario, por cuya preservación vela precisamente el citado artículo. En efecto, como indicó en sus Conclusiones la AG Kokott, al Consejo Europeo no sólo se le impide adoptar una decisión que reforme el texto de los Tratados al margen de la tercera parte del Tratado FUE, sino que tampoco puede reformar el texto de la tercera parte del Tratado FUE de modo que contradiga lo dispuesto en el Derecho primario recogido fuera de esa parte, de forma que una decisión adoptada conforme al artículo 48 TUE, apartado 6, párrafo segundo, primera frase, debe valorarse tomando también como referencia disposiciones de Derecho primario que se hallan fuera de la tercera parte del Tratado FUE.

Así pues, el asunto *Pringle* no ha venido a revolucionar la preeminencia del derecho originario ni su exclusión del control jurisdiccional de validez.

* * *

El profesor Alonso García se ocupa de si tienen el mismo valor jurídico todas las normas del derecho originario y al respecto se centra en los Protocolos, a los que atribuye “*naturaleza de ‘nota a pie’*”. Si como imagen la expresión es afortunada, no estoy segura de que proceda elevarla a categoría conceptual, que es palabra mayor. En todo caso, comparto que no pueden desvirtuar el contenido de los Tratados, que cualquier supuesta colisión debe ser descartada mediante interpretación y que deben ser leídos a la luz de estos, lo que ciertamente permite matizar la atribución del “mismo valor jurídico”.

La Sentencia del TJ (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2021 (*asunto SN y SD*) se ocupa de otra cuestión interesante relacionada con los Protocolos, en esta ocasión provocada por el Brexit, a propósito de una cuestión prejudicial de urgencia planteada por el Tribunal Supremo de Irlanda sobre el mantenimiento de la euroorden respecto al Reino Unido.

El tema de fondo era cómo compaginar el Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia con las disposiciones del Acuerdo de Retirada y del Acuerdo de Comercio y Cooperación, en el entendimiento de que la aplicación de las previsiones de estos Acuerdos privaría a Irlanda de la libertad de

opción reconocida a este Estado en el mencionado Protocolo para participar en la adopción de medidas propuestas en virtud del título V de la tercera parte del TFUE o para aceptarlas. En conexión con esto, se planteaba la cuestión de si estos Acuerdos deberían haber reposado también en una base jurídica relacionada con dicho espacio, en concreto el artículo 82 TFUE, apartado 1, párrafo segundo, letra d), para dar lugar a la aplicación del Protocolo nº 21, teniendo en cuenta que conforme a la jurisprudencia la base jurídica de un acto es lo que determina qué protocolos son eventualmente aplicables.

En sus Conclusiones, la AG Kokott señaló que el Protocolo nº 21 solo se aplica a los actos que se basan, o que deberían haberse basado, en una competencia derivada del título V de la tercera parte del TFUE; por el contrario, un acto que afecte al espacio de libertad, seguridad y justicia no quedará comprendido en el Protocolo si no es necesario que se base en tal competencia. Añadió que el TJ ha declarado reiteradamente que el Protocolo nº 21 es irrelevante a efectos de la identificación de la base jurídica correcta para la adopción de acuerdos internacionales y estimó finalmente que no había que añadir una competencia relativa al espacio de libertad, seguridad y justicia. Por su parte, adoptando una visión finalista, el TJ consideró que solo el artículo 50 TUE,

como base jurídica autónoma e independiente de cualquier otra contemplada en los Tratados, puede garantizar, en el Acuerdo de Retirada, un tratamiento coherente de todos los ámbitos comprendidos en los Tratados que permita asegurar que la retirada se efectúe de manera ordenada y que añadir otra base jurídica específica podría generar incertidumbre, por lo que concluyó que dado que el artículo 50 TUE, apartado 2, constituye la única base jurídica adecuada para la celebración del Acuerdo de Retirada, las disposiciones del Protocolo nº 21 no podían aplicarse. Lo mismo afirmó respecto al Acuerdo de Comercio y Cooperación, para el que estimó suficiente la base jurídica del artículo 217 TFUE.

Estamos pues ante un nuevo supuesto de subordinación de un Protocolo, en este caso no a los Tratados sino a los instrumentos mediante los que se ha articulado la retirada del Reino Unido y sus relaciones futuras con la Unión Europea, que confirma la interpretación estricta de los Protocolos que reconocen excepciones para algún Estado miembro. Con todo, en este caso específico la conclusión sobre la inaplicación del Protocolo nº 21 se ve atenuada por el hecho de que, en la práctica, Irlanda ya participaba en el régimen de la orden de detención europea, por lo que en su relación con el Reino Unido el régimen establecido en los Acuerdos no impone nuevas obligaciones ma-

teriales para aquel Estado. Tanto la AG como el TJ apuntaron este dato, si bien ello no elimina la circunstancia de que cuando Irlanda aceptó lo hizo respecto de quien entonces era un Estado miembro y en cambio ahora es un tercer Estado, por lo que el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de detención y entrega se ha visto ampliado sin que Irlanda haya tenido la oportunidad de manifestar nuevamente su voluntad.

* * *

El análisis del derecho originario lleva también a contrastar su superioridad con la posición de los Tribunales Constitucionales nacionales, alguno de los cuales ha protagonizado en ocasiones reticencias e incluso estridencias. Sin duda la más sonora se encuentra en la Sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 7 de octubre de 2021 (caso K 3/21), sobre la que reflexiona Ricardo Alonso. Se trata sin duda de la reacción frente a las sentencias en las que -tanto resolviendo recursos por incumplimiento presentados por la Comisión como respondiendo a cuestiones prejudiciales- el TJ ha afrontado las deficiencias sistémicas del Estado de Derecho en Polonia, en particular en lo que atañe a la independencia del poder judicial. Ya previamente, mediante Sentencia de 14 de julio de 2021 (caso P 7/20), ese Tribunal Constitucional había declarado *ultra vires* y contrario al orden constitucional polaco el Auto de la

Vicepresidenta del TJ de 14 de julio de 2021 por el que se adoptaron medidas provisionales que suponían la suspensión de las competencias de la controvertida Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo y de la legislación que prohíbe que los jueces examinen el cumplimiento de las exigencias de independencia e imparcialidad de un tribunal, pudiendo incurrir en responsabilidad disciplinaria si lo hacen, y atribuye tal facultad de valoración en exclusiva a una Sala del Tribunal Supremo. Lo mismo hizo después respecto al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias de 24 de noviembre de 2021 (caso K 6/21) y 10 de marzo de 2022 (caso K 7/21) en respuesta a las sucesivas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que también se ponen de relieve las irregularidades de organización y funcionamiento del poder judicial en ese Estado.

Las asechanzas al Estado de Derecho y su planteamiento ante el TJ están contribuyendo de manera relevante a perfilar ese *núcleo constitucional duro* dentro de los Tratados, constituido por los valores enunciados en el artículo 2 TUE, al que se refiere el profesor Alonso García. En las recientes sentencias de 16 de febrero de 2022, dictadas por el Pleno del TJ en los asuntos relativos al régimen general de condicionalidad para proteger el presupuesto de la UE (*Hungría/Parlamento y Consejo, Polonia/*

Parlamento y Consejo), con las que aumentan a cuatro las dictadas hasta el presente por la formación plenaria, el Tribunal ha afirmado que los valores que contiene el citado artículo “definen la identidad misma de la Unión en tanto que ordenamiento jurídico común”.

Haciendo de la necesidad virtud, también se puede decir que la gravedad de la situación ha colocado en primer plano la cuestión de los procedimientos de protección de esos valores; en particular, la compatibilidad del mecanismo previsto en el art. 7 TUE con el recurso por incumplimiento regulado en el art. 258 TFUE, como fórmulas autónomas que pueden llevarse a cabo en paralelo. El Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, ha venido a sumarse a los ya mencionados. Al respecto, en las citadas sentencias de 16 de febrero de 2022 el TJ apuntó que el legislador de la Unión puede, cuando dispone de una base jurídica para ello, establecer en un acto de derecho derivado otros procedimientos sobre los valores que contiene el artículo 2 TUE, entre los que figura el Estado de Derecho. Por su parte, la cuestión prejudicial está prestando un gran servicio para garantizar la independencia judicial como elemento de este valor, gracias a las que en número elevado están planteando

tanto órganos jurisdiccionales de países en los que está en riesgo como los de terceros Estados al ejecutar órdenes de detención europeas emitidas por autoridades judiciales de cuya independencia se duda.

A la espera de los resultados que pueda deparar la aplicación del Reglamento de condicionalidad, un análisis de la práctica pone de relieve que ante la falta de voluntad política para llevar a término las previsiones del artículo 7 TUE, es el TJ el que está asumiendo la responsabilidad de proteger los valores de la Unión y por tanto el núcleo constitucional de los Tratados. Lo está haciendo con firmeza, no solo mediante las declaraciones de incumplimiento y los elementos de interpretación que está proporcionando sino también a través de contundentes medidas provisionales e incluso con la imposición de una fuerte multa coercitiva diaria. Pero depositar sobre el Tribunal la carga de resolver desde primera línea un problema de estas características no solo no es adecuado, sino que incluso puede ser perjudicial para la institución judicial, que se ve expuesta a decisiones nacionales impugnadoras de su autoridad, como ya ha sucedido con las sentencias del Tribunal Constitucional de Polonia de 14 de julio y 7 de octubre de 2021. La judicialización no puede ser la solución de un conflicto que tiene un alto componente político.

Así las cosas, es comprensible que se vengán manejando otras soluciones para actuar frente a un Estado que persiste en sus vulneraciones sistémicas, como sucede con Polonia desde hace años. En esta vía, se ha traído a colación el artículo 60 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, relativo a la terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación. Sin embargo, hay que tener en cuenta en primer lugar que el artículo 5 de ese Convenio, si bien proclama su aplicación “a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización interna nacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional”, añade la cautela de que esto es así “sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización”, lo que nos devuelve al TUE y a la interpretación de su artículo 50 hecha por el TJ en la Sentencia *Wightman* (2018), donde afirmó categóricamente que “si no puede obligarse a un Estado a adherirse a la Unión contra su voluntad, tampoco se le puede obligar a retirarse de la Unión contra su voluntad”.

En segundo lugar, partiendo de que sin duda el caso de Polonia encaja en el concepto de violación grave de un tratado multilateral, pues su comportamiento afecta a una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado, sin embargo hay que tener en cuenta también que el procedimiento estableci-

do en ese artículo 60 requiere acuerdo unánime tanto para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente como para darlo por terminado (artículo 60.2 a)). Esta exigencia de unanimidad condena cualquier remoto intento de acudir a esta disposición a correr peor suerte aún que el artículo 7 TUE, habida cuenta de que los efectos serían aún más graves.

Afortunadamente, no todo lo que viene de los Tribunales Constitucionales son malas noticias. Sirva como ejemplo -entre muchos- la Sentencia 67/2022 de la Corte Costituzionale italiana, de 8 de febrero de 2022, que inadmitió por falta de relevancia una cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Corte di cassazione, sección laboral, la cual tras plantear dos cuestiones prejudiciales a propósito de la interpretación de la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, entendía que para dar efecto a las Sentencias del TJUE que declararon que la Directiva debía interpretarse en el sentido de que se oponía a una disposición de la legislación italiana que restringía la consideración del círculo familiar de las personas contempladas por la Directiva a efectos de reconocimiento de prestaciones de seguridad social, debía reconocer -en base al principio de no discriminación consagrado por la Directiva- unas prestaciones que no podía deducir de

la normativa interna mediante interpretación conforme ni tampoco de la mera inaplicación de dicha normativa al no estar previstas en la Directiva. Consideraba además el tribunal que si determinaba por sí mismo el contenido de dichas prestaciones estaría invadiendo el ámbito del legislador.

Partiendo del principio de primacía, y pese a reconocer que la organización del régimen de la seguridad social compete a cada Estado miembro y que la Directiva se limita a establecer la obligación de igualdad de trato, la Corte Costituzionale entiende que esta obligación se impone de modo claro, preciso e incondicional, por lo que tiene efecto directo y el tribunal debe inaplicar el derecho interno declarado incompatible por el TJ. La singularidad estriba en que la consecuencia práctica de la Sentencia es que el tribunal tiene que reconocer a los interesados las prestaciones reclamadas sin tener en cuenta las restricciones *ratione personae* establecidas en la legislación interna, lo que supone una peculiar consideración del efecto directo de la norma europea. De esta manera, la Corte Costituzionale italiana elimina de forma expeditiva el obstáculo que para el cumplimiento del derecho de la Unión supondría tener que recurrir previamente a la cuestión de inconstitucionalidad y lo hace apoyándose en los principios que constituyen los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico de la UE.

2. La enredada relación entre reglamentos y directivas.

Es cierto que pese a las claras definiciones de estos dos actos típicos de derecho derivado consagradas en el actual artículo 288 TFUE, que parecen conducir a una nítida distinción entre ellos, en la práctica han ido apareciendo desarrollos que añaden complejidad a los conceptos y difuminan la frontera entre ellos.

En lo que atañe a los reglamentos, el TJ, al tiempo que ha defendido enérgicamente la preservación de sus características, también ha incorporado matices y precisiones. Así, desde el asunto *Eridania* (1979) quedó definitivamente establecido que su aplicabilidad directa no impide que en algunos casos sea necesaria la intervención del Estado para dar cumplimiento al reglamento.

Esta cuestión ha aflorado en los dictámenes del Consejo de Estado cuando ha tenido que ocuparse de las normas internas destinadas a establecer medidas de desarrollo de determinados reglamentos. Este fue el caso del dictamen 757/2017 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, por el que se adaptaba la legislación española al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas

en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. De forma ortodoxa, el Consejo de Estado advirtió de que “De acuerdo con una consolidada jurisprudencia, esa aplicabilidad directa de los Reglamentos exige que su entrada en vigor y su aplicación en favor o en contra de los sujetos de Derecho se produzcan sin necesidad de ninguna medida de incorporación al Derecho nacional; es más, los Estados miembros están obligados, en virtud de las obligaciones que se desprenden del TFUE y que han asumido al ratificarlo, a no obstaculizar el efecto directo propio de los Reglamentos, siendo “el respeto escrupuloso de este deber” una condición indispensable “para la aplicación simultánea y uniforme” de las reglas contenidas en los Reglamentos de la Unión en el conjunto de ésta”.

Según el dictamen, la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico español al reglamento supone tres tareas, que exponía apoyándose siempre en la jurisprudencia del TJUE. Por una parte, esa adaptación implica, por motivos de seguridad jurídica, la necesaria derogación de las normas nacionales que sean incompatibles con el nuevo reglamento. Por otra parte, la entrada en vigor de un reglamento obliga a llevar a cabo una segunda tarea de depuración del ordenamiento nacional, del que deben igualmente eliminarse cuantas disposiciones hayan devenido redundantes como consecuencia del

efecto directo de aquél, en la medida en que puedan poner en cuestión esa aplicación directa del reglamento. Por último, la adaptación de la legislación nacional puede también exigir, en algunos casos puntuales, la adopción de nuevas disposiciones llamadas a completar o aclarar la regulación europea. Para el Consejo de Estado, la aplicabilidad directa del reglamento no excluye, en efecto, esa labor puntual de complemento de la normativa de los Estados miembros. Así lo reconoce expresamente la jurisprudencia comunitaria, al destacar que, “si bien, en razón de la propia índole de los Reglamentos y de su función en el sistema de las fuentes del Derecho comunitario, sus disposiciones tienen, por lo general, un efecto inmediato en los ordenamientos jurídicos nacionales, sin que sea preciso que las autoridades nacionales adopten medidas de aplicación, algunas de sus disposiciones pueden requerir, para su ejecución, la adopción de medidas de aplicación por los Estados miembros”. Esto era lo que sucedía con el Reglamento general de protección de datos, que contiene al menos 56 remisiones de diverso alcance al Derecho de los Estados miembros, permitiendo a estos adaptar la regulación europea, en distintos casos, al contexto nacional, o fijar exenciones, derogaciones o condiciones específicas para determinadas categorías de tratamiento de datos; incluso, en algunos supuestos puntuales, el Reglamento confiere carácter preceptivo a

esa labor normativa de desarrollo por los Estados miembros, por ejemplo en lo que atañe al nombramiento de las autoridades de control o a la determinación de las sanciones aplicables a las infracciones.

De nuevo con total alineamiento con la jurisprudencia del TJUE, el Consejo de Estado avisó también de que “estas medidas nacionales de aplicación de un Reglamento, por habilitación expresa o implícita, están, en todo caso, sujetas a estrictas limitaciones”. En particular, las normas de desarrollo de un reglamento que dicten los Estados miembros no pueden ocultar a los justiciables la naturaleza comunitaria del Reglamento en cuestión y los efectos que del mismo derivan ; deben regular el ejercicio del margen de apreciación que ese reglamento les confiera manteniéndose en todo caso dentro de los límites de sus disposiciones y deben ser conformes tanto con los objetivos de ese reglamento, como con los principios generales del Derecho de la Unión y, en particular, con el principio de proporcionalidad.

El análisis del Anteproyecto a la luz de los postulados anteriores llevó al Consejo de Estado a entender que el Anteproyecto de Ley Orgánica dictaminado reflejaba adecuadamente la función de “complemento” del Reglamento europeo, sin que indujera en ningún momento a error sobre la naturaleza y aplicabilidad di-

recta del Reglamento general de protección de datos, ni sobre la relación normativa entre este y la nueva Ley Orgánica. Sin perjuicio de ello, llamó la atención sobre la reproducción literal del contenido de algunos artículos del Reglamento, recordando que “aunque la jurisprudencia europea no prohíbe de forma tajante toda medida interna de recepción o reproducción de los reglamentos comunitarios, sí reprueba que los preceptos de éstos sean reproducidos por los Estados miembros, buscando dar la idea de que se trata de normas nacionales... Lo que importa, en definitiva, no es tanto el hecho de la recepción o reproducción del reglamento, cuanto las consecuencias que esta actuación podría tener en perjuicio de la uniformidad perseguida por tal instrumento normativo comunitario: si bien con carácter general cabe afirmar la prohibición de cualquier modalidad de recepción o reproducción, habrá que estar a cada caso concreto para ver si efectivamente se producen tales consecuencias nocivas para la uniformidad del ordenamiento comunitario”. En coherencia con ello, señaló que debían eliminarse del texto del Anteproyecto todas aquellas disposiciones que fueran reiteraciones innecesarias de la norma europea y que pudieran suscitar dudas sobre la aplicabilidad directa de aquel o sobre la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión para su interpretación, salvo que fueran indispensables para la comprensión del resto de la regulación nacional.

Además, el Consejo de Estado estimó que más allá de las simples reproducciones literales del tenor del Reglamento en la norma nacional, era necesario también examinar “todos y cada uno de los preceptos del Anteproyecto de Ley Orgánica comprobando en cada caso si las disposiciones pertinentes del Reglamento, interpretadas de conformidad con los objetivos del mismo, prohíben, exigen o permiten que los Estados miembros adopten medidas de aplicación y, en caso afirmativo, si la medida de que se trata se inscribe en el margen de apreciación reconocido a aquéllos... En otro caso, la intervención normativa nacional debe considerarse incompatible con el Reglamento, so pena de obstaculizar la armonización jurídica que el mismo persigue lograr en esta materia”.

Siempre de la mano de la jurisprudencia del TJUE, el dictamen apuntó asimismo que la adopción por un Estado miembro de normas que concretan, a nivel nacional, el alcance de requisitos formulados en términos genéricos por un reglamento europeo “puede reforzar la seguridad jurídica, si estas normas establecen criterios que incrementan la previsibilidad de los requisitos de dicho Reglamento y, por ello, contribuyen tanto a su cumplimiento por los operadores económicos afectados como a la eficacia y a la objetividad de los controles que con tal finalidad deben realizar todas las autoridades competentes”; ahora bien, allí donde el

reglamento pretende llevar a cabo una armonización completa, una regulación exhaustiva, el margen de actuación de los Estados miembros es muy limitado, y en ningún caso puede conducir a la introducción de exigencias adicionales a las establecidas en la norma europea. Por último, indicó que “las medidas adoptadas por el Estado como complemento del Reglamento Europeo han de buscar su mayor eficacia y efecto útil, de conformidad con sus objetivos”.

El más reciente dictamen 268/2021, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, reproduce la misma doctrina sobre el alcance y límites de las medidas de adaptación y desarrollo de los reglamentos europeos en el derecho español. Su aplicación al caso concreto llevó al Consejo de Estado a señalar que debían eliminarse del Anteproyecto aquellas disposiciones que fueran reiteraciones innecesarias del Reglamento de la Fiscalía Europea y que pudieran suscitar dudas sobre la aplicabilidad directa de ese Reglamento o sobre la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión para su interpretación. Asimismo, llamó la atención sobre la rúbrica general del Anteproyecto, que lo presentaba como una iniciativa tendente a aprobar la Ley “por la que se

adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939”, señalando que no resultaba muy afortunada, pues “al afirmarse que la proyectada Ley Orgánica tendrá por objeto adaptar el Derecho español a ese Reglamento europeo, podrían estar introduciéndose matizaciones a la característica básica de los Reglamentos de la Unión Europea, cual es ser normas de eficacia y aplicación directa en los Estados miembros, sin necesitar de actos o decisiones de incorporación a cargo de los Estados miembros. En ese sentido, podría entenderse que la alusión a una necesaria adaptación del ordenamiento nacional proyecta dudas sobre el grado de vinculación y los compromisos que el Reglamento de la Fiscalía Europea comporta para España”. Por ello, el Consejo de Estado entendió que convendría matizar la rúbrica propuesta para la proyectada legislación, siendo preferible que mencionase que la nueva Ley Orgánica contiene las normas de aplicación del Reglamento de la Fiscalía Europea, “ya que tal enunciado deja claro que el Reglamento tiene efectos y aplicación directa para España y que esta última adopta medidas derivadas y conectadas con esa directa aplicación del aludido Reglamento”.

A su vez, el dictamen 901/2021 sobre el Anteproyecto de Ley de Precursores de Explosivos, destinado a adaptar nuestro ordenamiento al Reglamento (UE) 2019/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019,

sobre la comercialización y la utilización de precursores de explosivos, reiteró la doctrina y coincidió con los anteriores en apuntar que “resulta imprescindible analizar la conformidad del texto proyectado con el derecho de la Unión Europea, así como también la técnica o el método seguido por el anteproyecto en la labor de ejecución de la norma europea”, partiendo de que “el anteproyecto de Ley sometido a consulta no se propone como finalidad la transposición al ordenamiento jurídico interno del contenido normativo de la citada norma europea, sino el mero cumplimiento del Derecho europeo, mediante la adopción de medidas orientadas al establecimiento de una regulación interna que permita la efectiva aplicación en el ámbito en España del Reglamento dictado por la Unión Europea, que, aunque de aplicación directa sin necesidad de incorporación de su contenido, necesita de esa norma nacional para poder ser aplicado en el orden interno”.

En definitiva, la práctica española responde a las exigencias de adaptación y desarrollo que se derivan de muchos reglamentos europeos y en esa tarea el supremo órgano consultivo vela por el respeto de la jurisprudencia del TJUE relativa al alcance y límites del complemento normativo estatal, de forma que se preserve la naturaleza de la norma europea.

* * *

La práctica de las directivas detalladas, que restringen notablemente el margen de apreciación de los Estados y se aproximan a un auténtico reglamento, es una realidad plenamente consolidada. Ya quedan muy lejos los buenos deseos expresados con ocasión del Tratado de Ámsterdam en el Protocolo anejo al TUE y al TCE nº 30, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que manifestaba en su apartado 6 que “La Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas”.

Este tipo de directivas, que nunca ha sido objeto de reproche jurisprudencial, contribuye a facilitar otra práctica que está adquiriendo cierta extensión: empieza a ser habitual encontrarse en el DOUE con reglamentos que modifican parcialmente directivas.

Se quiebra así la regla del paralelismo de formas, definida por el TJ en el asunto *Parlamento/Ripa de Meana* (2004) en el sentido de que implica que todas las modificaciones posteriores de un acto deben revestir la misma forma en que dicho acto se puso en conocimiento de sus destinatarios y reiterada tanto por el TJ como por el TG en asunto posteriores, habiéndose calificado en alguno de ellos como principio general del Derecho (asunto

Arcelor Mittal Tubular Products Ostrava a.s./ Comisión, 2018).

Desde luego, no es una buena técnica normativa. La Guía práctica conjunta elaborada por los servicios jurídicos del PE, el Consejo y la Comisión para las personas implicadas en la elaboración de la legislación de la UE (2015), al ocuparse de la naturaleza del acto modificativo señala en su apartado 18.6 que “En general, es preferible que el acto modificativo sea del mismo tipo que el acto a modificar. En particular, se desaconseja modificar un reglamento mediante una directiva”.

Más allá de la técnica, el recurso a esta fórmula plantea problemas técnicos de fondo generados por las distintas características de ambos tipos de actos normativos que afectan tanto a la naturaleza del acto como a las obligaciones de los Estados: el texto normativo en su conjunto ¿cambia de naturaleza o se convierte en mixto?; ¿hay que transponer las modificaciones de la directiva efectuadas por el reglamento? ¿cuál sería el plazo?; y si no se transponen, esas disposiciones que son fruto de la modificación de la directiva, pero han sido adoptadas mediante reglamento ¿tienen el efecto directo de las directivas o el de los reglamentos?...

Para aumentar la confusión, resulta que estos reglamentos no suelen limitarse a modificar una sola directiva, sino que se utilizan para modificar al mismo tiempo otros reglamentos y dada su condición siempre contienen la cláusula tipo según la cual “El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”, sin ninguna matización ni precisión respecto a las directivas afectadas.

En los dictámenes del Consejo de Estado ya se encuentran ejemplos relacionados con esta poco recomendable práctica normativa europea. Ricardo Alonso se refiere al dictamen 249/2021 sobre el proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente. La modificación obedecía a que el Reglamento (UE) 2019/1381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre la transparencia y la sostenibilidad de la determinación o evaluación del riesgo en la UE en la cadena alimentaria modifica varios Reglamentos y -mediante su artículo 9- tres artículos de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo

de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

A los efectos que nos ocupan, tiene interés señalar que no era la primera vez pues la inicial Directiva de 2001 ha sido modificada en otras cinco ocasiones, dos de ellas mediante reglamento, otras dos por directiva del Parlamento Europeo y el Consejo y una por directiva de la Comisión.

El dictamen no se pronuncia sobre el peculiar procedimiento de modificación y se centra en asegurar que el texto de la norma estatal es correcto jurídicamente a la luz de los cambios introducidos. No parece que debiera ir más allá.

Por su parte, la parte expositiva del subsiguiente Real Decreto 406/2021, de 8 de junio, por el que se modifica el citado Real Decreto 178/2004, refleja la inseguridad que la técnica normativa europea provoca, pues si de un lado alude a que las modificaciones introducidas por el artículo 9 del Reglamento “deben ser contempladas en la legislación nacional, sin perjuicio de la eficacia y aplicabilidad directas de dicho reglamento”, a continuación añade que el texto del Real Decreto 178/2004 “debe actualizarse para ajustarse a los nuevos artículos de dicha directiva”.

Pues bien, si desde este supuesto concreto intentamos responder a algunas de las preguntas que nos hacíamos más arriba, hay al menos dos datos a favor de afirmar que la directiva modificada por reglamento en alguno de sus artículos no ha cambiado de naturaleza y por tanto sigue siendo directiva. En efecto, en primer lugar, así parece entenderlo la Unión Europea, porque EUR-Lex ofrece el texto como directiva, integrando en su versión consolidada las modificaciones introducidas por el Reglamento.

En segundo lugar, así se ha entendido también por la autoridad normativa española competente porque el mencionado Real Decreto 406/2021, de 8 de junio, incluye una disposición final primera titulada “Incorporación del Derecho de la Unión Europea” conforme a la cual “Este real decreto incorpora plenamente al ordenamiento interno lo dispuesto en los artículos 6, 13 y 25 de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, en la redacción dada por el artículo 9 del Reglamento (UE) 2019/1381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019”.

No obstante, quedan sueltos cabos importantes. A las dudas ya apuntadas se pueden añadir otras: ¿debe el Estado comunicar la transposición? ¿vigila la Comisión Europea

estas transposiciones? En último término, es inevitable plantearse si detrás de esta criticable práctica no se esconderá el prosaico objetivo práctico de evitar una nueva obligación de transposición, con la carga administrativa que ello puede suponer tanto para el Estado miembro -que debe llevarla a cabo- como para la Comisión -que debe controlarla-. Lo que está claro es que introduce complicaciones en el sistema de fuentes europeo y genera inseguridad jurídica.

* * *

3. La presencia del derecho internacional en el sistema de fuentes.

El TJUE ha dicho en muchas ocasiones que la Unión está obligada a respetar todo el derecho internacional, incluidas no solo las normas y principios de derecho internacional general y consuetudinario, sino también las disposiciones de los convenios internacionales que la vinculen. Como señaló el AG Pikamäe en sus Conclusiones en el *asunto Eslovenia/Croacia* (2020), a tenor de dicha jurisprudencia, las hipótesis en las que la Unión está sometida al derecho internacional están bien delimitadas: “Primero, la Unión está vinculada por los acuerdos internacionales que ha celebrado en virtud de lo dispuesto en los Tratados, y que forman parte integrante, a partir de su entrada en vigor, del ordenamiento jurídico de la

Unión. Segundo, la Unión está vinculada por un convenio internacional cuando asume las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de este convenio. Tercero, la Unión está obligada a ejercer sus competencias respetando el Derecho internacional consuetudinario”. No podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que la UE es un sujeto de derecho internacional público y como tal participa en la creación y aplicación de las normas de este ordenamiento.

Respecto a los tratados, la posición del Tribunal es clara. De un lado, considera que “forman parte integrante, a partir de su entrada en vigor, del ordenamiento jurídico de la Unión... Por lo tanto, sus disposiciones deben ser plenamente compatibles con los Tratados y con los principios constitucionales que se derivan de ellos” (*asunto Western Sahara Campaign UK*, 2018); de otro, afirma “la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión sobre las otras categorías de actos de Derecho derivado... lo que obliga a interpretar los demás actos de derecho derivado, en la medida de lo posible, de conformidad con aquellos” (*asunto Recorded Artists Actors Performers*, 2020; en el mismo sentido, *Inter-tanko y otros*, 2008; *Bosphorus Queen Shipping*, 2018). Al mismo tiempo, el TJ entiende que es competente para interpretar un tratado internacional del que la UE es parte, como hizo

en el *asunto Bosphorus Queen Shipping* con la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar.

En cuanto al derecho internacional general, también tiene presencia en la jurisprudencia. Destaca el recurso a diversas disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en cuanto que codifican normas consuetudinarias, como sucede en particular con el artículo 31 de en relación con las reglas de interpretación de los tratados (*Brita*, 2010; *Consejo/Frente Polisario*, 2016; *Western Sahara Campaign UK*, 2018) pero también con otros preceptos, como el artículo 26 sobre el principio *pacta sunt servanda* (*Comisión Europea c. Hungría*, 2020, C-66/18), el 29 sobre el ámbito de aplicación territorial de los tratados (*Consejo/Frente Polisario*, 2016) o el 34 respecto al efecto relativo de los tratados (*Brita*, 2010; *Consejo/Frente Polisario*, 2016; *Western Sahara Campaign UK*, 2018). El TJUE ha invocado también otros principios consuetudinarios, como el de libre determinación (*Consejo/Frente Polisario*, 2016; *Western Sahara Campaign UK*, 2018), el de buena fe (*Intertanko y otros*, 2008; *Bosphorus Queen Shipping*, C-15/17), soberanía sobre el espacio aéreo y libertad de sobrevuelo en alta mar (*Air Transport Association of America y otros*, 2011) y otros sobre derecho del mar (*Poulsen y Diva Navigation*, 1992). Incluso,

el TJ también ha tenido en cuenta el Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la CDI en 2001, por entender que codificaba normas consuetudinarias (*Comisión Europea c. Hungría*, 2020, C-66/18). Seguramente la máxima expresión de esta tendencia se encuentra en el asunto *Racke* (1998), donde el Tribunal analizó la validez de un reglamento a la luz del derecho internacional consuetudinario.

Tan solo en una ocasión el TJ matizó la subordinación del derecho internacional al derecho originario. Fue en el *asunto Hungría c. Eslovaquia*, Sentencia (Gran Sala) de 16 octubre 2012, en el que a propósito de la prohibición al Presidente de Hungría de entrar en Eslovaquia dijo que “el Derecho de la Unión ha de interpretarse a la luz de las normas pertinentes del Derecho internacional, dado que dicho Derecho forma parte del ordenamiento de la Unión y vincula a las instituciones de ésta”, por lo que habida cuenta de que el Jefe del Estado tiene un estatuto especial que lo singulariza “se justifica una limitación basada en el Derecho internacional del ejercicio del derecho de circulación que le confiere el artículo 21 del TFUE”. Es muy probable que el contexto de aquel asunto, en el que la visita que el Presidente húngaro pretendía hacer presentándose como simple ciudadano de la Unión

tenía un trasfondo político sensible, explique esta decisión.

Desde otra perspectiva, la tradicional autarquía interpretativa enunciada por el TJ respecto de los Tratados constitutivos, se ha visto suavizada en el asunto *Wightman* (2018) al recurrir, para confirmar la interpretación del art. 50 TUE, al art. 68 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados respecto de la revocación de las notificaciones de retirada de un tratado, aunque el Tribunal se cuidó de precisar que dicha Convención “se tomó en consideración en los trabajos preparatorios del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”.

* * *

Más allá de la perspectiva formal, el derecho internacional público está teniendo cierto protagonismo en casos recientes ante el TJUE. Me referiré a dos que son bien distintos.

Una persistente estrategia de litigación ha conseguido llevar el tema del Sáhara Occidental ante el TJUE. Al abordarlo, el TG y el TJ están adoptando posiciones contrapuestas, aunque tanto uno como otro invocan principios de derecho internacional general. En efecto, la Sentencia del TG de 10 de diciembre de 2015 (*Frente Polisario/Consejo*) anuló la decisión del Consejo sobre la celebración

del Acuerdo de liberalización del comercio de productos agrícolas y pesqueras, por entender que el Consejo había incumplido su obligación de examinar todos los elementos del supuesto concreto, al no comprobar que la explotación de los productos originarios de dicho territorio exportados a la Unión no se hacía en detrimento de la población de dicho territorio y no implicaba la vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas; por el contrario, en los *asuntos Consejo/Frente Polisario* -que casó la mencionada sentencia del TJ- y *Western Sahara Campaign UK*, la invocación de los principios de derecho consuetudinario consagrados en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados e incluso del principio de libre determinación de los pueblos sirvió de excusa al TJ para hacer un acto de fe y -en relación con la aplicación territorial de los acuerdos con Marruecos sobre pesca y productos agrícolas- llegar a la formalista conclusión de que “incluir el territorio del Sáhara Occidental... conculcaría determinadas normas de Derecho internacional general que son de aplicación a las relaciones de la Unión con el Reino de Marruecos, como son el principio de libre determinación —que se reitera en el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas— y el principio de efecto relativo de los tratados...”, por lo que concluyó que no se aplicaban al mencionado territorio.

La modificación de los acuerdos controvertidos ha sido impugnada de nuevo y mediante dos Sentencias de 29 de septiembre de 2021, el TG ha anulado las Decisiones del Consejo relativas a su celebración (*Frente Polisario/Consejo*, T-279/19; *Frente Polisario/Consejo*, T-344/19 y T-356/19). Aprovechando un resquicio dejado por el TJ en el *asunto Consejo/Frente Polisario*, donde dijo que la aplicación de un tratado al territorio de un tercero requiere el consentimiento de este sin que constara que el pueblo del Sáhara Occidental lo hubiera manifestado, y partiendo de que los nuevos acuerdos sí prevén explícitamente dicha aplicación, el TG consideró que no se había respetado la exigencia relativa a ese consentimiento, concluyendo que el Consejo no tuvo suficientemente en cuenta todos los elementos pertinentes relativos a la situación del Sáhara Occidental y consideró erróneamente que disponía de un margen de apreciación para decidir si procedía atenerse al requisito según el cual el pueblo de ese territorio debía manifestar su consentimiento a la aplicación del Acuerdo controvertido a dicho territorio, en su condición de tercero en dicho Acuerdo. En la actualidad, ambas sentencias se encuentran recurridas en casación por la Comisión.

El segundo caso ha sido protagonizado por Eslovenia y Croacia con motivo de una controversia fronteriza. La negativa croata de recono-

cer validez al Acuerdo de arbitraje celebrado entre los dos Estados en 2009 y al subsiguiente Laudo arbitral de 2017 relativo a la delimitación de las fronteras terrestre y marítima entre los dos Estados llevó a Eslovenia a presentar un recurso por incumplimiento ante el TJ, al amparo del artículo 259 TFUE, en el que se solicitaba al Tribunal que se pronunciara sobre si disposiciones del Derecho de la Unión, como el artículo 2 TUE y el artículo 4 TUE, apartado 3, y las relativas a la política pesquera común, al código de fronteras Schengen y a la ordenación del espacio marítimo, habían sido infringidas por la República de Croacia como consecuencia de la falta de aplicación del Acuerdo de Arbitraje y la no ejecución del laudo arbitral controvertido por la República de Croacia. Este planteamiento colocó al TJ ante la necesidad de señalar los límites de esta vía procesal cuando una cuestión de derecho internacional público se entremezcla con otras de derecho de la UE.

En su Sentencia de 31 de enero de 2020, el Tribunal se declaró incompetente porque “las infracciones del Derecho de la Unión alegadas tienen carácter accesorio respecto del supuesto incumplimiento por parte de la República de Croacia de las obligaciones derivadas de un acuerdo internacional bilateral del que la Unión no es parte y cuyo objeto no forma parte del ámbito de competencias de la Unión. Dado

que un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 259 TFUE solo puede tener por objeto el incumplimiento de obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia... no es competente para pronunciarse en el marco del presente recurso sobre la supuesta inobservancia de las obligaciones derivadas del convenio arbitral y del laudo arbitral, sobre cuya base la República de Eslovenia ha formulado las imputaciones fundadas en la supuesta vulneración del Derecho de la Unión”. El Tribunal añadió que no corresponde al Tribunal de Justicia, so pena de extralimitarse en las competencias que le confieren los Tratados e invadir las competencias reservadas a los Estados miembros en materia de determinación geográfica de sus fronteras, examinar, en el marco de un recurso interpuesto con arreglo al artículo 259 TFUE, la cuestión del alcance y de los límites de los territorios respectivos de la República de Croacia y de la República de Eslovenia, aplicando directamente la frontera determinada por el laudo arbitral a fin de apreciar la realidad de las infracciones del derecho de la Unión de que se trata.

Así descrita la controversia y siendo evidente su contenido de derecho internacional, resulta un tanto sorprendente que a continuación inste a las partes a ponerle fin “a través de una u otra vía de solución, incluido, en su caso, el sometimiento de dicha controversia al Tri-

bunal de Justicia en virtud de un compromiso adquirido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 273 TFUE”, dado que esta disposición se refiere a la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto de los Tratados. Una vez más, el TJUE muestra su probada vocación de servicio jurisdiccional.

4. La inimpugnabilidad de las decisiones de los representantes de los Estados miembros.

Es un lugar común decir que no forman parte del sistema de normas y actos de la Unión y se suelen calificar como acuerdos internacionales adoptados en forma simplificada. A ello contribuyó de manera decisiva la STJ de 30 de junio de 1993 en el caso de la ayuda especial a Bangladesh (*asuntos Parlamento/Consejo y Comisión*, C-181/91 y C-248/91), en la que el Tribunal advirtió de que “los actos adoptados por los representantes de los Estados miembros, cuando no actúan en calidad de miembros del Consejo, sino en calidad de representantes de su Gobierno, ejerciendo así conjuntamente las competencias de los Estados miembros, no están sometidos al control de legalidad ejercido por el Tribunal de Justicia”. De esta forma, la identificación del autor del acto se erigió en el dato clave para determinar si se está en

presencia de un acto de una institución o de los Estados miembros.

Esta categoría de las decisiones de los representantes de los Estados miembros le sirvió al TG para quitarle de encima al Consejo Europeo, pese a las abrumadoras apariencias, la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016 sobre la crisis migratoria. Los malabarismos desarrollados en los Autos de 28 de febrero de 2017 (*asuntos NF/Consejo Europeo* y *NG/Consejo Europeo*) para llegar a la conclusión de que “el Consejo Europeo, actuando como institución, no ha adoptado la decisión de celebrar un acuerdo con el Gobierno turco en nombre de la Unión y tampoco ha vinculado a la Unión en el sentido del artículo 218 TFUE”, por lo que dicha Declaración “no puede considerarse un acto adoptado por el Consejo Europeo -ni por ninguna otra institución, órgano u organismo de la Unión-” concluyendo que “aun suponiendo que se hubiera concluido informalmente un acuerdo internacional en la reunión de 18 de marzo de 2016... dicho acuerdo habría sido alcanzado por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión y el Primer Ministro turco”, se han ganado con razón muchas críticas.

* * *

Los supuestos más controvertidos se plantean en los casos en que los Tratados contem-

plan expresamente que los Estados miembros adoptarán decisiones en materias relacionadas con la Unión. Es el caso de la designación de jueces y abogados generales y de la fijación de la sede de las instituciones. Conforme a los artículos 253 y 254 TFUE, los jueces y los abogados generales del TJ y los miembros del TG serán designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros. A su vez, a tenor del artículo 341 TFUE, la sede de las instituciones de la Unión será fijada de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros. Como veremos a continuación, debido al Brexit ambos supuestos han generado litigiosidad.

Respecto al primero, las consecuencias de la retirada del Reino Unido sobre la composición del TJUE ha tenido un interesante recorrido judicial en lo que se refiere a la figura del abogado general. En efecto, la Declaración de la Conferencia de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros sobre las consecuencias de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea para los abogados generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de enero de 2020, trajo consigo el fin anticipado del mandato de la abogada general británica Eleanor Sharpston, que ocupaba el cargo desde 2005. En esa Declaración se señalaba que el mandato de los miembros de las instituciones, órganos u organismos de

la Unión designados, nombrados o elegidos por el Reino Unido terminaría en la fecha de la retirada y por tanto el puesto permanente de abogado general atribuido a ese Estado pasaba al sistema de rotación, correspondiéndole a Grecia; se indicaba también que el mandato del abogado general propuesto por ese Estado cesaría en la fecha de la siguiente renovación parcial de los miembros del Tribunal de Justicia, el 6 de octubre de 2021, pero la Conferencia convino en que además Grecia propondría la renovación de dicho mandato por seis años, hasta el 6 de octubre de 2027. Por aplicación de este acuerdo, un escrito del Presidente del Tribunal de Justicia de fecha 31 de enero de 2020 invitó a los Estados miembros a proponer la nominación de un abogado general y el 2 de septiembre de 2020 los representantes de los Estados Miembros designaron al Sr. Athanasios Rantos, quien prestó juramento el día 10 del mismo mes.

La batería de recursos de anulación presentados por la Sra. Sharpston ante el Tribunal General para impugnar tanto la Declaración en lo relativo al mandato del abogado general (*Sharpston/Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros*, T-180/20) como el escrito del Presidente del Tribunal de Justicia (*Sharpston/TJUE*, T-184/20) así como el nombramiento del nuevo abogado general (*Sharpston/Consejo y los Representantes de los*

Gobiernos de los Estados miembros, T-550/20) y los posteriores recursos de casación frente a sus desestimaciones (*Sharpston/Consejo de la Unión Europea y Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros*, C-684/20 P; *Sharpston/Consejo de la Unión Europea y representantes de los Gobiernos de los Estados miembros*, C-685/20 P) fue rechazada en los dos grados de jurisdicción por un TJUE comprensivo con la posición de los Estados (mediante los Autos del TG de 6 de octubre de 2020 y del TJ de 16 de junio de 2021).

Enfrentado por primera vez ante la cuestión de si las jurisdicciones de la UE son competentes para controlar la legalidad de un acto adoptado por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros en virtud de competencias previstas por los Tratados -en este caso los artículos 19.2 TUE y 253 TFUE- y que produce efectos en el ordenamiento jurídico de la Unión, en sus Autos de 16 de junio de 2021 por los que desestima los recursos de casación el TJ se ha inclinado por decir que no son susceptibles de control de legalidad por el juez de la Unión, siendo el criterio del autor del acto el único pertinente, “independientemente de sus efectos jurídicos vinculantes” y que es “irrelevante que los representantes de los gobiernos de los Estados miembros hayan actuado en el marco de los tratados o de otras fuentes jurídicas como el derecho internacio-

nal”, lo que le lleva a concluir que “el Tribunal General no incurrió en error al recordar... que del artículo 263 TFUE se deduce que los actos adoptados por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, cuando no actúan en calidad de miembros del Consejo o de miembros del Consejo Europeo, sino en calidad de representantes de su Gobierno, ejerciendo así conjuntamente las competencias de los Estados miembros, no están sometidos al control de legalidad ejercido por el juez de la Unión”.

En estos Autos, el TJ esquivo responder a uno de los argumentos de la Sra. Sharpston que sin embargo parece relevante: según ella, de la Sentencia de 30 de junio de 1993 no se desprende que todos los actos de los representantes de los Estados miembros no están sometidos al control jurisdiccional en el marco del art. 263 TFUE sino que en aquella el Tribunal solo se pronunció sobre los actos adoptados por los representantes de los gobiernos al margen del ordenamiento jurídico de la Unión, mientras que aún no lo ha hecho sobre la cuestión de saber si las jurisdicciones de la Unión son competentes para controlar la legalidad de un acto, como los controvertidos, adoptado por los representantes de los Estados miembros en virtud de competencias conferidas por los tratados y que tiene efectos en el orden jurídico de la Unión.

Así las cosas, es difícil no compartir las críticas de quienes no encuentran justificación para esta esfera de inmunidad proclamada por un tribunal tan celoso del control judicial en tantos otros ámbitos. En definitiva, se confirma que la categoría de los actos de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros forma parte de las sombras del sistema de fuentes de la Unión Europea.

De otro lado, el caso Sharpston ha venido a llamar la atención sobre las características de la figura del abogado general, respecto de la cual los Tratados no establecen -a diferencia de lo que se afirma respecto de los jueces- una vinculación con cada Estado miembro, a lo que debe añadirse la consideración de que las causas de finalización del mandato y relevo de funciones están, en principio, tasadas en los artículos 5 y 6 del Estatuto del TJUE. De ahí que se haya generado un interesante debate doctrinal en el que se ha traído a colación la independencia judicial, de la que la inamovilidad forma parte, y no ha faltado quien ha evocado las enérgicas decisiones del TJ en la conocida saga polaca.

Esta dimensión institucional del tema añade dudas sobre la forma en que el TJUE ha resuelto este asunto, en el que las prisas por resolver el problema político generado por el Brexit parecen haber primado sobre lo jurídico (hubiera bastado con esperar al 6 de

octubre de 2021, fecha en la que la vacante se habría producido de forma natural) y en el que la expeditiva solución articulada toda ella mediante Autos no beneficia la imagen del Tribunal. Los Autos de la Vicepresidenta del TJ de 10 de septiembre de 2020 (*Consejo/Sharpston*, C-423/20 P(R); *Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros/Sharpston*, C-424/20 P(R)) por los que, sin oír a la interesada, anula las medidas provisionalísimas de suspensión del nombramiento del Abogado General Rantos dictadas por un Juez del TG el 4 del mismo mes (T 550/20 R), pasarán a la historia de la institución y no precisamente por su ejemplaridad.

Por cierto que el recurso de los representantes de los Estados miembros contra esas medidas provisionalísimas fue admitido y estimado sin que su legitimación activa planteara ningún problema. Para mayor sarcasmo, los Autos se hacen eco de que los demandantes “explican que una conferencia de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros no está destinada a ser un órgano de decisión de la Unión, sino que constituye una dimensión intergubernamental *rara* en el sistema complejo del derecho de la Unión, que queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 263 TFUE. En efecto, la mayor parte de las competencias que los autores de los tratados no han conferido a las instituciones sino dejado a los Estados

miembros serían ejercidas individualmente por estos últimos. No obstante, para ciertas cuestiones muy específicas y *particularmente sensibles*... los tratados fijan un marco pero dejan la decisión propiamente dicha a los Estados miembros, actuando colectivamente”. Los calificativos subrayados eximen de todo comentario complementario.

El segundo supuesto se relaciona con los recursos de anulación presentados, de un lado, por la República Italiana y el Comune di Milano (Ayuntamiento de Milán, Italia), contra la decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de 20 de noviembre de 2017 de reubicar la sede de la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) en Ámsterdam (asuntos acumulados C-59/18 y C-182/18) y, de otro, por el Parlamento Europeo contra la decisión de 5 de junio de 2019 de ubicar la sede de la Autoridad Laboral Europea (ELA) en Bratislava (asunto C-743/19). Todas las partes demandantes coinciden en sostener que la decisión sobre la sede de las agencias de la Unión le corresponde al legislador de la Unión, esto es, al Parlamento Europeo y al Consejo.

En sus Conclusiones presentadas el 6 octubre 2021, el AG Bobek propone al TJ que declare que no tiene competencia para pronunciarse sobre estas decisiones. En su opinión,

los mencionados recursos suscitan una serie de cuestiones que califica de constitucionales: “En primer lugar, ¿puede ser objeto de recurso de anulación en virtud del artículo 263 TFUE una decisión colectiva de los representantes de los Estados miembros? En segundo lugar, ¿están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 341 TFUE las decisiones de los representantes de los Estados miembros relativas a la ubicación de la sede de las agencias de la Unión? En tercer lugar, ¿qué estatuto jurídico les corresponde en el Derecho de la Unión a las decisiones de los Estados miembros que no están previstas en los Tratados?”.

Para responder a la primera cuestión, que tiene alcance general, el Abogado General propugna estar al criterio del autor como regla, salvo en el supuesto excepcional en que la facultad de tomar una determinada decisión, dentro de un procedimiento claramente definido y, por lo general, ya iniciado, corresponda indudablemente al Consejo actuando como institución de la Unión. Si, dentro de tal marco procedimental nítidamente delimitado, aparece de pronto una decisión que se etiqueta formalmente como decisión de los Estados miembros, solo en ese caso cabría plantear la recalificación de la decisión, en contra de su autoría formal, como decisión del Consejo y, por ende, susceptible de control con arreglo al artículo 263 TFUE. Si no se presenta esta

circunstancia extraordinaria, el Abogado General considera que “habida cuenta del estado actual de los Tratados, el Tribunal de Justicia carece de competencia con arreglo al artículo 263 TFUE para examinar las decisiones de los representantes de los Estados miembros”.

En cuanto a la segunda –que a los efectos de estas Variaciones interesa solo en cuanto que su objetivo es concretar el alcance material de las decisiones de los representantes de los Estados miembros previstas en el artículo 341 TFUE– partiendo de su tenor literal y tras un detenido análisis del contexto y sistema de este artículo, el Abogado General descarta el argumento del Consejo basado en la práctica pasada, por entender que “en una Unión basada en el Estado de Derecho, lo determinante es el actual marco constitucional, no la práctica del pasado. Opino que, sin duda, existe una obligación, que incumbe al legislador de la Unión, de mantener razonablemente actualizada la legislación, en respuesta a la evolución social y societaria, al menos en mi opinión. Sin embargo, algo muy diferente es pretender, en esencia, que la actual constitución deba ser interpretada (o reinterpretada) para acomodarla a cierta práctica anterior, prolongándola y haciendo caso omiso al nuevo entorno constitucional. En pocas palabras, no es la actual constitución lo que ha de adaptarse a la práctica del pasado, sino al contrario: la práctica actual y futura debe

acomodarse al actual marco constitucional”; no comparte tampoco el criterio de la finalidad, por ser susceptible de varias interpretaciones, y termina afirmando que el artículo 341 TFUE no es de aplicación a la elección de las sedes de las agencias y demás organismos u oficinas de la Unión.

Desemboca así el Abogado General en la tercera cuestión, los efectos jurídicos de los actos impugnados, lo que aborda partiendo de que son auténticas decisiones de los Estados miembros sobre las cuales, por tanto, carece de competencias el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 263 TFUE y que no se pueden considerar adoptadas en virtud del artículo 341 TFUE, ya que esta disposición no faculta a los Estados miembros para decidir sobre las sedes de las agencias; en consecuencia, las decisiones impugnadas son decisiones de los Estados miembros adoptadas fuera del marco de los Tratados.

Al respecto, afirma que “De lo que no me cabe ninguna duda es de que debe diferenciarse la actuación de los Estados miembros dentro del marco de los Tratados y fuera de dicho marco para determinar si una decisión de los Estados miembros produce efectos jurídicos obligatorios en el Derecho de la Unión. Es evidente que, si una decisión de los Estados miembros está prevista en los Tratados, sí produce

efectos jurídicos obligatorios en el Derecho de la Unión en virtud de los Tratados. En cambio... una decisión de los Estados miembros en un ámbito en que los Tratados no prevén su actuación, a no ser que sea incorporada de una u otra forma al ordenamiento jurídico de la Unión, carece de todo efecto jurídico obligatorio en el Derecho de la Unión... Dado que el Derecho de la Unión no las exige ni las contempla, ya sea en el artículo 341 TFUE o en cualquier otra disposición del Derecho de la Unión, carecen de todo efecto jurídico obligatorio en él. Por decirlo así, se quedan a las puertas del ordenamiento jurídico de la Unión. Esto no significa, por supuesto, que tales decisiones de los Estados miembros no puedan llegar a producir efectos jurídicos obligatorios en el Derecho internacional. Así, aunque los Estados miembros que las han acordado pueden quedar obligados entre sí en virtud del Derecho internacional, no lo están ni los Estados miembros que no las acordasen ni las instituciones de la Unión, en virtud del Derecho de la Unión... Las decisiones impugnadas solo pueden producir efectos jurídicos obligatorios en el ordenamiento jurídico de la Unión si se incorporan al Derecho de la Unión de una u otra manera. En particular, el contenido (no vinculante) de tales decisiones puede acabar incorporándose, mediante un procedimiento legislativo de la Unión, a actos jurídicos derivados (obligatorios). Sin embargo, tal medida de

«incorporación» puede quedar entonces sujeta a un recurso de anulación, si se cumplen los requisitos del artículo 263 TFUE”.

Antes de terminar, Bobek ofrece un paliativo consistente en reconocer que “No obstante, el hecho de que la decisión de los Estados miembros no esté sujeta a la competencia del Tribunal de Justicia en virtud del artículo 263 TFUE no significa que quede totalmente fuera del control del Tribunal de Justicia. Aparte de los supuestos en que «pasan a formar parte del Derecho de la Unión», los actos de los Estados miembros adoptados fuera del marco de los Tratados sí están sujetos al Derecho de la Unión, pero recurriendo a formas de actuación diferentes, como el procedimiento por incumplimiento o la petición de decisión prejudicial sobre la interpretación”.

Pendientes de la decisión del TJ, ya han surgido críticas a las Conclusiones. De entre ellas, cabe retener las que recuerdan el papel del TJUE en la protección del equilibrio institucional, tan invocado por el Tribunal en otras ocasiones para justificar el control y tan olvidado ahora. También hay quien discute la interpretación restrictiva del artículo 341 TFUE, pero este no es el lugar para abordar este tema.

* * *

Las decisiones de los representantes de los Estados miembros, tradicionalmente consideradas extramuros, arrojan sombras sobre el sistema de fuentes de la Unión y plantean problemas desde la perspectiva de la tutela judicial.

La distinción propuesta por el Abogado General Bobek entre las adoptadas fuera del marco de los Tratados y dentro de este es positiva y podría haber conducido a una solución distinta en el caso *Sharpston*. En este sentido, tiene interés apuntar que aun advirtiendo que en los casos sobre los que presenta sus Conclusiones no tiene trascendencia, el AG trae a colación la afirmación contenida en los Autos de 16 de junio 2021 según la cual al TJ le parece “indiferente que los representantes de los gobiernos de los EEMM hayan actuado en el marco de los tratados o de otras fuentes jurídicas, tales como el derecho internacional” y aunque dice que “No voy a entrar en el debate de si esto es realmente irrelevante para la competencia del Tribunal de Justicia en virtud del artículo 263 TFUE” añade que es “una cuestión que me suscita serias dudas”. Si a eso unimos que también afirma que “si una decisión de los Estados miembros está prevista en los Tratados, sí produce efectos jurídicos obligatorios en el Derecho de la Unión”, se puede deducir una discrepancia respecto a las decisiones del TJ en el mencionado asunto, lo que no deja de ser reconfortante.

En cambio, respecto de las decisiones tomadas fuera del marco de los Tratados, seguramente habrá que resignarse a asumir, siguiendo a Bobek, que “en general los Estados miembros no pueden verse impedidos de adoptar actos al margen del marco de los Tratados, incluso en ámbitos relativos a la Unión, si así lo desean. A fin de cuentas, siguen siendo soberanos. Sin embargo, la consecuencia de salir al exterior (lo cual quizá no sorprenda del todo, atendiendo a las leyes básicas de la física) es precisamente encontrarse en el exterior”.

Esta posición se acaba de ver confirmada por la STJ (Gran Sala) de 5 de abril de 2022 (*asunto Comisión/Consejo (Organización Marítima Internacional)*), que desestima el recurso de anulación de la Comisión contra la decisión del Consejo recogida en un acto del Coreper por el que se aprobó una contribución a la Organización Marítima Internacional (OMI) en el ámbito de la emisión de gases de efecto invernadero, vinculada al Convenio MARPOL, que fue transmitida a la OMI por el Estado miembro que ocupaba la Presidencia del Consejo, en nombre de los Estados miembros y la Comisión.

Se planteaba a quién corresponde actuar en interés de la Unión en la OMI, habida cuenta de que la condición de miembro de esta organización está reservada únicamente a los Estados

y la Unión no puede ser miembro ni observadora; solo la Comisión tiene la condición de observadora en dicha organización.

Frente a la pretensión de la Comisión de que le correspondía a ella transmitir a la OMI la contribución controvertida y, además, debería haberse presentado en nombre de la Unión y no en nombre de los Estados miembros y la Comisión, el Tribunal señala que “cuando la Unión no es miembro de una organización internacional y, por lo tanto, el Derecho internacional pertinente le impide ejercer en el seno de esa organización su competencia en el plano externo, dicha competencia puede ser ejercida, en particular, a través de los Estados miembros, actuando conjuntamente, en virtud del deber de cooperación leal mencionado en el artículo 4 TUE, apartado 3, en interés de la propia Unión. En este contexto, no puede impedirse que los Estados miembros transmitan contribuciones a dicha organización, ya se trate de ámbitos que sean de competencia exclusiva de la Unión o de una competencia que comparta con los Estados miembros”

La Sentencia reconoce que es cierto que, habida cuenta de las relaciones que la Comisión ha establecido con la OMI, y dado que el derecho internacional pertinente no parece oponerse a ello, los Estados miembros podrían haber encargado a la Comisión que los repre-

sentara en el ejercicio conjunto por parte de dichos Estados, en interés de la Unión, de una competencia externa que esta se veía impedida para ejercer en virtud de las normas aplicables del Convenio de la OMI, pero añade que no obstante, aun cuando el derecho internacional pertinente no se oponga a ello, ninguna disposición de los Tratados exige que los Estados miembros encarguen a la Comisión que asuma su representación. Concluye pues que “resulta obligado observar que los Estados miembros son libres para decidir en cada caso concreto las modalidades de su propia representación exterior, incluso cuando intervienen conjuntamente en interés de la Unión. A tal fin, nada les impide encargárselo, de entre ellos, al Estado miembro que esté ocupando la Presidencia del Consejo, siempre que dicho Estado miembro no actúe ni individualmente ni en nombre de la Unión.”

5. El papel del TJUE ante las sombras, lagunas e imprecisiones del sistema de fuentes de la Unión.

La jurisprudencia del TJUE es el mejor espejo de las debilidades del sistema de fuentes de la UE. A lo largo de estas páginas se han traído a colación numerosas decisiones especialmente relevantes. Cabría añadir otras en las que el Tribunal se esfuerza por integrar actos atípicos o descifrar la naturaleza de otros actos

sobre los que los Tratados no se pronuncian con claridad.

Ejemplo de las primeras es la STJ (Gran Sala) de 13 junio 2017 en el *asunto Florescu*, en el que el Tribunal dijo que un memorando de acuerdo sobre asistencia económica, concluido en 2009 entre la entonces Comunidad Europea, representada por la Comisión, y Rumanía, debe considerarse un acto adoptado por una institución de la Unión en el sentido del art. 267 TFUE y por tanto puede someterse a la interpretación del TJ.

Entre las segundas se encuentran los Autos de 8 de junio de 2021 (*Shindler y otros/Consejo; Price/Consejo; Silver y otros/Consejo*) en los que, con motivo de los recursos de anulación presentados por particulares británicos como consecuencia de la pérdida del estatuto de ciudadanos de la Unión debido al Brexit, el TG se pronuncia sobre la Decisión (UE) 2020/135 relativa a la celebración del Acuerdo de Retirada. Lo hace a los fines de comprobar la legitimación activa de los demandantes. Partiendo de que la Decisión en cuestión es un acto no legislativo de alcance general y de que no puede ser calificada de acto legislativo, advierte de que el Tribunal de Justicia todavía no ha tenido ocasión de examinar si las decisiones por las que se aprueba la celebración de un acuerdo internacional y, en

particular, las decisiones por las que se aprueba la celebración de un acuerdo que establece la forma de retirada de un Estado miembro deben calificarse de acto reglamentario en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, tercer supuesto, por lo que procede a analizarlo, llegando a una conclusión negativa.

En su argumentación, valora que la Decisión impugnada introduce en el ordenamiento jurídico de la Unión normas, contenidas en el Acuerdo de Retirada, que priman sobre los actos legislativos y reglamentarios y que, por lo tanto, no pueden tener carácter reglamentario, a lo que añade -tras recordar el procedimiento de adopción del Acuerdo- que “la Decisión impugnada introduce en el ordenamiento jurídico de la Unión normas, contenidas en el Acuerdo de Retirada, que se caracterizan por una especial legitimidad democrática, al igual que las que figuran en un acto legislativo. Pues bien, precisamente la especial legitimidad democrática de la legislación adoptada conforme a un procedimiento que prevé la participación del Consejo y del Parlamento justifica que no se flexibilicen los requisitos para que los particulares puedan interponer un recurso de anulación contra los actos legislativos”. Tras añadir que una decisión por la que se aprueba la celebración de un acuerdo internacional o de un acuerdo que establece la forma de retirada de un Estado

miembro, como la Decisión impugnada, no puede compararse a un acto del poder ejecutivo y destacar además que sería incoherente y paradójico flexibilizar los requisitos que deben cumplir los particulares para interponer un recurso de anulación contra la Decisión impugnada calificándola de acto reglamentario porque tendría como consecuencia que los particulares podrían impugnar con mayor facilidad una norma jurídica dada cuando figura en un acuerdo internacional, como el Acuerdo de Retirada, y a continuación se incorpora al ordenamiento jurídico de la Unión mediante la decisión por la que se aprueba la celebración del acuerdo en cuestión, como la Decisión impugnada, que cuando la misma norma jurídica figura en un acto legislativo que tiene un contenido idéntico y ocupa un rango inferior en la jerarquía normativa, termina afirmando que la Decisión impugnada no puede calificarse de acto reglamentario.

* * *

Por otra parte, como ya se ha apuntado, el TJ está demostrando su firme compromiso en la defensa del núcleo constitucional duro de los Tratados, en particular de los elementos del Estado de Derecho ante vulneraciones sistémicas. Lo está haciendo al resolver los recursos por incumplimiento, vía procesal que tiene un gran potencial para afrontar este tipo de situaciones, y también respondiendo a las

múltiples cuestiones prejudiciales que se le están planteando a propósito de la independencia judicial.

Respecto a esta segunda vía, el TJ está haciendo uso de gran flexibilidad para soslayar las dificultades derivadas de los criterios de admisibilidad y son contados los casos en los que no ha dado respuesta, aunque en el *asunto Miasto Łowicz* (2020) se vio obligado a marcar los límites, exigiendo un vínculo de conexión entre el litigio y las disposiciones del derecho de la Unión cuya interpretación se solicita, si bien dicho vínculo puede referirse tanto al fondo del asunto como a aspectos procesales, lo que ha reiterado en los *asuntos IS* (2021) y *Prokurator Generalny (Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo - Nominamiento)* (2022).

No obstante, los pronunciamientos efectuados en cuestiones prejudiciales no pueden garantizar por sí mismos la efectividad del fallo. Por el contrario, los órganos jurisdiccionales nacionales se pueden encontrar con serios obstáculos: el caso polaco pone de relieve cómo tras alguna de las decisiones del TJ se ha modificado la legislación para mantener la misma situación y cómo el Tribunal Constitucional puede contribuir a esa labor obstruccionista, a lo que hay que añadir el efecto disuasorio que se deriva para el juez del riesgo de ser sancionado.

* * *

Desde otra perspectiva, la jurisprudencia del TJUE también es espejo de los límites e insuficiencias del control jurisdiccional. Así se pone de relieve en relación con la impugnabilidad del *soft law*, aunque no cabe duda de que la apertura del control judicial a través de la cuestión prejudicial de validez tal como se ha hecho en los *asuntos BT y FBF* es un paso adelante.

Ricardo Alonso considera que sigue siendo insuficiente y tiene razón. Ya en sus Conclusiones en el *asunto FBF* (2021), el AG Bobek defendió para este tipo de actos un control “normal”, entendiendo por tal el tipo de control que el Tribunal de Justicia lleva a cabo con carácter ordinario, y con el mismo nivel de intensidad, al examinar la validez de los actos con efectos jurídicos vinculantes. Puso de relieve los problemas que podrían surgir si el Tribunal de Justicia declara inválido en virtud del artículo 267 TFUE un acto que no podría ser anulado con arreglo al artículo 263 TFUE por carecer de efectos jurídicos vinculantes y señaló la contradicción que se produce si en cuanto al acceso a los tribunales de la Unión con arreglo al artículo 263 TFUE, un acto carece de todo efecto jurídico obligatorio, de modo que no se reconoce el acceso a los tribunales de la Unión mientras que si la misma cuestión se plantea con arreglo al artículo 267 TFUE, ese

mismo acto resucita milagrosamente y adquiere vida nueva.

En esta línea, el profesor Alonso anima al TJUE a hacer una lectura del artículo 263 TFUE más abierta al control judicial, tendente a abarcar toda actividad que lleve aparejada efectos jurídicos. Recuerda al respecto que en diversas ocasiones el Tribunal, amparándose en aproximaciones sistemáticas o teleológicas, ha hecho interpretaciones que trascendían la literalidad de los Tratados incluso en relación con el propio sistema jurisdiccional. A los ejemplos que cita, cabe añadir el *asunto Rimšēvičs* (2019), en el que la protección de la independencia del sistema europeo de bancos centrales (SEBC) y de los órganos rectores del Banco Central Europeo (BCE) llevó al TJ a anular el acto nacional por el que se suspendía al Gobernador del Banco Central de Letonia, interpretando el recurso previsto en el art. 14.2 de los Estatutos del BCE como un recurso de anulación, pese a que su redacción se limita a decir que “Un gobernador sólo podrá ser relevado de su mandato en caso de que deje de cumplir los requisitos exigidos para el cumplimiento de sus funciones o haya incurrido en falta grave. El gobernador afectado o el Consejo de Gobierno podrán recurrir las decisiones al respecto ante el Tribunal de Justicia, por motivos de infracción de los Tratados o de cualquier norma legal relativa a su aplicación.

Tales acciones se emprenderán en un plazo de dos meses a partir de la publicación de la decisión, o de su notificación al demandante o, a falta de ésta, a partir de la fecha en que la decisión haya llegado a conocimiento de este último, según los casos”.

Pero también hay ejemplos de resistencia al control. Uno de ellos es el *asunto Gauweiler* (2015), en el que el comunicado de prensa mediante el que el BCE anunció el Programa OMT, objeto de la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, nunca se recogió en un acto formal, limitándose a figurar en la página web del Banco. El AG Cruz Villalón se pronunció expresamente a favor de su impugnabilidad, por estimar que “el programa OMT constituye un acto cuya validez puede ser apreciada en un proceso prejudicial de validez. Esta conclusión se basa en dos diferentes motivos. En primer lugar, entiendo que es determinante el hecho de tratarse de un acto que fija en sus caracteres generales un programa general de actuación de una Institución de la Unión. En segundo lugar, me parece necesario prestar atención a la particular importancia que para el BCE desempeña la comunicación pública en la ejecución de la política monetaria contemporánea”. En su razonamiento, aparece un elemento relevante cuando admite que “dada la referida trascendencia de las políticas de

comunicación del BCE, conviene tener presente que la opción alternativa, consistente en declarar la inimpugnabilidad de un acto como el programa OMT, acarrearía el riesgo de sustraer un importante número de decisiones del BCE de todo control judicial con el mero argumento de que aún no han sido formalmente acordadas y publicadas en el Diario Oficial. A fin de cuentas, si una medida no necesita estar publicada oficialmente mediante su forma típica para surtir efectos, pues basta con difundirla en una rueda de prensa, o a través de un comunicado de prensa, para que produzca todo su impacto en el exterior, el sistema de actos y de control judicial previsto en los Tratados quedaría gravemente comprometido si no fuese posible controlar la legalidad de esa medida”. Sin embargo, el TJ esquivó el espinoso tema mediante el peculiar expediente de transformarla en una cuestión de interpretación, escurridiza fórmula que ha usado también en relación con otros actos, como sucedió en el *asunto Kotnik* (2016) en relación con la denominada Comunicación bancaria de la Comisión.

* * *

El profesor Alonso anima también al TJUE a saltar el obstáculo de la letra del artículo 277 TFUE sobre la excepción de ilegalidad para trascender la mera inaplicabilidad individual y acompañarla de una declaración de nulidad.

Aunque la lógica preocupación que suscita el hecho de la pervivencia en el ordenamiento jurídico de un acto de alcance general cuya ilegalidad ha sido constatada se puede atemperar con el estudio de la práctica –que pone claramente de relieve el reducido número de casos en los que ante el TJUE se han alegado y estimado excepciones de ilegalidad y siempre en asuntos de ámbito muy específico (cuestiones de personal al servicio de la UE, decisiones adoptadas por Agencias de la UE respecto a peticiones concretas, decisiones específicas en materia de dumping...)- se pueden comprender los argumentos invocados para justificar esta propuesta de superación del tenor literal del artículo 277 TFUE, como son la seguridad jurídica y la coherencia con las facultades anulatorias de que el TJUE dispone en el marco del recurso directo. Empero, no está tan claro que el problema radique -como parece apuntar- en una jurisprudencia anclada en los primeros años de la integración europea sino en una regulación deliberadamente restrictiva consagrada en el Tratado respecto a lo que -no se olvide- es un incidente procesal.

* * *

¿Cómo remediar estos límites e insuficiencias del control jurisdiccional? En el *asunto FBF*, el AG Bobek apuntó que “En algún momento, alguien se verá obligado a dar un paso adelante y garantizar la necesaria tutela judicial

que el Tribunal de Justicia se resiste a conceder en virtud del artículo 263 TFUE”. Pero salvo que seamos partidarios incondicionales del gobierno de los jueces, en la Unión Europea ese alguien son los Estados. Como advirtió el Tribunal en el *asunto Unión de Pequeños Agricultores* (2002), “corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva” y “Si bien es cierto que puede concebirse un sistema de control de la legalidad de los actos comunitarios de alcance general distinto del establecido por el Tratado originario, cuyos principios nunca han sido modificados, corresponde a los Estados miembros, de conformidad con el artículo 48 UE, reformar, en su caso, el sistema actualmente vigente”. Es difícil encontrar razones para refutar estas afirmaciones, que, por otra parte -no se olvide- tienen su base en el artículo 19. 1 TUE.

6. *Unas variaciones atípicas.*

Si se tiene en cuenta que -como define el diccionario de la RAE- en la música una variación es cada una de las imitaciones melódicas de un mismo tema, las que he intentado ofrecer aquí son atípicas porque -como advertí al principio- he coincidido con Ricardo Alonso en abordar algunas cuestiones, pero no he en-

trado en otras que él ha analizado y he tratado de apuntar alguna distinta.

En lo que sí concuerdo plenamente con el ponente es en agradecer al Colegio de Registradores la oportunidad de participar en el Seminario inicial y en esta reputada colección. Ambos confiamos en que nuestra contribución sea de interés para las personas que nos lean.

