

TAQUÍGRAFOS ESTENOTIPISTAS CORTES GENERALES 2019



TEMA 36. La Unión Europea (III). Las competencias de la Unión: competencias exclusivas y competencias compartidas. Otras competencias. Las fuentes del Derecho de la Unión Europea. Derecho primario y Derecho derivado: reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. Otras fuentes del ordenamiento comunitario.

El debate sobre la distribución de competencias de la Unión Europea no es nuevo. En efecto, es una de las materias que ha ocupado constantemente a la doctrina, Tratado tras Tratado y modificación tras modificación, desde el origen de esta organización hasta nuestros días. También a los Estados miembros, quienes han tenido mucho que decir en este tema, sobre todo ante la tendencia expansiva que ha caracterizado la actividad de la Unión en las últimas décadas –que se ha puesto de manifiesto con ocasión de los trabajos preparatorios del fallido Tratado Constitucional, y posteriormente con el actual Tratado de Lisboa–.

Y no es de extrañar. Si algo ha caracterizado al sistema competencial de la Unión Europea desde el inicio, ha sido su indefinición. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, como veremos, han sido quienes se han ocupado de la delimitación competencial tradicionalmente inexistente en los Tratados.

Tampoco el actual tratado de Lisboa ha supuesto una rotura radical con la tendencia anterior de indefinición, a pesar de algunos avances importantes como la categorización de competencias exclusivas, compartidas y de apoyo, coordinación y complementación, así como las implicaciones que cada una de ellas supone (que por otra parte ya era así antes, aunque no estaba positivizado).

Efectivamente, al actual Tratado mantiene la flexibilidad que ha caracterizado el sistema de competencias desde su origen, primero porque no se abandona en absoluto el principio funcional de actuación de la UE, y en segundo lugar, porque se mantienen todos los poderes derivados, implícitos, paralelos, subsidiarios, de aproximación o armonización, etc., todas ellas fórmulas de flexibilización de competencias que han estado presentes a lo largo de la historia de la organización, si bien alguno haya podido matizarse (v.g., el famoso art. 308 TCE –actual 352 TFUE– en términos de subsidiariedad).

Este trabajo, por su objetivo y extensión, no pretende más que exponer un análisis de la evolución del sistema de competencias de la Unión Europea desde su origen hasta nuestros días, así como de sus principios rectores, apoyándose en la doctrina (a veces enfrentada) que ha tratado el asunto, pero sobre todo en las principales sentencias del Tribunal de Justicia, muchas de las cuales son origen del sistema actual. La bibliografía y jurisprudencia utilizadas para ello son las reseñadas a pie de página.

2. Reparto vertical de competencias. Principios de atribución versus principio funcionalista

Suele distinguirse entre reparto vertical de competencias (entre UE y Estados Miembros) y reparto horizontal de competencias (entre instituciones de la UE), ambos basados en el principio de atribución.

Están actualmente recogidas en el Tratado de la Unión Europea (TUE), artículos 5.2 (vertical) y 13.2 (horizontal), y son realmente importantes[1], aunque en todo caso nos centraremos en el primero de ellos, esto es, el reparto vertical.

El principio de atribución, según el propio TUE, implica que

"la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Y también que toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros."

Para el Profesor José Martín y Pérez de Nanclares[2], el principio de atribución expresa "rige para todo acto que elaboren las instituciones de la Unión, incluidas las resoluciones, dictámenes y –en contra de lo que en ocasiones suele afirmarse– hasta para los actos no previstos en el artículo 241[3] TCE [ahora 288 TFUE] como son, por ejemplo, las comunicaciones de la Comisión"[4].

Este mismo autor identifica también las que denomina normas competenciales negativas, esto es, ámbitos en los que queda excluida la actuación de la Comunidad y que serían fundamentalmente (i) los ámbitos reservados a los convenios comunitarios entre los Estados miembros (art. 293 TCE), (ii) el régimen de propiedad existente en cada Estado miembro (art. 295 TCE) y (iii) los intereses esenciales de seguridad de cada Estado miembro (art. 296 TCE), amén de otras exclusiones particulares desperdigadas a lo largo de los Tratados[5]. De los tres citados, el primero ha sido derogado por el Tratado de Lisboa, y los otros dos se encuentran ahora en los artículos 345 y 346 TFUE, respectivamente.

Además, este principio de atribución tendría el efecto, desde la perspectiva estatal, de negar una competencia global de la Comunidad y, con ello, representa una regla limitadora de competencias para proteger a futuro las competencias de los Estados miembros[6].

Volviendo a la vertiente positiva, Mangas Martín, A.[7], recuerda que los primeros artículos tanto del actual TUE como del TFUE repiten que las competencias son atribuidas por los Estados[8], y que la UE sólo tiene competencias si están atribuidas expresamente y si hay precepto concreto en qué fundar la competencia (la denominada base jurídica, que se verifica caso por caso).

No obstante este principio hay que ponerlo en relación con el denominado principio funcionalista o base funcional de la Unión Europea. Efectivamente, la base funcional es característica de las organizaciones internacionales, que nacen con objetivos y poderes específicos[9], incompatibles conceptualmente con una atribución material de competencias.

En esta línea, se ha defendido que aunque el actual TFUE incorpora lo que se parecería a un catálogo de competencias propiamente dicho[10], no es así, sino que lo que se ha hecho es una mera categorización genérica[11] de

ámbitos competenciales que en todo caso precisarán de una concreta base jurídica que legitime la actuación de la Unión Europea[12], no pudiéndose nunca basar su actuación en los artículos que categorizan las competencias. Además, las competencias atribuidas tampoco serían en ningún caso títulos competenciales abstractos como sucede p.e., en la Constitución Española, sino específicos en virtud de otros preceptos del TUE o el TFUE[13].

Estas competencias única y exclusivamente podrán ser utilizadas, además, para alcanzar los objetivos comunes de la Unión, y no otros. Así queda se pone de manifiesto no solo en el primer artículo del TUE, sino también en el art. 3.6 TUE cuando dispone que la Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados.

Tal es el peso de este segundo principio (funcionalista) en la actuación comunitaria, que no falta la doctrina que pone de manifiesto que si bien el principio de atribución es una base obligada en el análisis del sistema de competencias de la UE, hoy día resulta difícil de mantener como criterio primario de dicho sistema. En este sentido Maestro Buelga, G.[14], expone que aunque las sucesivas reformas de los Tratados han ido hacia una mayor precisión, los rasgos originales permanecen, y la tensión entre criterios materiales y funcionales –vinculados a la definición de misiones y objetivos de la Unión– dificulta la actuación del principio de atribución como instrumento de distribución competencial[15].

Continúa el autor –citando a Manzella–:

(...) las consecuencias de estos planteamientos conducen a la negación del principio de atribución “no hay posibilidad, contrariamente a las opiniones difundidas, para un reparto de atribuciones materiales entre la Unión y Estados miembros. Cuando los Tratados hablan de competencias lo hacen en artículos clave, en relación a los objetivos de la unión... De las competencias es, por el contrario, solo posible un reconocimiento en sentido dinámico-procedimental: en su significado de esfera de acciones

instrumentales de los cuales ya sea la Unión o los Estados miembros titulares para alcanzar los objetivos constitucionales de la Unión”[16].

Con ello el criterio funcionalista tendría una suerte de efecto absorbente capaz de condicionar el sistema competencial, perdiendo la atribución expresa valor frente a los objetivos como forma de construcción del mercado único y de conformación del modelo de constitución económica, donde el mercado ocupa la posición nuclear. Ello explicaría, además, el desarrollo expansivo de las competencias comunitarias hasta los años noventa.

En mi opinión, una lectura conjunta de ambas tesis podría llevar a entender que lo que realmente se atribuyen a la Unión no son tanto competencias en sentido material, como objetivos que deben (o pueden) cumplirse en diversos ámbitos competenciales, y que según su naturaleza y relación con el pretendido mercado único, han de llevarse a cabo con una actuación más o menos intensa (de forma exclusiva o junto con los Estados miembros) por las instituciones de la UE, a fin de garantizar su consecución.

3. La clasificación de las competencias de la Unión Europea

Como hemos apuntado, la actual clasificación de competencias se contiene en los arts. 2 a 6 del TFUE, que realizan la distinción clásica entre competencias exclusivas, compartidas y de apoyo, también llamadas complementarias[17].

El art. 2 supone una novedad en términos positivos, a establecer en un Tratado cuales son las consecuencias del carácter de cada una de estas categorías de competencias.

A. Competencias exclusivas

Así, el primer apartado del art. 2 dispone que

"cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión."

Para Pérez de Nanclares[18], esto supone una pérdida inmediata e irreversible de toda posibilidad de intervención en el ámbito competencial de que se trate, resultando esa atribución total, definitiva y absoluta, incluso en el caso de inactividad comunitaria.

Es habitualmente citada por la doctrina la célebre STJ de 5 de mayo de 1981 (asunto 804/79), en que el Tribunal de Justicia expuso meridianamente[19] que

"los Estados miembros ya no están facultados, pues, para ejercer una competencia propia en materia de medidas... y que al ser total y definitiva la transferencia de competencia en favor de la Comunidad en esta materia, el hecho de que el Consejo no haya adoptado en los plazos señalados las medidas de conservación indicadas (...) no puede devolver en ningún caso a los Estados miembros la competencia y la libertad de actuar unilateralmente en este ámbito."

Ello no significa que hasta que actúe la Comunidad no puedan seguir vigentes las disposiciones previas de los Estados miembros, ni que mientras tanto éstos no puedan adaptar su normativa siempre que ello no suponga la adopción de nuevas medidas en el ámbito competencial de que se trate, pero una vez haya intervenido la Comunidad, su regulación desplaza a tales disposiciones anteriores, y los Estados miembros deberán abstenerse de regular en la materia.

Ahora bien, tampoco el hecho de que una competencia se categorice como exclusiva priva total y definitivamente la actuación de los Estados. Las

medidas nacionales serán compatibles con la competencia comunitaria exclusiva si existiese una habilitación por la Comunidad, que debería ser expresa y revestir la forma de acto normativo inequívoco[20], debiendo los Estados, en sus desarrollos, regirse por dicha habilitación sin desvirtuar la consecución de los objetivos de los Tratados, conforme al principio de lealtad institucional (o en este contexto, también llamada lealtad comunitaria).

Actualmente el TFUE establece que los ámbitos competenciales en que la Comunidad goza de competencia exclusiva son los siguientes:

1. La unión aduanera, lo que sucede desde los años cincuenta. Una extensa recopilación de jurisprudencia comunitaria podemos encontrarla en la STJ de 5 de octubre de 1995[21], que además dispone literalmente:

"(...) un Arancel Aduanero Común que tiene por objeto la consecución de la igualdad de los gravámenes que soportan en las fronteras exteriores de la Comunidad los productos importados de países terceros, para evitar toda desviación de tráfico en las relaciones con dichos países y toda distorsión en la libre circulación de los productos entre los Estados miembros o en las condiciones de competencia entre los operadores económicos (...) para garantizar que la tributación tenga una incidencia uniforme en todos los Estados miembros sobre los intercambios con los países terceros, corresponde en consecuencia exclusivamente a la Comunidad fijar y, en su caso, modificar el nivel de los derechos y de las exacciones que gravan los productos procedentes de dichos países. De ello se desprende que los Estados miembros no pueden imponer, en virtud de la mera legislación nacional, exacciones de efecto equivalente en los intercambios con los países terceros."

2. El establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior. Aunque se trata de una materia que ha sufrido una importante “descentralización” en los últimos años, el TFUE lo ha recogido sin hacer especial mención a ello. En todo caso diremos que

la UE es competente, como dice el Tratado, en el ámbito de funcionamiento del mercado interior, entendido este como el mercado de la Unión, por lo que las controversias que no alcancen esa dimensión serán resueltas conforme a la legislación nacional aplicable, en su caso. Destaca en este punto el papel predominante de la Comisión[22].

3. La política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro. Según la reciente STJUE de 27 de noviembre de 2012,

"se ha de observar sobre ello en primer término que el Tratado FUE, que no contiene ninguna definición de la política monetaria, se refiere en sus disposiciones sobre esa política a los objetivos de ésta antes que a sus instrumentos. En virtud de los artículos 127 TFUE, apartado 1, y 282 TFUE, apartado 2, el objetivo principal de la política monetaria de la Unión es el mantenimiento de la estabilidad de los precios[23]."

4. La conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común. Es así desde el Acta de adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca a la CE, en virtud de la STJCE de 5 de mayo de 1981, antes citada, y posteriormente la STJCE de 16 de diciembre del mismo año (ver apartados 7, 8 y 14).

5. La política comercial común. El Tribunal de Justicia ha defendido la exclusividad de esta competencia originariamente en sus Dictámenes 1/75 y 1/76[24]. Si bien ambos mencionan la competencia exclusiva tanto en los planos interno como externo (relaciones internacionales de la Comunidad), también es cierto que ambos se dictaron con ocasión de la celebración de acuerdos con terceros, ámbito que goza, según la doctrina, de una especie de vis atractiva para la aplicación de esta exclusividad[25].

Pueden apreciarse algunas "fisuras" en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tales como la Sentencia de 18 de febrero de 1986, caso Bulk oil, en que se permitió al Reino Unido imponer nuevas restricciones cuantitativas

a la exportación de petróleo a Israel[26], y posteriormente el Dictamen 1/94 excluyó los servicios incluidos en el GATS del concepto de política comercial común, así como los del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, limitando lo que de los dictámenes anteriores (1/75 y 1/78) parecía entenderse, esto es, un concepto amplio de “política comercial común”.

También Mangas Martín, A.[27], se hace eco de esta circunstancia en los siguientes términos:

"(...) el Tratado no matiza aquí sobre la evolución sufrida por el comercio internacional y la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia. La competencia es exclusiva para el comercio de mercancías, pero la competencia interna sobre el comercio de servicios y los aspectos comerciales sobre la propiedad intelectual (hoy muchísimo más importante que el de mercancías) es compartida;"

En todo caso ha de señalarse que la existencia de una competencia exclusiva a favor de la Comunidad, no significa que esta pueda adoptar la normativa oportuna sin ningún tipo de restricción, pues el ejercicio de las competencias exclusivas está sujeto, en virtud del art. 5 del actual TUE, al principio de proporcionalidad sobre el que luego volveremos.

B. Competencias compartidas

Respecto de este segundo grupo de competencias, el TFUE dispone en su art. 2.2 que "cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya". Es la positivización de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado principio de la preemption o efecto de desplazamiento.

La STJCE de 31 de marzo de 1971 (Asunto 22/70, AERT), lo formuló en los siguientes términos:

"los Estados miembros deben, por un lado, adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del Tratado o resultantes de los actos de las Instituciones y, por otro, abstenerse de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado"[28].

Pertenecen a esta categoría la mayoría de las competencias atribuidas al Tratado, y puede decirse que de alguna manera será esta la forma natural de las competencias de la Unión[29], por lo que no requieren, a diferencia de las anteriores, una definición expresa como tales. Según el TFUE, se aplicarán a los siguientes ámbitos (principales):

1. El mercado interior[30];
2. La política social[31];
3. La cohesión económica, social y territorial[32];
4. La agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos;
5. El medio ambiente[33];
6. La protección de los consumidores[34];

7. Los transportes[35];

8. Las redes transeuropeas[36];

9. La energía;

10. El espacio de libertad, seguridad y justicia;

11. Los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública,

Muchos de ellos se han ido incorporando como competencias de la Unión a través de los distintos Tratados, que por su parte también han ido consagrando competencias que ya eran práctica de la Unión en virtud de instrumentos de flexibilización[37] a los que más adelante haremos referencia.

Antes de pasar al último grupo de competencias, conviene señalar que por la vía de hecho puede resultar un acercamiento en la práctica de las competencias exclusivas y compartidas. Así, una competencia exclusiva escasamente regulada y que habilite a los Estados miembros de forma amplia, será equivalente a una compartida, y una competencia compartida regulada extensamente agotando las posibilidades de regulación de los Estados en la materia, será equivalente a una competencia exclusiva.

C. Competencias de apoyo, coordinación o complementación

Dispone el Tratado que

"en determinados ámbitos y en las condiciones establecidas en los Tratados, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados

miembros, sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos. Los actos jurídicamente vinculantes de la Unión adoptados en virtud de las disposiciones de los Tratados relativas a esos ámbitos no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros"[38].

Y que la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea:

1. La protección y mejora de la salud humana;
2. La industria;
3. La cultura;
4. El turismo;
5. La educación, la formación profesional, la juventud y el deporte;
6. La protección civil;
7. La cooperación administrativa.

Según Mangas Martín, A[39]., entran en esta categoría las competencias que la UE ya venía ejerciendo con muy baja intensidad normativa, y en todo caso son más propias de programas y proyectos que de actos normativos propiamente dichos[40].

El que no se sustituya la competencia de los Estados no significa que estos puedan adoptar medidas contrarias a la actuación de la Comunidad o en contra de sus objetivos, en virtud del antes citado principio de lealtad comunitaria.

4. Otras competencias de la Unión Europea. Fórmulas de flexibilización de competencias

A la distinción clásica de categorías de competencias referida en el apartado anterior, se suman una serie de institutos que desde el inicio de la Unión han permitido flexibilizar –ampliar– su ámbito competencial. Como se ha dicho, en muchas ocasiones la redacción de los Tratados no ha hecho sino adaptarse (competencialmente hablando) a la práctica de la Unión, positivando competencias que de facto esta ya ejercía en virtud de alguno de estos instrumentos. Además la jurisprudencia del TJCE habría sido, según algunos autores, especialmente laxa en la interpretación de los mismos de cara a conferir nuevas competencias a la Comunidad[41].

Dicha tendencia ha sido objeto de extensos debates y posturas enfrentadas, y desde luego ha sido uno de los temas clave en los trabajos preparatorios de la fallida Constitución Europea, y que se pusieron ya de manifiesto en la Convención de Laeken.

En efecto, el sistema competencial de la UE ha tenido que equilibrarse entre la eficacia, la flexibilidad y la transparencia, siendo extendida la opinión de que lo ha hecho más hacia los dos primeros parámetros que hacia el tercero. No en vano, la conocida declaración 23 del Tratado de Niza relativa al futuro de la Unión incluía un destacado lugar de la agenda de la próxima CIG prevista para 2004, la cuestión de tratar la forma de esclarecer y supervisar una delimitación de competencias más precisa de las competencias de la UE y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad. Esta preocupación ya había aflorado en Maastricht y Ámsterdam, auspiciada por un lado por los Länder alemanes, y por otro por la subyacente idea de dotar de dimensión constitucional a los siguientes pasos de integración europea, lo que haría inevitable abordar esta cuestión[42].

Resultado de ello ha sido la categorización de competencias plasmada la pretendida Constitución Europea, y trasladada al actual TFUE, lo que como veremos no ha supuesto en absoluto el abandono del principio funcionalista del actuar de la Unión ni de sus fórmulas de flexibilización de competencias, que en algún caso lo que ha hecho ha sido trasladarse al texto.

Los instrumentos de flexibilización serían los siguientes[43]:

A. Poderes implícitos (implied powers) o competencias derivativas

Blázquez Navarro, Irene[44], se refiere a los poderes implícitos de la siguiente manera:

"La Comunidad es titular de competencias atribuidas. No ostenta, pues, poderes inherentes. Ahora bien, la atribución competencial puede ser no sólo expresa sino igualmente implícita. El Tribunal de Justicia ha afirmado – a través de una interpretación sistemática y finalista de las bases jurídicas– , la existencia de competencias derivativas razonablemente necesarias para el ejercicio de las competencias atribuidas y sin las que éstas perderían su sentido o su aplicación se revelaría inútil."

Esta teoría, que tendría origen en la sentencia Fédéchar de 1956, es no obstante característica propia de las organizaciones internacionales y ya fue asumida anteriormente por el TPJI y el TIJ[45].

Por su parte, el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996 también se refirió a estos poderes implícitos en su apartado 25:

"la Comunidad actúa normalmente basándose en competencias específicas que, como ha declarado este Tribunal de Justicia, no deben necesariamente

resultar expresamente de disposiciones específicas del Tratado, sino que pueden también deducirse implícitamente de dichas disposiciones."

B. Paralelismo entre competencias internas y externas (in foro interno in foro externo)

El propio glosario publicado en la web de la UE[46] lo define de la siguiente manera:

"Según la teoría de las competencias implícitas[47], la competencia externa se deriva de la existencia de una competencia explícita a nivel interno. Por tanto, habida cuenta de que los Tratados otorgan a la Unión competencias explícitas en un ámbito concreto (por ejemplo, transporte), esta última debe tener competencias análogas para celebrar en ese mismo ámbito acuerdos con terceros países (principio del paralelismo entre las competencias internas y externas)."

Esta teoría tendría origen en la sentencia AETR, de 1971, antes referida, y ha tenido a lo largo de la historia de la Unión una importante aplicación relacionada con su competencia exclusiva en materia de política comercial común[48].

Actualmente se encuentra recogida en el TFUE[49] en los siguientes términos:

"La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas."

C. Cláusula de flexibilidad o competencias subsidiarias

Inicialmente recogido en el art. 235 TUE, luego 308 TCE y actualmente 352 TFUE en los siguientes términos:

"1. Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. La Comisión, en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad mencionado en el apartado 3 del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, indicará a los Parlamentos nacionales las propuestas que se basen en el presente artículo"[50].

Ha sido probablemente uno de los instrumentos de flexibilización – ampliación– de competencias más utilizado en la historia de la Comunidad Europea[51], y que más ha preocupado a aquellos que veían peligrar las soberanías nacionales. No en vano, hasta el AUE se habían incorporado por esta vía competencias comunitarias en materia de medio ambiente, política regional, investigación y desarrollo tecnológica, políticas de cohesión, etc... Y también a partir de ahí. Según Araceli Mangas[52], la, a veces, abusiva utilización de esta cláusula (art. 308 TCE) como base para ir extendiendo como mancha de aceite la competencia comunitaria dio lugar a críticas de algunos Estados tribunales nacionales y de las regiones alemanas. Incluso antes de la Convención hubo propuestas para su supresión. Muñoz Machado[53] llamó mucho antes la atención sobre la expansión de las competencias de la Comunidad por aplicación del entonces artículo 235 TCE.

No obstante merece recordar que en origen la aplicación cláusula de flexibilidad requería unanimidad de los Gobiernos nacionales reunidos en el seno del Consejo[54], por lo que no falta quien achaca la supuesta expansión competencial no solo al activo papel de las instituciones europeas o a la jurisprudencia pro-competencias del TJUE, sino a una deliberada intención de los Estados miembros[55].

Por su parte, el Tribunal de Justicia en su ya citado Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, dispuso en su apartado 29 que

"el artículo 235 [actual 352] tiene por objeto suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las Instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten no obstante necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr alguno de los objetivos establecidos por el Tratado"[56].

D. Cláusula de armonización

El antiguo art. 95 (antes 100 A) TCE disponía:

"El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior."

El actual art. 114 TFUE lo repite en términos similares, si bien con la inclusión expresa del Parlamento Europeo[57].

Advierte Maestro Buelga, G[58]., que si uso del art. 235 [actual 352] del TCE comenzó a explotarse y hacerse habitual desde los años setenta del siglo pasado, la utilización de las posibilidades del art. 95 fue empleada

intensivamente desde la entrada en vigor del Acta Única Europea, y presidió un período especialmente importante en la construcción del mercado único. Así, todo el proceso de liberalización de los servicios y los sectores públicos de las economías nacionales de los Estados miembros, de los años ochenta y principio de los noventa, estuvo marcado por una expansión competencial y por el uso de estos instrumentos normativos.

Con respecto a la cláusula de flexibilidad reseñada en el apartado anterior, la transición que advierte el autor no ha estado exenta de dificultades. Puede señalarse la STJCE de 18 de noviembre de 1999[59], sobre la elección de la base jurídica para un Reglamento relativo a la asistencia mutua entre autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión, con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria.

Dicha sentencia declaró que la cláusula de armonización no era base jurídica suficiente para la adopción de aquella medida y, en lo que nos interesa, su apdo. 35 dispuso que: Según reiterada jurisprudencia, la utilización del artículo 100 A (LCEur 1986, 8) no se justifica cuando el acto que ha de adoptarse sólo tiene accesoriamente el efecto de armonizar las condiciones del mercado en el interior de la Comunidad (véanse, en particular, las sentencias de 4 de octubre de 1991, (TJCE 1991, 274) Parlamento/Consejo, C-70/88, Rec. p. I-4529, apartado 17, y de 17 de marzo de 1993, (TJCE 1993, 30) Comisión/Consejo, C-155/91, Rec. p. I-939, apartado 19).

Sí fue, sin embargo, base jurídica suficiente para la adopción de la Directiva 2001/37/CE, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, en un asunto considerado como de protección de la salud y de la seguridad (salud pública)[60]. Dicha sentencia estableció que:

"(...) las medidas contempladas en virtud de tal disposición están destinadas a mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior y deben tener efectivamente dicho objeto, contribuyendo a eliminar obstáculos a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios, así como a suprimir distorsiones de la competencia (...) es posible recurrir al artículo 95 CE (RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695) como base jurídica para evitar la aparición de futuros obstáculos a los intercambios comerciales derivados de la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales, siempre que la aparición de tales obstáculos sea probable y que la medida de que se trate tenga por objeto su prevención (véanse, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 1995 [TJCE 1995, 120] , España/Consejo, C-350/1992, Rec. pg. I-1985, apartado 35, y las sentencias sobre la publicidad del tabaco [TJCE 2000, 68] , apartado 86, y de 9 de octubre de 2001 [TJCE 2001, 267], Países Bajos/Parlamento y Consejo, C-377/1998, Rec. pg. I-7079, apartado 15)."

La sentencia dictaminó que cumpliéndose esos requisitos, no puede impedirse que el legislador acuda a esta base jurídica por el hecho de –en este caso, pero puede aplicarse a otros– la protección de la salud pública sea determinante en las acciones que deban tomarse.

5. Ejercicio de las competencias de la Unión Europea. Principios de subsidiariedad y proporcionalidad

Ambos deben entenderse como mecanismos reguladores del ejercicio de las competencias por parte de la Unión Europea

A. Principio de subsidiariedad[61]

Dice Corral Guerrero[62] que

"hace pocos años nadie tenía una idea clara del significado de este principio, 'salvo los estudiantes alemanes de Derecho constitucional o administrativo local y los eruditos de la doctrina social de la Iglesia'. Y sin embargo, pocos principios jurídicos han conseguido, en un período de tiempo tan breve, un

grado de popularidad tal como el alcanzado por el ya famoso 'principio de subsidiariedad', introducido en el Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992 en la capital del Limburgo holandés".

Según este principio, recogido en el art. 5 del TUE y desarrollado en Protocolo anexo,

"en aquellos ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión solo actuará en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central y a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión."

Aplicable por tanto[63] únicamente a las competencias compartidas, este principio requiere lo que se denomina triple análisis: de eficacia, de suficiencia y de dimensión.

Sobre el control judicial de este principio debe señalarse que la jurisprudencia no es especialmente abundante, y en todo caso ha sido la falta de motivación de los actos de la Unión lo que ha centrado la generalidad de los recursos presentados, habiéndose realizado por tanto un análisis más formal que material.

En este sentido pueden citarse las Sentencias de 17 de mayo de 1994, Francia/Comisión, de 13 de mayo de 1997 Alemania/Parlamento Europeo y Consejo, y de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Parlamento Europeo[64].

B. Principio de proporcionalidad

También definido en el art. 5 del TUE, en virtud del mismo el contenido y forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Su aplicación, regulada en el protocolo anexo

al TUE[65], rige la acción de la Unión tanto en ejercicio de sus competencias exclusivas como compartidas.

Este principio, ya recogido en el art. 5.3 de la anterior versión del Tratado, es también definido por la S. Denkavit[66], de 17 de mayo de 1984 de la siguiente forma:

"Las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias no deben exceder de lo apropiado o necesario para alcanzar el objetivo perseguido. También la citada sentencia de 10 de diciembre de 2002, establece en su apartado 122 que el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los medios que aplica una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo perseguido y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo."

La misma sentencia[67], en cuanto al control judicial de este principio se refiere, establece un criterio de "control débil" en los siguientes términos:

"(...) debe reconocerse al legislador comunitario una amplia facultad discrecional (...) ha de tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y realizar apreciaciones complejas. Por consiguiente, sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en este ámbito, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida."

Su ejercicio está actualmente regulado en el mismo Protocolo anexo al Tratado que el referido en el apartado anterior.

6. Consideraciones finales

El sistema competencial de la UE ha estado caracterizado desde el inicio, y lo sigue estando en mi opinión, por una falta de un catálogo de competencias en sentido material. Además los instrumentos de

flexibilización para acometer actuaciones incluso sin más base jurídica que el propio instrumento de flexibilización, han configurado un sistema competencial sumamente abierto.

En sí, no podemos afirmar que esto sea “bueno o malo” en términos absolutos. De las posiciones menos europeístas o más celosas de su soberanía o peso político nos llegan las críticas a este sistema. Los responsables de las instituciones y los países más europeístas (incluido el nuestro), han entendido necesaria la existencia de esos instrumentos de flexibilización.

Cierto y verdad es que el proceso de integración europea, el denominado “camino hacia una Europa cada vez más estrecha”, es un proceso permanentemente inacabado, y posiblemente sin el uso de esos instrumentos (acompañado de una generosa interpretación de su utilización por parte del TJCE), la UE no sería lo que es hoy.

No quiere ello decir que la asunción de competencias de manera indiscriminada por la UE sea la mejor práctica, máxime en una organización que nace del respeto a la identidad nacional de los Estados miembros como principio fundamental[68].

La introducción de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, primero jurisprudencialmente y luego en términos positivos, parecen criterios acertados al menos en su concepto teórico. Cuestión distinta es que el Tribunal de Justicia haya realizados razonamientos “tautológicos” cuando se le han sometidos estas cuestiones, tales como que si las instituciones así lo han considerado, será que se cumplen estos principios[69].

Parece por tanto acertado, como señalo, adecuada la introducción de estos dos principios, pero más adecuado me parece su desarrollo. Si ya antes, pero principalmente con los trabajos preparatorios de la fallida

Constitución Europea afloró seriamente la preocupación de la pérdida de soberanía por parte de los Estados miembros (o sus regiones), hacerlos partícipes en el control del cumplimiento de estos dos principios no sólo tiene un efecto “democratizador” de la actividad comunitaria, sino que también puede ser un elemento de control más o menos eficaz, toda vez que se prevé consecuencias específicas del parecer contrario de los Parlamentos nacionales a la tramitación de los actos legislativos de la Unión (en todo caso se trata más de un control político que estrictamente jurídico, pero independiente del que siempre puede realizar el TJUE).

Varias son las soluciones que se han barajado para mejorar el control de estos principios, incluyendo la posibilidad de creación de un Tribunal ad hoc, integrado por jueces de los distintos Tribunales Constitucionales nacionales.

Sabemos que en 1989 el Tribunal de Justicia dejó de ser único al agregársele el de Primera Instancia. En 2009, el Tratado de Lisboa lo ha configurado como órgano compuesto por el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados, de los que hasta el momento sólo se ha constituido el de Función Pública.

En este contexto, podría proponerse la creación de un segundo tribunal especializado en esta materia, cuya actividad o fiscalización puede modularse en distintos niveles, por ejemplo (de mayor a menor intensidad):

Control previo de todo acto legislativo de la Unión,

Control previo de todo acto legislativo de la Unión que tenga como base algún instrumento de flexibilización

Control previo de los actos legislativos de la Unión para los cuales, de conformidad con el protocolo de aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, al menos un tercio del total de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales fueran contrarios al cumplimiento de dichos principios.

Las posturas más radicales han abogado por la eliminación de los instrumentos de flexibilización en favor de una atribución de un catálogo de competencias expreso a la Unión.

Cierto es que se ganaría en seguridad jurídica, pero el coste sería excesivo. La evolución de la Unión Europea ha sobrepasado desde el origen las pretensiones de sus cada vez más Estados miembros, y han sido los instrumentos de flexibilización los que han permitido a aquélla adaptarse continuamente a las circunstancias y seguir siendo motor de integración.

Dicha solución implicaría “petrificar” el proceso de integración –en términos competenciales– condicionándolo a la sucesiva reforma de los Tratados. Probablemente supondría también la renuncia a la consecución de muchos de los objetivos de la Unión.

[1] Ejemplo claro de este principio de atribución de competencias entre instituciones es la reciente STJUE Parlamento/Consejo, de 5 de septiembre de 2012 (asunto C-355/10), que anuló la Decisión 2010/252 por añadir elementos esenciales en sede de desarrollo del Reglamento 562/2005, excediéndose en sus facultades.

[2] "La delimitación de competencias entre la unión europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia". Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 12, 2002, p. 350.

[3] En mi opinión, el autor se refiere al art. 249 TCE, y no al 241.

[4] Sentencia Francia/Comisión, de 20 de marzo de 1997, en que Tribunal de Justicia anuló una Comunicación elaborada por la Comisión sobre un mercado interior de los fondos de pensiones (asunto C-57/95).

[5] Pérez de Nanclares, cit, p. 352.

[6] Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el Tratado de Maastricht, BVerfGE 89, 155, de 12 de octubre de 1993 y recientemente la relativa al Tratado de Lisboa, BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30 de junio de 2009. Sobre las mismas, Stein, T., "La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el tratado de Maastricht", Revista de Instituciones Europeas, 1994, pp. 745 y ss, y Martín y Pérez de Nanclares, J., "Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)", REAF 2011, pp. 97-145.

[7] "La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad".

[8] Y no por los Tratados. En efecto, el art. 1 del TUE establece que las altas partes contratantes constituyen la UE, a que los Estados miembros atribuyen competencias... aunque sea, eso así, en los Tratados, tal como dispone el art. 3.6 TUE in fine.

[9] En contraposición a los Estados, que tienen fines y poderes generales, abstractos e integrales.

[10] Arts. 2 a 6 TFUE.

[11] En competencias exclusivas, compartidas y de apoyo.

[12] Véase la reciente STJUE, de 22 de octubre de 2013, asunto C-137/2012, en cuyo apartado 52 dispone que "según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la elección de la base jurídica de un acto de la Unión debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que figuran la finalidad y el contenido de dicho acto (sentencias de 8 de septiembre de 2009, Comisión/Parlamento y Consejo, C-411/06, Rec. p. I-7585, apartado 45 y jurisprudencia citada, y de 19 de julio de 2012, Parlamento/Consejo, C-130/10, apartado 42 y jurisprudencia citada)".

También López Martínez, "El reparto competencial en la Unión Europea", recoge que "la base jurídica habilitante se identifica con la disposición del Tratado –interpretada en su caso por el TJCE– que otorga la competencia en una materia o encomienda la consecución de un objetivo, y se configura como la norma que habilita a la Comunidad para una actuación y determina el alcance y las condiciones del ejercicio de la competencia. La base jurídica se erige, así, en parámetro esencial de la sujeción de la Comunidad y de sus Instituciones al principio de legalidad comunitaria ya que precisa: a) el alcance o modalidad de la competencia, de los poderes y potestades públicas que implica; b) la institución que pueda ejercitarlos; c) el tipo de acto, su contenido y el instrumento normativo al que pueda recurrir para formalizarlo; d) el procedimiento para adoptarlo; e) el tipo de intervención que garantiza el Tratado a las demás Instituciones en la producción del acto; y f) la mayoría requerida para formar la voluntad de la Institución. La base jurídica garantiza la atribución de competencias de los Estados miembros a la Comunidad, salvaguarda las competencias de los Estados y también las de la Comunidad; garantiza asimismo los poderes de cada Institución y las relaciones interinstitucionales en el sistema comunitario de toma de decisiones, salvaguarda, en suma, el equilibrio institucional. Por ello, la elección e identificación de la base o fundamento jurídico no es sólo necesaria legalmente, sino que tiene que ser motivada, razonada de modo explícito, y estar fundada en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional por parte del TJCE, no sólo apoyada en la mera convicción de una Institución respecto al fin perseguido."

[13] Mangas Martín, A., cit. En mi opinión, esta parece ser también la lógica que subyace en el art. 2.6 TFUE cuando dispone que "el alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito."

[14] "El sistema de competencias en la Constitución Económica Europea: Unión y Estados miembros", ReDCE nº 5, 2006, p. 65 a 99.

[15] Citando a Manzella, A., el autor transcribe en su artículo: "El sistema comunitario ha sido concebido como un sistema clásico basado sobre el principio de atribución de competencias. Sin embargo, falta una explícita enumeración

de las competencias atribuidas a la Comunidad y aquéllas están, por lo demás, definidas en clave funcional, es decir, que en muchos sectores se definen los objetivos de la comunidad y las competencias siguen a estos objetivos". En Lo Stato "Comunitario", Quaderni costituzionale, num. 2, 2003, pp. 273 y ss.

[16] Maestro Buelga, G., cit., pp. 69 y 70.

[17] Esta clasificación es la que deriva del actual TFUE. Anteriormente el TCE solo distinguía entre competencias exclusivas y no exclusivas, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia eran conscientes de la existencia de las tres citadas. Algunos autores han defendido que solo existían exclusivas y compartidas, y dentro de estas, paralelas y concurrentes. No obstante utilizaremos la clasificación del actual TFUE.

[18] Cit.

[19] Con relación a la competencia para adoptar medidas destinadas a la conservación de los recursos marítimos en el marco de la política común de la pesca.

[20] Martínez López, D., cit. Esta referencia a la posible habilitación, además de en el propio Tratado, estaba recogida en las STJCE relativas a la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de conservación de los recursos marinos, que se citan más adelante.

[21] Asunto c-125/1994, apartado 35.

[22] En todo caso, sobre los elementos importantes que serían competencia exclusiva de la Comunidad, pueden verse las SSTJ de 11 de enero de 1990 (pactos colusorios) y 9 de noviembre de 1983 (abuso de posición dominante).

[23] C-370/2012. En este caso se discutía la Decisión 2011/199/UE, del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011, que modifica el art. 136 del TFUE en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el Euro, determinándose que no contrariaba a la competencia exclusiva de la UE en materia de política monetaria, porque era una medida de política económica destinada a mantener la estabilidad de la Zona Euro.

[24] Véase también las STJ de 15 de diciembre de 1976, asunto 41/76, Donckerwolke, que considera que al haberse transferido la competencia en materia de política comercial común, esta solo puede ser ejercitada por los Estados en virtud de autorización específica por parte de la Comunidad.

[25] Véase la STJUE de 22 de octubre de 2013, antes citada, que dispone expresamente que "la política comercial común se inscribe en el marco de la 'acción exterior de la Unión' (...) un acto de la Unión forma parte de la política comercial común cuando tiene como objeto específico el comercio internacional (...) únicamente pueden pertenecer al ámbito de la política comercial común los actos de la Unión que guarden relación específica con el comercio internacional (...)" apartados 56 a 58.

[26] Mientras que en su Dictamen 1/78 incluía todas las mercancías en el ámbito material de la política comercial, y establecía, además, un criterio de interpretación no restrictiva del concepto de política comercial común –apartados 44 y 45, referidos en este sentido también en el Dictamen 1/94, apartado 36–.

[27] Cit.

[28] En el mismo sentido se refieren, por ejemplo, las SSTJCE de 19 de mayo de 1992 y de 31 de marzo de 1993.

[29] Así, el TFUE las define por eliminación, pues serán compartidas cuando no sean ni exclusivas ni de coordinación o complementación. Requerirán en todo caso una base jurídica específica.

[30] Orientado principalmente a la eliminación de barreras, discriminaciones y distorsiones de un verdadero mercado único. Ver reciente Sentencia de 22 de octubre de 2013, antes citada, apartados 51 a 58 para ver la diferencia con "política comercial común". En materia de fiscalidad, la S. de 8 de mayo de 1990, Biehl, sobre la equivalencia de discriminaciones fiscales por razón de residencia a una discriminación por razón de nacionalidad, incompatible con los objetivos de un mercado interior.

[31] STJ de 31 de mayo de 1981, Jenkins, y 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal y otros, sobre condiciones de trabajo.

[32] Son instrumentos típicos de esta competencia los fondos FEOGA, FEDER, FSE y fondos de cohesión (medio ambiente y redes transeuropeas). Se introdujo expresamente en el AUE (Arts. 130 A y siguientes).

[33] También se introdujo expresamente en el AUE (art. 130 R). Vid. Sentencias de 5 de mayo de 1998, Reino Unido c. Comisión; y las dos de 18 de marzo de 1980, Comisión c. Italia, para justificar la aproximación comunitaria de legislaciones sobre esta materia. Por su parte, la Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (c-405/1992) dispuso que "resulta de la jurisprudencia constante del Tribunal que los artículos 130 R y 130 S del tratado se dirigen a conferir a la Comunidad competencia para emprender una acción específica en materia de medio ambiente. Estos artículos dejan sin embargo íntegras las competencias que la Comunidad ostenta en virtud de otras disposiciones del tratado, aunque las medidas a adoptar en virtud de estas últimas persigan al mismo tiempo uno de los objetivos de protección del medio ambiente".

[34] Se introdujo expresamente en el TUE de Maastricht de 1992 (art. 129 A). Vid. sentencias de 20 de febrero de 1979, Cassis de Dijon, y de 7 de marzo de 1996, El Corte Inglés. Más recientemente, Sentencia de 17 de diciembre de 2009, Eva Martín Martín/EDP Editores.

[35] Vid. SSTJCE de 31 de marzo de 1971, AETR apds. 8 y 11, y de 19 de mayo de 1992, Comisión/Alemania.

[36] Se introdujo expresamente en el TUE de Maastricht de 1992, art. 129 B).

[37] Principalmente antiguo 235 TCE, posteriormente 308 y ahora 352 TFUE.

[38] Art. 2.5 TFUE

[39] Cit.

[40] Lo que no impide que se hayan dictado algunas sentencias interesantes al respecto. Pueden citarse como ejemplos: sobre educación, formación profesional y juventud, S 03.07.74, Casagrande, y S 13.02.85, Gravier; Cultura, S. 12.12.74, Walrave, S. 14.07.76, Donà-Montero, S. 23.02.99, Parlamento/Consejo, S. 17.01.84; etc.

[41] Se ha llegado a hablar de una agenda política del Tribunal de Justicia, consistente entre otras cuestiones en fomentar la integración europea en todos los ámbitos. Estella de Noriega, A., El dilema de Luxemburgo - el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad. Existen no obstante ejemplos claros en que el Tribunal se ha decantado por impedir la extensión competencial de la Comunidad. A saber, el antes citado Dictamen 1/94 consideró excluidos los servicios y la propiedad intelectual de la competencia exclusiva en política comercial común; en el Dictamen 2/94, consideró que la Comunidad carece de competencias para adherirse al CEDH; en la Sentencia de 20 de marzo de 1997, Francia/Comisión, anuló una Comunicación por excederse en las competencias que le eran propias; en la Sentencia de 5 de octubre de 2000, sobre la Directiva del Tabaco, esta se anuló por sobrepasar los límites permitidos por la cláusula horizontal de armonización (art. 95 TCE); y la Sentencia de 9 de julio de 1987, Alemania/Comisión, anuló una Decisión de la Comisión por considerar que había sobrepasado los límites de la atribución competencial y regular cuestiones que eran competencia de los Estados.

[42] Pérez de Nanclares, cit.

[43] La nomenclatura utilizada es solo una de las posibles. No es complicado encontrar la misma nomenclatura para las distintas modalidades que se relacionan.

[44] "La distribución de competencias económicas en la UE. Aplicabilidad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad". El modelo económico de la UE, nº 820. ICE, 2005.

[45] Del TPJI puede verse su dictamen consultivo de 23 de julio de 1926, y del TIJ, Rec. 1949 y 1954.

[46] Glosario publicado en la web de la UE.

[47] Aquí un ejemplo de la posible confusión terminológica. Distinguir competencias implícitas de poderes implícitos.

[48] Ver Dictámenes del Tribunal 1/75, 1/76, 1/78 y 1/94, ya citados. Según el Dictamen 1/76, este paralelismo no es automático, sino que la acción debe considerarse "necesaria".

[49] Art. 3.2 TFUE.

[50] La participación de los Parlamentos nacionales es una novedad del Tratado de Lisboa. También el papel del Parlamento Europeo, que pasa de ser meramente consultado a tener que aprobar la iniciativa.

[51] Advierte también una expansión potencial de la actividad comunitaria a través de esta cláusula Díaz Romero, Leocadia (2008), La integración política en la Unión Europea. Elementos de su Constitucionalización (2006). Tesis doctoral bajo la dirección del Catedrático de la Universidad de Murcia, D. Mariano García Canales. p. 228.

[52] Cit.

[53] Muñoz Machado, Santiago, "Relaciones entre derecho comunitario e interno", en la obra colectiva Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Civitas, Madrid 1986, T I, cap. XII, p. 521.

[54] Vid. Resolución del Parlamento Europeo de 12 de julio de 1990 sobre el principio de subsidiariedad (Primer informe del Sr. Giscard d'Estaing).

[55] Sostiene y fundamenta esta postura Maestro Buelga, cit.

[56] En este Dictamen se consideró que aquel art. 235 no podía considerarse base jurídica suficiente para que la Comunidad se adhiriese al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos pues, por su envergadura y naturaleza sobrepasaría los límites de aquel, siendo para ello necesario a través de una modificación del Tratado.

[57] No olvidemos que el Tratado de Lisboa, en un ejercicio por democratizar la Unión, ha generalizado el procedimiento legislativo por codecisión (ahora ordinario). Aquí también se refleja ese cambio formalmente. En todo caso el procedimiento legislativo de aproximación de legislaciones ya era con el antiguo art. 95 de codecisión.

[58] Cit.

[59] Asunto c-209/97.

[60] Sentencia de 10 de diciembre de 2002, The Queen contra Imperial Tobacco Ltd/JT International SA Secretary of State for Health, asunto c-491/2001.

[61] Un trabajo sobre el origen y filosofía de este principio que recoge la posición originaria del Parlamento Europeo podemos encontrarlo en Gil-Robles Gil-Delgado, José María, "El principio de Subsidiariedad en la construcción europea", Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 2. Valencia, 1993.

[62] Corral Guerrero, Luis (2000), "La Unión Europea: Sus principios y naturaleza". Cuadernos de Estudios Empresariales nº 10, Universidad Complutense de Madrid, siguiendo a Martín y Pérez de Nanclares, J. (1993), El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea. TAPIA, publicación para el mundo del Derecho. p. 9. Probablemente la referencia a la doctrina social de la Iglesia venga motivada por la definición del principio de subsidiariedad que hizo el Papa Pío XI en la encíclica "Quadragesimo Anno", dentro de la parte que titula "restauración del orden social": "... como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos o absorberlos."

[63] A diferencia del principio siguiente.

[64] Respectivamente, asuntos c-41/93, apartado 34, c-223/94 apartados 23 a 25, y c-377/98, apartados 30 a 34.

[65] Con relación al Protocolo anterior, de 1997, destaca que el Parlamento Europeo ahora aprueba (procedimiento de codecisión) la iniciativa, y no solo es consultado, además de la participación de los Parlamentos nacionales.

[66] Asunto c-15/83, apartado 25.

[67] Y también otras posteriores en idénticos términos, como la S. de 10 de julio de 2003 (asunto c-15/00), apartados 161 y 162, o S. de 12 de diciembre de 2006 (asunto c-380/03), apartados 143 y 144.

[68] Art. 4.2 TUE.

[69] Se ha llegado a decir que "la justificación del principio de subsidiariedad se encuentra implícita, pero necesariamente recogida en los considerandos" de la Directiva. Sentencia de 09 de octubre de 2001, antes citada, apartado 33.

Los Tratados constitutivos de la UE establecen un conjunto de instituciones capaces de generar normas con las que poder alcanzar sus objetivos (derecho comunitario). Una vez generado ese cuerpo de normas, es preciso disponer de un sistema que asegure que éstas son respetadas por todos (Instituciones comunitarias y Estados miembros) que se aplica de forma correcta y que se interprete del mismo modo en todo el territorio de la Unión. Esta función en particular recae en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es el mismo que se instituyó para la CECA aunque ha ido adaptándose progresivamente a los avances del proceso de integración. A él dedicaremos la segunda parte de este tema, otorgándole así espacio propio y diferenciado de las demás Instituciones de la Unión sobre las que, como ya sabemos, ejerce un poder de control y vigilancia.

Finalmente, haremos una especial referencia a la cuestión de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea y sus diversos mecanismos de protección, ya que la eficacia de éstos en el ámbito de la Unión Europea no es tan pacífica como podrían parecer cuestiones de tan alta importancia, especialmente después de que el Tratado de Lisboa aceptara algunas reservas a su aplicación.

Con ello daremos por finalizado este curso, en el que habremos hecho un recorrido bastante completo de los principales aspectos jurídico institucionales de la Unión tal y como se nos presenta en el momento actual. No podemos olvidar que esta materia es objeto de cambios rápidos y frecuentes y que puede ser necesario en los sucesivos hacer algunas precisiones que completen o puntualicen lo afirmado en este texto.

1. DERECHO COMUNITARIO.

El punto de partida de todo el derecho comunitario son los Tratados. Con este término se hace referencia a los Tratados fundacionales originales (a excepción del de la CECA, ya expirado) y a sus sucesivas reformas y modificaciones acontecidas a lo largo de los últimos sesenta años. Desde el punto de vista técnico-jurídico una de las funciones de la Constitución Europea era precisamente de refundir todos esos textos en uno sólo que erradicase cualquier duda sobre los que es Tratado y lo que no, lo que está en vigor y lo contrario y que, además, funcionase a lo largo del tiempo para no tener que cambiarlo y modificarlo constantemente para adaptarse a las cambiantes circunstancias de la integración europea.

Como sabemos la Constitución Europea no llegó a promulgarse y en su lugar se acordó en Lisboa reorganizar todo el sistema en dos Tratados principales: el **Tratado de la Unión Europea** (que es el que funda esta nueva UE post-Maastricht) y el **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** (TFUE). Es este último el que permite incluir todas las modalidades de acción de la UE que, como ya sabemos a estas alturas, no sólo incluyen el método comunitario tradicional (en el que el procedimiento legislativo ordinario es la regla general) sino también el sistema de cooperación intergubernamental: la PESC y las cooperaciones reforzadas en ámbitos plenamente comunitarios. Cuando hablamos de ‘los Tratados’ o ‘los Tratados constitutivos’ o ‘los Tratados fundacionales’ nos estamos refiriendo no sólo a lo establecido en estos dos textos sino también al TCEEA, a los tratados de adhesión de nuevos miembros y a sus protocolos anexos⁵⁵.

A los Tratados se les suele denominar *derecho originario* o *derecho primario* para dejar bien clara cuál es la posición que ocupan en el organigrama del derecho comunitario: son las normas básicas que permiten a las instituciones adoptar unas nuevas normas (*sensu contrario derecho derivado* o *derecho secundario*) que concretan lo dispuesto en los artículos del

⁵⁵ No así las *Declaraciones*, que no son parte integrante de los Tratados puesto que no se someten a ratificación por parte de las Altas Partes Contratantes. Estas declaraciones suelen tener un contenido más bien político aunque en algunos casos contienen puntualizaciones importantes que podrían, en su caso, servir de apoyo para que el Tribunal de Justicia interprete correctamente cuál era la intención de los Estados al firmarlo.

Tratado. Para ejemplificar la cuestión: los Tratados tendrían una posición similar a la de la Constitución Española (vértice de toda la pirámide de normas del derecho español) mientras que el derecho derivado vendría a equivaler a nuestras leyes (adoptadas por el Parlamento para desarrollar las disposiciones de la Constitución). De ahí que el la codecisión Parlamento-Consejo se considere un *procedimiento legislativo* aunque en realidad las normas que acuerdan no se llaman *leyes* sino directivas, reglamentos y decisiones.

En primer lugar, porque así han venido llamándose desde los tiempos de las Comunidades Europeas y conservar esa denominación permite identificar bien el origen comunitario de estas normas frente a las del Estado e incluso a las de otras organizaciones internacionales diferentes. Pero no sólo eso. En la cultura jurídica europea una ley es la expresión de la voluntad popular a través de sus representantes en el Parlamento, conforme a las disposiciones de una Constitución que ha sido votada en referéndum por todos los ciudadanos. La primera parte de esta afirmación puede que se cumpla actualmente en el ámbito comunitario (emanan de un Parlamento elegido democráticamente por el pueblo europeo y por eso el procedimiento es 'legislativo') pero no la segunda (por eso no se llaman 'leyes europeas') lo que explica por qué los fracasos en los *referenda* de la Constitución Europea de 2004 fueron tan definitivos como para que no se siguiera adelante⁵⁶.

Sea como fuere, la tarea de ejecutar esas directivas, reglamentos y decisiones (es decir de llevarlas a la práctica) corresponde a los Estados miembros que están obligados a adoptar todas las acciones necesarias para hacerlas efectivas. Dicho en otros términos, la estructura administrativa de Bruselas no está para aplicar el derecho comunitario sino para crearlo y son los Estados miembros quienes a través de sus propias instituciones (incluidos jueces y tribunales) lo harán efectivo, eso sí, siempre bajo el control y la supervisión del Tribunal de Justicia. Siguiendo con la analogía anterior, las normas (de la categoría que sea) que dictan los Estados miembros para hacer posible en la práctica el derecho comunitario

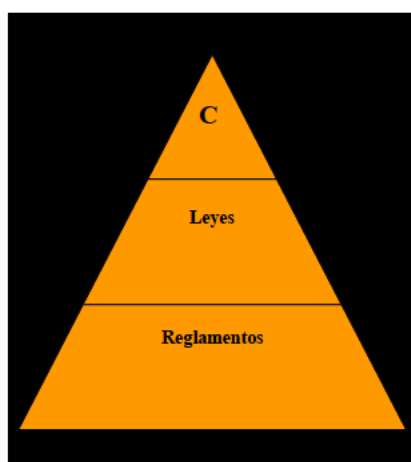
⁵⁶ El primer *Proyecto Spinelli* de Constitución Europea de 1984 también establecía una categoría de 'leyes europeas'.

equivaldrían a los reglamentos que dicta el Gobierno para desarrollar de las leyes.

Podemos decir, por tanto, que es un sistema que funciona a tres niveles, de arriba abajo: los Tratados establecen 1)un objetivo a conseguir y 2)el mecanismo más apropiado para alcanzarlo (procedimiento legislativo ordinario, procedimiento de consulta al PE, acuerdo entre los Estados para la cooperación intergubernamental...etc.). Las Instituciones concernidas redactarán y aprobarán el tipo de norma que los Tratados indiquen (reglamento, directiva...etc.) y 3)la harán llegar a todos Estados miembros para que éstos la pongan en práctica dentro sus territorios. La labor que corresponde a los Estados, como veremos más adelante, puede ser de desarrollo normativo, disponer el presupuesto necesario, por ejemplo, o designar qué autoridad es la que se tiene que encargar de dicha tarea dentro de la administración nacional.

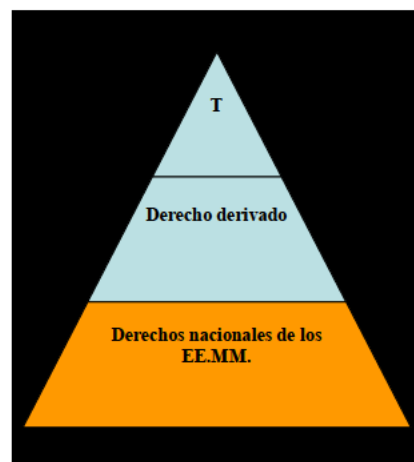
Las dos estructuras piramidales que vemos a continuación representan la estructura jerarquizada similar que tienen ambos sistemas, mientras que los colores hacen referencia a los derechos (comunitario o nacional). Como se ve, el escalón inferior de la pirámide UE sería al mismo tiempo derecho nacional (proviene de órganos propios de los EE.MM.) y en parte derecho comunitario (se dicta *porque* la UE lo requiere y es la UE a través del Tribunal de Justicia quien *garantiza* que esas normas son válidas).

Derecho español:



C = Constitución
T = Tratados UE

Derecho comunitario:



Como se puede observar en el gráfico, la totalidad de las normas de derecho comunitario (el originario + el derivado) se consideran un conjunto **autónomo y distinto** del derecho de los Estados miembros, de ahí que hayamos puesto el color azul para diferenciarlo. Se trata de dos tipos de derecho diferentes pero eso no significa que estén completamente desconectados el uno del otro y vivan en esferas independientes. Más bien al contrario, puesto que se aplican a los mismos sujetos (ciudadanos, empresas, administraciones públicas... etc.) es normal que unas veces coincidan y otras choquen. ¿Qué ocurre si una norma española contradice una norma europea y viceversa? Pues bien, sus relaciones mutuas se rigen por los principios de *primacía* y *efecto directo* del derecho comunitario, que explicamos a continuación:

1) en caso de surja un conflicto entre dos normas y no se sepa cuál de ellas debe aplicarse en el caso concreto, la norma de derecho comunitario prevalecerá siempre sobre la norma española (principio de primacía del derecho comunitario) y

2) el principio de efecto directo del derecho comunitario hace que las normas comunitarias sean directamente aplicable a los ciudadanos igual que las de su propio Estado. O sea, que **cualquier ciudadano de la Unión Europea puede reclamar ante un tribunal de su país que se le reconozca un derecho que le concede una norma comunitaria**. Como hemos indicado más arriba, los jueces y tribunales también son autoridades nacionales y como tales están obligados a poner en práctica el derecho comunitario, en este caso, a aplicarlo a quien lo invoque en un juicio igual que si se tratase de derecho español.

Cuando pensamos en el derecho de la Unión Europea, por lo general, tenemos una vaga idea de complejas regulaciones sobre cuestiones específicas y de alto nivel, difíciles de comprender, que raramente podrían contener derechos que los ciudadanos podamos reclamar en nuestro día a día. Y cuesta creer, también, que un Estado deliberadamente se oponga a que sus propios ciudadanos se beneficien de los derechos que otras normas les confieren. Pero esto no es así. Pongamos un ejemplo:

Desde principios de los años 70 existe una prolija regulación en materia de derechos sociales en la Unión Europea. Aunque al principio se creó con la intención de que unas condiciones laborales lo más homogéneas posible entre los países evitara los desplazamientos masivos de trabajadores hacia países con

regulaciones laborales más ventajosas, lo cierto es que acabó por extenderse a las más variadas cuestiones e impulsar muy considerablemente la mejora de las condiciones de trabajo en toda el área de influencia de la Unión. El principio ‘igual salario para igual trabajo’ entre hombres y mujeres, lleva vigente décadas en el derecho comunitario. En el hipotético caso de que el Gobierno de España decidiese adoptar una norma en sentido contrario, esa norma no sólo sería inconstitucional (por violar el artículo 12 CE que prohíbe toda discriminación por razón de sexo) sino que sería también contraria a derecho comunitario, por lo que cualquier persona que se viera afectada podría solicitar que se le aplicase *directamente* la normativa comunitaria en el curso de un proceso judicial. No ante el Tribunal de Luxemburgo (lo que sin duda sería un enorme obstáculo para un ciudadano de a pie) sino ante cualquier órgano jurisdiccional español. De conformidad con el principio de *primacía* el derecho comunitario éste debe prevalecer sobre el derecho nacional, por lo que la norma española que lo contradijera sería relegada y no podría ser aplicada por el juez. Lo mismo ocurriría si España no hiciera *nada* para que ese derecho fuera efectivo (es decir, que no hubiera ley alguna que aplicar) ya que la inacción del Estado miembro no puede ser un impedimento para que sus ciudadanos se beneficien.

Estas dos características que acabamos de indicar no son propias de una organización internacional clásica: **las normas de los tratados internacionales obligan a los Estados** que los firman⁵⁷ pero no directamente a las personas. Sólo los Estados soberanos pueden dictar normas que afecten directamente a sus ciudadanos... a menos que cedan ese poder a una entidad supranacional. Ese es el caso que nos ocupa (recuérdense las características propias de la CECA ya en sus orígenes que mencionamos en el tema primero) y el motivo por el cual se considera que nos encontramos ante un verdadero proceso de *integración*, una organización más que internacional, *supranacional*.

Por último, hay que aclarar que el Tratado califica genéricamente a todas las normas emanadas de las Instituciones comunitarias como ‘actos’ omitiendo expresiones como ‘normas’ o ‘disposiciones’... etc, precisamente para remarcar su distinción con respecto a las modalidades que existen en los derechos nacionales (nótese que en España, por ejemplo, existen

⁵⁷ El derecho internacional se rige por el principio *pacta sunt servanda*, es decir, que los tratados están para cumplirse y eso fundamenta que pueda sancionarse la infracción de una norma de un tratado internacional por parte de un Estado firmante. Pero eso es muy distinto de dotar a una organización de la misma legitimidad de la que dispone el propio Estado para ejercer su autoridad o conceder derechos a sus ciudadanos, que es la soberanía nacional. En un proceso de integración los Estados miembros ceden parte de esa soberanía a la entidad supranacional, de ahí que la adhesión a la Unión Europea (o las Comunidades Europeas en su día) deba hacerse necesariamente a través de un referéndum pues es en los ciudadanos de cada país donde reside la soberanía nacional.

reglamentos administrativos que pueden confundirse con los reglamentos comunitarios). Por tanto, cuando en el contexto europeo se habla de ‘actos de derecho comunitario’ o ‘actos de las instituciones’ se está haciendo referencia a las *normas que éstas dictan sin precisar su forma en particular* (directiva, reglamento...etc). Esta terminología es habitual en cualquier documentación comunitaria que caiga en nuestras manos, por lo que conviene estar familiarizado con ella.

Entrando ya en materia de derecho comunitario derivado encontramos que éste puede encontrar diversas modalidades, siendo las principales – aunque no las únicas- la directiva, el reglamento y la decisión. A efectos prácticos hay que decir que el encabezado de cada texto (el que se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea, hoy DOUE) se indica el tipo de derecho derivado ante el que nos encontramos así como la Institución comunitaria de la que emana, por lo no es un problema diferenciarlos en la práctica. Desde un punto de vista técnico si es necesario describir cada una de ellas porque sus funciones y sus efectos son bien diferentes.

a) las directivas.

El Tratado dispone que *‘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 los medios’*. Las directivas son, por tanto, instrumentos finalistas y flexibles, que establecen únicamente el **objetivo** comunitario que se pretende conseguir, dejando que sean los Estados miembros los que determinen, a través de sus propias decisiones internas, cómo van a hacerlo. Es decir, todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión deberán dictar una norma de derecho interno, a través de un procedimiento típicamente nacional, que concrete lo dispuesto por la directiva. Por ello se suele decir que las directivas sirven para *homogeneizar* las legislaciones de los Estados miembros, haciendo que todas ellas, con sus diferencias y especificidades nacionales, vayan en el mismo sentido y converjan en un objetivo común que es lo que busca la UE.

Es de entender, por tanto, que cuanto más detallado sea el contenido de la directiva, menos margen de maniobra quedará para la acción de los Estados y viceversa.

Esta función de recepción o desarrollo normativo de las directivas comunitarias por parte de los Estados miembros se conoce con el nombre de *trasposición*. Y dicha labor no sólo es necesaria sino también obligatoria: si un Estado miembro no realiza su labor de trasposición de una directiva UE puede ser llevado ante el Tribunal de Justicia y condenado por el incumplimiento de sus obligaciones (de hecho, es uno de los supuestos más comunes de condena a un Estado miembro por parte del Tribunal de Justicia⁵⁸). Por eso, las directivas siempre establecen un **plazo** para que los Estados desarrollen la directiva y sólo podrán emprenderse acciones judiciales una vez que ese plazo haya finalizado.

28.3.2014	ES	Diario Oficial de la Unión Europea	L 94/375
DIRECTIVA 2014/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros			
EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,			figuran el desarrollo de políticas de inmigración legal bien gestionadas que respeten enteramente las competencias nacionales, con el fin de ayudar a los Estados miembros a cubrir sus necesidades laborales presentes y futuras. Instó también a examinar los medios de facilitar la migración temporal.
Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su artículo 79, apartado 2, letras a) y b),			
Vista la propuesta de la Comisión Europea,	(5)	El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, adoptado por el Consejo Europeo el 16 de octubre de 2008, expresa el compromiso de la Unión y de sus Estados miembros de llevar a cabo una política justa, efectiva y coherente para tratar los retos y las oportunidades de la migración. El Pacto constituye la base de una política común de inmigración, guiada por un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros y de cooperación con terceros países, y cimentada en una gestión adecuada de los flujos migratorios, en interés no solo de los países de acogida, sino también de los países de origen y de los propios migrantes.	
Prevía transmisión del proyecto de acto legislativo a los Parlamentos nacionales,			
Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo ⁽¹⁾ ,			
Visto el dictamen del Comité de las Regiones ⁽²⁾ ,			
De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario ⁽³⁾ ,			

⁵⁸ La condena de un Estado miembro en un recurso por incumplimiento por superar el plazo de trasposición de una directiva tiene normalmente sólo efecto declarativo, esto es, se instará al Estado incumplidor a que tome las acciones. De ahí, como explicamos más arriba, que el principio de efecto directo del derecho comunitario pueda verse como una solución a los casos de inactividad por parte de los Estados sin que ello perjudique a sus ciudadanos. Con ocasión del Tratado de Maastricht en 1992 se incorporó ya la posibilidad de imponer sumas a tanto alzado o multas coercitivas al Estado incumplidor y se concedió a los ciudadanos el derecho de acudir al Tribunal de Justicia en reclamación de los daños y perjuicios que la inacción de su propio Estado les haya causado (recurso por responsabilidad extracontractual del que hablaremos en el siguiente epígrafe).

Por lo demás hay cierta libertad a la hora de escoger la autoridad encargada de actuar (estatal, regional o local) y el instrumento a través del cual lo va a hacer (ley, reglamento...etc) sin que las Instituciones comunitarias tengan mucho que decir al respecto. Decimos 'cierta' porque según la jurisprudencia del Tribunal los Estados miembros están obligados a escoger los medios *más apropiados* para asegurar la efectividad de las directivas. El supuesto típico cuando las autoridades nacionales quieren 'escurrir el bulto' es dictar normas de desarrollo de la directiva con redacciones farragosas o dar instrucciones a autoridades inferiores tan complicadas que impidan que al final se sepa quién tiene que hacer qué. Obviamente, esto también podría considerarse incumplimiento, ya que no basta con regular de cualquier manera sino que lo obligatorio precisamente es conseguir el objetivo.

b) los reglamentos.

Como se ha dicho, no deben confundirse con los reglamentos que existen en derecho español, ya que son derechos distintos que emanan de autoridades distintas. El reglamento comunitario *'tendrá un alcance general y será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros'*. Su entrada en vigor se produce en la fecha que ellos mismos fijen (en su defecto, a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial) y desde ese mismo momento, ya son de aplicación en todo el territorio de la Unión.

En este caso, los Estados miembros no tienen necesidad de precisar más su contenido con nuevas normas en el plano nacional, es **completo** tal y como sale de Bruselas. No sólo no es necesario precisarlo o detallarlo más sino que además está *prohibido* adoptar normas internas que recepcionen, copien o reproduzcan el reglamento comunitario: hacerlo así podría enturbiar su auténtico origen, que el Estado se viera tentado de introducir modificaciones más o menos sutiles en su contenido *via* norma nacional o despistar con respecto al momento de su entrada en vigor (¿la fecha de publicación en el DOCE o la de su publicación en el BOE?).

Lo que persiguen las Instituciones cuando regulan a través de un reglamento es que haya una normativa *uniforme* en todos los Estados miembros (no homogénea, como en el caso de la directiva) sin dar cabida a posibles variaciones o modalidades nacionales. Es el instrumento unificador por excelencia del derecho comunitario derivado.

16.6.2017

ES

Diario Oficial de la Unión Europea

L 154/1

I

(Actos legislativos)

REGLAMENTOS

REGLAMENTO (UE) 2017/1001 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

de 14 de junio de 2017

sobre la marca de la Unión Europea

(Versión codificada)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 118, párrafo primero,

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Prevía transmisión del proyecto de acto legislativo a los Parlamentos nacionales,

De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario ⁽¹⁾,

c) las decisiones.

A diferencia de las dos categorías anteriores, carecen de alcance general, esto es, no se destinan a toda la UE sino a uno o varios Estados miembros, por ejemplo, o a personas físicas o jurídicas individualizadas. Son obligatorias en todos sus elementos pero, eso sí, sólo para quien quiera que sean sus destinatarios por lo que éstos deberán aparecer convenientemente identificados. Por ejemplo:

DECISIÓN (UE) 2017/1246 DE LA COMISIÓN
de 7 de junio de 2017
por la que se aprueba el régimen de resolución del Banco Popular Español SA
[notificada con el número C(2017) 4038]
(El texto en lengua inglesa es el único auténtico)

LA COMISIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,

Visto el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se

Existe también una categoría de decisiones un tanto *sui generis* que, aunque comparten nomenclatura, no pueden incluirse en el listado de normas comunitarias. Es posible que oigamos en ocasiones hablar de decisiones del CES o del Comité de las Regiones, por ejemplo, pero debemos recordar que estos órganos carecen de capacidad normativa y que al ser órganos consultivos, no pueden dictar normas que sean de cumplimiento obligatorio. Lo mismo ocurre con las decisiones internas del Consejo u otras instituciones, que se refieren a acuerdos a los que se ha llegado o expresan posiciones políticas o posturas ideológicas que tampoco pueden ser consideradas verdadera normas; las mencionamos aquí únicamente para dejar constancia de su existencia y no confundirlas con las primeras, pero es probable que en nuestra práctica diaria nos las encontremos si trabajamos en cuestiones europeas.

d) otros instrumentos normativos.

Además de estas tres categorías de normas a las que hemos dedicado más atención, forman parte también del derecho comunitario derivado otras figuras como: recomendaciones, acuerdos, resoluciones, deliberaciones, códigos de conducta, dictámenes...etc. que abundan en la práctica diaria de la vida en Bruselas.

Las importantes de entre ellas son los *acuerdos (o resoluciones) de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo* que hacen referencia a las decisiones que adopta el Consejo Europeo en sus

reuniones y que adoptan este largo nombre para poder diferenciarlas de las adoptadas por el Consejo de la Unión y que, a diferencia de estas últimas, son fruto del acuerdo entre los Estados sin tener en consideración la voluntad de las Instituciones.

Pero también toda la variedad de disposiciones que se dictan en el contexto de los antiguos pilares intergubernamentales (PESC y ELSJ) como son acciones comunes, posiciones comunes, estrategias comunes o decisiones marco, que probablemente resulten familiares a quienes trabajan concretamente en estas materias. Como quiera que se trata de ámbitos en los que las decisiones se adoptan por acuerdo entre los Estados se optó en su día por una denominación diferenciada de la típica del método comunitario y, aunque técnicamente la estructura en pilares ya se ha superado y se entiende que todo es derecho comunitario por igual, la mayoría de estas figuras aún son de uso común.

Y por fin, una nueva complicación que no podemos olvidar: la Unión Europea como tal tiene capacidad para celebrar tratados internacionales con otros Estados u organizaciones internacionales. Las normas de estos tratados también forman parte del derecho comunitario y son de obligatorio cumplimiento tanto para las Instituciones como para los Estados miembros desde el momento de su entrada en vigor.

Dentro de los tres niveles normativos que establecimos al principio de este epígrafe, los tratados internacionales celebrados por la UE se situarían en un término medio, por debajo de los tratados constitutivos pero por encima del derecho derivado. Es decir, prevalecen sobre cualquier norma que hayan dictado las Instituciones pero no sobre los Tratados constitutivos. Esta situación tampoco es muy distinta de la que ocupan los tratados y acuerdos internacionales celebrados por España en el sistema constitucional español, por ejemplo.

La conformidad individual⁵⁹ de todas estas normas emanadas de las Instituciones con lo que disponen los Tratados es controlada y asegurada por el Tribunal de Justicia, al igual que el Tribunal Constitucional en España garantiza que las leyes no sean contrarias a la Constitución. En caso de contradicción, la norma de rango inferior (a saber, cualquiera de las

⁵⁹ No sólo desde la perspectiva de su *contenido material* sino también de los aspectos *formales* como la competencia para adoptarlas o su procedimiento de elaboración.

que se sitúan en el segundo nivel de nuestra pirámide normativa) será declarada nula y no podrá ser de aplicación. Lo mismo ocurre con las normas dictadas por los Estados miembros para ejecutar el derecho comunitario (tercer nivel) que no pueden contradecir lo dispuesto en las del nivel superior (segundo nivel). Como hemos visto en el caso de las directivas, los Estados miembros deben producir en plazo las normas internas que desarrollen su contenido y si éstas no fueran acordes con lo dispuesto en la directiva, el Tribunal de Justicia deberá anularlas porque son de rango inferior, algo similar a lo que ocurriría con un reglamento administrativo que no estuviese de acuerdo con la ley española.

Este control de las normas de derecho comunitario es una de la posibilidades de acción del Tribunal de Justicia que se arbitra a través de lo que conocemos como recurso de anulación (recurso de inconstitucionalidad, en el primer caso y control de legalidad en el segundo, podríamos decir) pero no la única. Sus funciones son de lo más variadas y por ello vamos a tratar a continuación de conocer su estructura orgánica y el relevante papel que desempeña en la vida de la Unión Europea. Sin embargo, como quiera que las cuestiones relativas al derecho siempre son un poco más complicadas de entender, en el cuadro siguiente se resumen los puntos clave que hemos de tener claros sobre esta cuestión.

El derecho de la UE es un conjunto de normas **autónomo y prevalente** sobre el de sus EE.MM. susceptible de generar derechos y obligaciones **directamente** en los particulares, formado por:

-Los Tratados fundacionales (TCEEA, TUE,TFUE) ratificados en su día por los gobiernos de los EE.MM. o **derecho originario**;

-Los **tratados internacionales** firmados por la UE;

-Las emanadas de las Instituciones (**derecho derivado**) en forma de:

Directivas con objetivos a desarrollar por los EE.MM.

Reglamentos con las mismas reglas para todos los EE.MM.

Decisiones con destinatarios individuales

cuyo **cumplimiento, validez e interpretación uniforme** en todo el territorio de la Unión vienen garantizados por el Tribunal de Justicia de la UE a través de un sistema de recursos.

2. TRIBUNAL DE JUSTICIA Y SISTEMA JURISDICCIONAL.

El Tribunal de Justicia es la séptima y probablemente la más antigua de las Instituciones comunitarias, ya que fue creado en 1952 como tribunal de la CECA y pasó a ser el único para las tres comunidades (CECA, CEE, CEEA) en 1957. La Institución permaneció como tal, se aumentaron sus competencias y personal y sólo se cambiaron algunas de sus normas de funcionamiento dependiendo del ámbito de la Comunidad que estuviese tratando; esto sigue siendo así ya que, como sabemos, la CECA ya no existe, pero la CEEA o EURATOM aún permanece vigente, por lo que el Tribunal también es competente para resolver las controversias que se produzcan en el mercado común de la energía atómica.



No obstante, en lo sucesivo y para no complicar excesivamente las explicaciones, nos referiremos al Tribunal de forma general, sin hacer esa distinción material entre UE y CEEA. Únicamente dejaremos constancia aquí, con carácter preliminar, de que el hecho de incluir al Tribunal en este último tema en lugar de los dedicados al marco institucional comunitario responde al hecho de que para comprender las funciones que desempeña el

Tribunal debemos conocer primero un poco el derecho comunitario (por cuya feliz aplicación vela el Tribunal) y porque esta función no sólo le corresponde a él sino también a los jueces y tribunales nacionales que, como hemos visto, también lo aplican en los litigios de que conocen.

a) El Tribunal como institución.

Es la autoridad judicial de la UE y tiene su sede (oficialmente desde 1992) en Luxemburgo. Al ser un Tribunal al que pueden acceder no sólo las Instituciones -cuyos idiomas de trabajo son por lo general el inglés y el francés- sino también los Estados, particulares o empresas, se ha establecido que todas las lenguas oficiales de la Unión sean también las que puedan utilizarse como lengua de procedimiento ante el Tribunal. Así mismo, casi todos los procedimientos que tienen lugar se desarrollan en dos fases, una primera escrita y otra segunda oral (audiencia pública) si bien no entraremos en mayores detalles procesales por exceder de nuestro objetivo aquí.

El Tribunal de Justicia está formado por dos órganos:

1) **Tribunal de Justicia** (en sentido estricto) integrado por 28 jueces (uno por Estado miembro) y 11 abogados generales. Resuelve las cuestiones prejudiciales, algunos recursos de anulación y los de casación.

2) **Tribunal General**. Creado en 1988, está compuesto por 47 jueces (dos por EE.MM.) desde el 4 de octubre de 2017 y que pasarán a ser 56 en 2019. Las resoluciones del Tribunal general pueden ser objeto de casación ante el Tribunal de Justicia en un plazo de dos meses, por lo que puede considerar que es una especie de 'primera instancia' comunitaria. De hecho, en su día se creó un Tribunal de Justicia de Primera Instancia al que el Tratado de Niza atribuyó la especialización en materia de función pública comunitaria; sin embargo, en 2015 y debido al incremento en el número de litigios así como de la duración de los procedimientos se decidió traspasar estas labores al Tribunal General y elevar el número de miembros que lo componen hasta una cifra total de 56. El Tribunal de Función Pública quedó oficialmente disuelto el 1 de septiembre de 2016. Nada impide, sin

embargo, que se creen en el futuro otros tribunales (salas) especializados por razón de la materia, siempre que para ello cuenten con la aprobación del Parlamento Europeo.

En la actualidad es el órgano encargado de los recursos interpuestos por ciudadanos particulares frente a la actividad de las Instituciones europeas. Es el encargado de decidir en los recursos de anulación que pueden interponer los particulares, las empresas y los gobiernos de los EE.MM. Como quiera que la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia no suspende la ejecución del acto que se impugna, existe la posibilidad de adoptar **medidas provisionales** cuando de su aplicación se derive un perjuicio grave e irreparable para quien reclama judicialmente.

Los Tribunales eligen a un Presidente y un Vicepresidente por un periodo de 3 años (los jueces son elegidos para seis años renovables) y cuentan con un Secretario General.

Los Abogados Generales son unas figuras que asisten al Tribunal en el desempeño de sus funciones. Están encargados de presentar un informe jurídico (que se conoce como *Conclusiones del Abogado General*) en los asuntos que les corresponden, con total independencia e imparcialidad. Sus conclusiones no son vinculantes (de hecho, ellos ni siquiera asisten a las deliberaciones de los jueces) y suelen contener un extenso análisis de la doctrina y la jurisprudencia desde una perspectiva tanto nacional como comunitaria para una mejor comprensión del asunto. Es así, que a menudo las conclusiones de los Abogados Generales se alegan como argumento para reforzar, debilitar o incluso combatir la jurisprudencia del Tribunal en muchos casos en que los Tratados guardan silencio. En asuntos específicos, además, cabe la posibilidad de que sea un juez el que desarrolle la función del Abogado General.

El Tribunal (cualquiera de sus variantes) funciona por lo general en **salas** de 3 o 5 jueces, pero también puede celebrar sesiones en **pleno** (en casos excepcionales) en **Gran Sala** (15 jueces) y sólo excepcionalmente con un juez único. Para actuar en Gran Sala se requiere que lo solicite un Estado miembro o una de Institución que sea parte del procedimiento o que se trate de un asunto particularmente importante o complejo.

También ha dispuesto el Tratado de Lisboa la creación de una Fiscalía Europea para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la UE, incoar un procedimiento penal o solicitar la apertura de juicio contra ellos. Se considera que un asunto tiene repercusión a escala europea (no sirve para delitos relativos a los impuestos nacionales) cuando el delito tenga carácter y magnitud transnacionales, implique una organización delictiva o cuando pueda representar una grave amenaza para los intereses financieros de la UE o para el prestigio de sus Instituciones.

El reglamento que la regula entró en vigor el pasado mes de noviembre, pero la entrada en funcionamiento de la fiscalía en sí no tendrá lugar, al menos hasta el año 2020. Se trata de un caso de cooperación reforzada, en el que veinte de los Estados miembros de la Unión, España entre ellos⁶⁰, se comprometen a aceptar la competencia de esta fiscalía pero cooperará con el resto. También deberá mantener una comunicación permanente con Eurojust, Europol, la OLAF, terceros países y otras organizaciones internacionales como la Interpol, a la que pertenecen todos los EE.MM. de la UE.

Estará organizada en un nivel central, con un Fiscal General Europeo al frente y un nivel descentralizado de Fiscales Europeos Delegados establecidos por los Estados miembros. La independencia en el nombramiento de todos ellos será esencial. Su actividad investigadora deberá tener siempre en cuenta las garantías procesales y en particular, la imparcialidad, el derecho de defensa y la protección de los datos personales.

b) La función jurisdiccional en la Unión Europea.

No sólo corresponde al Tribunal de Justicia sino que, en ocasiones es compartida con los órganos jurisdiccionales nacionales (jueces y tribunales) de ahí que hayamos desdoblado el título de este epígrafe.

⁶⁰ Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumania.

En primer lugar y a grandes rasgos, las funciones que desempeña el **Tribunal de Justicia** (algunas ya las conocemos) son las siguientes:

a) Control de la actividad (o inactividad) de las instituciones europeas, para lo cual el Tribunal de Justicia dispone de una serie de herramientas y, en particular, los denominados *recurso de anulación* por el que se elimina cualquier norma o actuación de las instituciones que sea contraria al derecho comunitario y el *recurso por omisión* que presupone que la/s institución/es no han actuado cuando debían haberlo hecho⁶¹. Esto incluye también la capacidad para decidir sobre las posibles discrepancias y conflictos de competencias que puedan desencadenarse entre instituciones y órganos de la Unión.

b) Control de los acuerdos internacionales celebrados entre la Unión y terceros Estados u otras organizaciones internacionales. Se trata fundamentalmente de realizar un análisis *previo* de la compatibilidad del futuro acuerdo internacional con el derecho de la Unión antes de su celebración, evitando así posibles contradicciones en el contenido que impidan que pueda firmarse. El Tribunal emitirá un dictamen, negativo o positivo, al que deberá atenerse la Unión, pero nada impide que sean los Tratados de la Unión los que se reformen para adaptarse a nuevas obligaciones internacionales.

Pero el Tribunal también puede actuar una vez que hayan entrado en vigor, ya que los tratados internacionales una vez ratificados pasan a formar parte del derecho comunitario como el propiamente emanado de las Instituciones. Y puede ocurrir que surjan incompatibilidades entre una norma de derecho comunitario que acaba de adoptarse con las disposiciones de un tratado internacional anterior, por ejemplo. En este caso, la norma que prevalece es la del tratado internacional, debiendo anularse o modificarse la de derecho comunitario que no concuerda, solución ésta comprensible ya que de ser al revés se comprometería la situación internacional de la propia Unión Europea. El mecanismo de

⁶¹ La presentación de un recurso por omisión requiere una fase administrativa previa en la que se insta a la Institución a que lleve a cabo sus obligaciones, siendo imposible acudir directamente ante del Tribunal de Justicia sin haber satisfecho este requisito.

control de los tratados internacionales, por tanto, es *doble*: antes y después de su ratificación.

c) Control de constitucionalidad o control de la compatibilidad de todo el derecho comunitario derivado con las normas de los Tratados (derecho originario).

d) Control de la ejecución del derecho comunitario por parte de los Estados miembros. El instrumento principal es el *recurso por incumplimiento*, que permite al Tribunal condenar a un Estado miembro por faltar a cualesquiera de las obligaciones que le impone el derecho comunitario (no sólo las normativas, pero también éstas) y que suelen resultar en la imposición de una sanción.

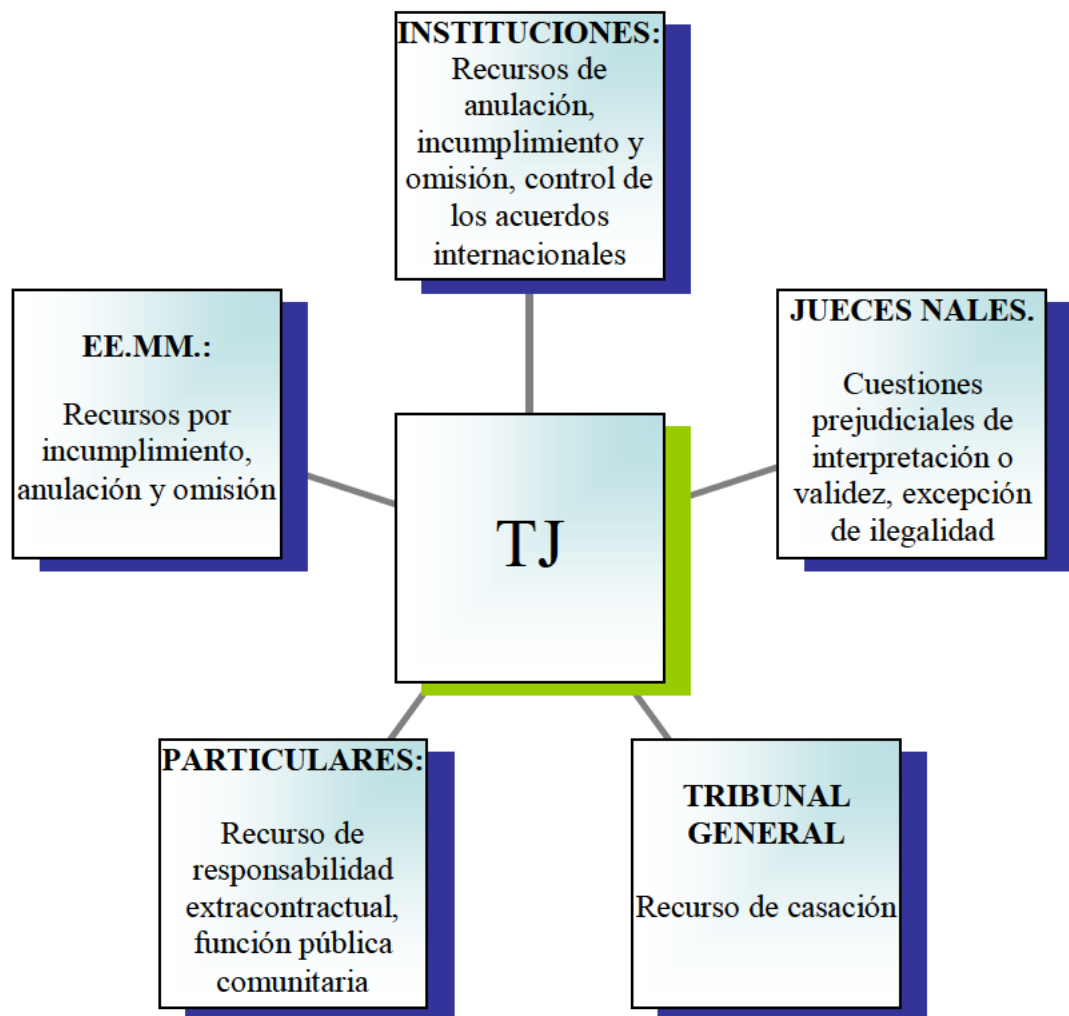
e) Existe también un recurso por responsabilidad extracontractual, una vía autónoma que permite a un ciudadano particular ser resarcido por los daños que le haya ocasionado una actuación/inacción de la Unión Europea o de su propio Estado en materia comunitaria que considera ilegal y que le haya afectado directamente.

f) Y por fin, el Tribunal de Justicia también actúa como Tribunal de la función pública comunitaria. A este respecto, no sólo decide en los litigios sobre cuestiones estrictamente laborales (a saber, procedimientos de selección y contratación, retribuciones, desarrollo de carrera, medidas disciplinarias...etc.) sino también en lo relativo al régimen de seguridad social de los funcionarios.

En segundo lugar, además de este sistema particular de recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los **jueces y tribunales de los Estados miembros** también pueden poner en cuestión el derecho comunitario, tanto en su vertiente de constitucionalidad como en la de legalidad.

Como dijimos al hablar del principio de efecto directo del derecho comunitario, los ciudadanos de la Unión tienen el derecho de alegar en su beneficio las normas de derecho comunitario en el curso de un litigio ante los tribunales nacionales. Pues bien, puede ocurrir que esto suscite al juez que tiene que decidir alguna duda que en torno a cómo debe interpretar esa

norma comunitaria, si debe ser aplicada en ese caso concreto o incluso si considera que esa disposición no cree que sea válida, por cualquier motivo que él considere oportuno. Pues bien, cuando esto ocurre, existe un mecanismo que permite al juez nacional plantear directamente al juez comunitario todas esas cuestiones.



En términos prácticos, el sistema funciona del siguiente modo: una vez que surge la duda el pleito se detiene, se envía la pregunta a Luxemburgo y sólo se reanuda nuevamente una vez recibida la respuesta del juez comunitario. Estos mecanismos se conocen con el nombre de excepción de ilegalidad y cuestión prejudicial de validez cuando la duda es

acerca de la validez de la norma de derecho comunitario y cuestión prejudicial de interpretación cuando el problema versa cómo debería interpretarse su contenido.

El conjunto de sentencias dictadas por un Tribunal de Justicia a lo largo de su historia es lo que conocemos como **jurisprudencia** y es una fuente de derecho, tan obligatoria como puedan serlo las normas dictadas por cualquier autoridad con poder normativo. En el caso de la Unión Europea, la prolífica jurisprudencia de su Tribunal desde sus orígenes ha sido de una enorme trascendencia para cubrir las muchas lagunas que un proceso europeo de integración como éste, único y novedoso, a veces un poco improvisado, iba dejando. Así, fue el TJ a través de sus sentencias quien determinó la primacía y la eficacia directa del derecho de la Unión que hoy nos permiten a los ciudadanos reclamar derechos, quien ha esclarecido durante años el reparto de competencias UE/EE.MM. a falta de un catálogo expreso, quien ha mediado en los conflictos entre Instituciones...etc. Su criterio, expresado negro sobre blanco en cada sentencia, ha contribuido a construir la UE tal y como hoy la conocemos y es por ello una fuente a la que acudir para interpretar y completar lo que establece la norma escrita.

Sin embargo, es a través de la jurisprudencia del TJUE como se ha podido hacer valer frente al derecho comunitario algo que no aparecía en los Tratados, uno de los pilares básicos del estado de derecho sin el cual no entendemos hoy el concepto de democracia: los derechos fundamentales.

3. LA UNIÓN EUROPEA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Por su extremada importancia los derechos fundamentales por lo general suelen aparecer descritos en forma de catálogo en los textos de las constituciones, puesto que forman parte de los valores en los que se basa el pacto al que los ciudadanos han llegado con el Estado en los países democráticos. Vienen garantizados por las normas superiores del derecho, además, porque funcionan como límite a la actuación de los poderes públicos: las constituciones crean órganos e instituciones y los dota de la

capacidad de obligar a los ciudadanos, pero también les impone unas líneas rojas que no deben franquear: los derechos fundamentales son siempre ese límite. Desde esa perspectiva, la Unión Europea, aunque sabemos que no es un Estado, sí se funda en el respeto a los Derechos y Libertades del Hombre⁶² y sí que dispone de unos importantes poderes públicos creados por las normas superiores (los Tratados) y es lógico entender que deben respetarlos en su actuación. Sin embargo, durante cerca de cincuenta años la UE ha carecido de un catálogo expreso de derechos fundamentales comunitarios y esto es particularmente importante ya que **el respeto a los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros presentes y futuros es un requisito *sine qua non* para la pertenencia** al club europeo.

a) Antecedentes.

Las razones que explican ese silencio de los Tratados (su ubicación natural) son varias pero probablemente el hecho de que en sus inicios se tratase únicamente de una organización de naturaleza económica e incluso sectorial (el carbón y el acero o la energía atómica) hacía pensar que era poco probable que sus actividades pudieran entrar en conflicto con algún derecho fundamental. Además, todos los países firmantes de esos primeros Tratados se habían comprometido poco antes a respetar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (abreviadamente CEDH) en el marco del Consejo de Europa, sometiéndose en este sentido a la fiscalización de su propio Tribunal (en adelante, TEDH).

El Consejo de Europa es la organización internacional más antigua de Europa en materia de protección de los derechos humanos civiles y políticos y la más importante en la actualidad. Forman parte de ella 47 países de prácticamente

⁶² *‘La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros’* indica el Tratado; un Estado que no respete los Derechos Fundamentales no podrá solicitar el ingreso en la Unión y, en caso de hacerlo, su solicitud será rechazada por los órganos correspondientes de la Unión. Inversamente, la UE dispone de un sistema de sanciones para los EE.MM. que violen o que violen de forma grave y persistente los derechos fundamentales que incluye la expulsión de un Estado de la Unión.

todo el continente (a excepción de Bielorrusia, cuya solicitud de adhesión ha sido presentada pero aún no aceptada) y desde luego los 28 miembros de la UE; de hecho, la ratificación del Tratado constitutivo del Consejo de Europa ha sido uno de los pasos previos (una especie de requisito *implícito* como el de formar parte de la OTAN) para el ingreso de nuevos miembros de la Unión.

Su creación data de 1949 y uno de sus primeros logros fue la redacción el 4 de noviembre de 1950 del Convenio por el que se convierten en obligatorios para todos los Estados firmantes los derechos y libertades en él contenidos y que habían sido enunciados poco antes por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU. Entró en vigor en 1953. Para garantizar que los Estados respetan el Convenio se creó un Tribunal al que pueden acceder tanto los gobiernos de los Estados como los ciudadanos particulares y cuyas sentencias tienen carácter vinculante para el país que resulte condenado. Un Comité de Ministros vela por la correcta ejecución de las sentencias del TEDH. (Ver [Ficha nº 5](#)).

Sin embargo, con la creación de la CEE, con un ámbito de actuación más amplio, pronto se encontraron que las normas que regulaban el mercado común podían afectar a algunos derechos de los que se consideran fundamentales, de manera que para 1986 el AUE ya hizo un primer reconocimiento explícito de derechos particularmente ligados a la vertiente económica de la integración: mejora del medio de trabajo, a la salud y la seguridad en el trabajo y al diálogo social a nivel europeo, así como – indirectamente- el derecho a un medio ambiente sano. A ello hay que añadir que, cada vez con más frecuencia, el Tribunal de Justicia se vio enfrentado a casos y situaciones complejas que afectaban más y más directamente cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales. En este sentido, un ejemplo clásico es la sentencia *Grogan*, en la que el Tribunal de Justicia hubo de pronunciarse sobre el derecho a la vida al considerar el aborto como un servicio susceptible de ser prestado libremente dentro del mercado común (ver [FICHA nº 6](#)).

Así pues y en ausencia de un texto escrito, el TJ comenzó a elaborar, sentencia a sentencia, un catálogo jurisprudencial de derechos fundamentales específicos para los ciudadanos de la UE. La técnica que utilizaba el Tribunal era el analizar primero el derecho fundamental en cuestión tal y como se concebía en cada uno de los países de la UE, lo comparaba con lo que la Convención del CEDH decía sobre el mismo y lo incorporaba a la sentencia en calidad de *tradición constitucional común* de

los Estados miembros. Como quiera que la jurisprudencia del Tribunal tiene fuerza de derecho, el derecho fundamental así entendido pasaba a ser obligatorio tanto para las Instituciones de la Unión como para los EE.MM. cuando actuaban en virtud del derecho comunitario. A pesar de que hoy en día la Unión dispone de otros mecanismos de protección de los derechos fundamentales (y entre ellos, efectivamente, de un catálogo escrito) este sistema permanece aún vigente, de manera que nada impide que el Tribunal utilice esta técnica para afrontar futuras necesidades en materia de derechos fundamentales específicamente comunitarios.

b) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y la situación particular del Reino Unido y Polonia.

Hubo que esperar a la Cumbre de Niza en el año 2000 para proclamar un texto o Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para su mejor comprensión se acompañó de unos documentos interpretativos llamados ‘explicaciones’ que indicaban su origen o fuente de inspiración. El valor jurídico efectivo de esta Carta era bastante dudoso ya que únicamente se *proclamó* pero no se incluyó en el texto del Tratado, lo que habría aclarado bastante las cosas respecto de su lugar en el conjunto del derecho comunitario. El catálogo se retocó ligeramente en 2002 y se preparó para su inclusión en el conjunto de la Constitución Europea (formaría su parte II) lo que parecía bastante coherente con la práctica constitucional de la mayor parte de los Estados europeos. Pero como sabemos el Tratado Constitucional no salió adelante por lo que la cuestión se pospuso para la CIG de 2007 con la intención de que el Tratado de Lisboa la abordase ahora ya de forma más indubitada.

La Carta consta de un Preámbulo y 54 artículos, comprendidos en 7 títulos estructurados de la manera siguiente: título I, con la rúbrica *dignidad* (engloba los derechos a la dignidad, vida e integridad y las prohibiciones de tortura o los tratos inhumanos o degradantes, la esclavitud y el trabajo forzado) título II dedicado a las *libertades* (derecho a la libertad y la seguridad, al respecto de la vida privada y familiar, a la protección de datos de carácter personal, a contraer matrimonio y fundar una familia, de pensamiento, conciencia y religión, expresión e información, de reunión y asociación, de las artes y ciencias, a la educación, a la

elección profesional, libertad de empresa, a la propiedad, asilo y protección en caso de devolución, expulsión o extradición) y el título III dedicado a la *igualdad* (ante la ley, no discriminación, diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad entre hombres y mujeres, los derechos del menor y de las personas mayores y la integración de las personas discapacitadas).

El título IV hace referencia a la *solidaridad* (derecho de negociación y acción colectiva, acceso a los servicios de colocación, protección en caso de despido injustificado, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, los derechos a la vida familiar y profesional, a la seguridad y ayuda social, de acceso a los servicios de interés económico general y a la protección de la salud, del medio ambiente y de los consumidores) el título V a la *ciudadanía* (derecho a ser elector y elegible al PE y en la elecciones municipales, a una buena administración, acceso a los documentos, al Defensor del Pueblo de la Unión, de petición, circulación y residencia y a la protección diplomática y consular) y el VI a la *justicia* (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, a la presunción de inocencia y a la defensa y a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito, principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas).

Finalmente, el título VII contiene disposiciones generales referidas al ámbito de aplicación, al alcance de los derechos garantizados, al nivel de protección y a la prohibición del abuso de derecho.

(La **Ficha nº7** contiene el texto completo de la Carta de Derechos de la UE.)

El texto que fue en su día solemnemente aceptado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en forma de *acuerdo interinstitucional* y, por ende, carecía de efectos obligatorios más allá de las Instituciones firmantes por lo que la Carta no podía ser invocada por los ciudadanos frente a los EE.MM. de ahí que fuera necesario incorporarla en los Tratados (que éstos lo ratificaran para entrar a formar parte del derecho primario de la UE).

Sin embargo, algo sorprendentemente, la Carta tampoco pudo incluirse en el texto del nuevo TUE como consecuencia de una inesperada oposición por parte del Reino Unido y de Polonia. Fue necesario llegar a una especie de solución de compromiso para poder incorporarla: que fuera vinculante para el resto de EE.MM. como acuerdo multilateral *con el mismo valor jurídico que los Tratados* e incluir un Protocolo en el que se especificaban unas condiciones particulares de (in)aplicación para los dos países reticentes.

Con respecto a la primera cuestión, la *asimilación* a los Tratados, esta especie de inclusión *por referencia* que hizo el Tratado de Lisboa sirvió para consagrar los efectos judiciales y legislativos que desplegaba la Carta de Derechos de la Unión, que ya para entonces se había convertido en un instrumento de legitimidad política (siendo fuente para la adopción de

decisiones por parte de las Instituciones y órganos comunitarios) y jurídica (el Tribunal de Justicia la invocaría expresamente en uno de sus pronunciamientos en 2006 por primera vez). Y no sólo en el ámbito estrictamente comunitario, también 1) las jurisdicciones nacionales han hecho uso de la Carta en su jurisprudencia (en nuestro país han recurrido a la Carta prácticamente todos los niveles jurisdiccionales, desde el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo hasta las Audiencias Provinciales) incluso en la resolución de asuntos de competencia estrictamente interna y 2) el TEDH, en sentencias relativas a cuestiones tan dispares como la situación de las personas transexuales o el alcance del derecho de propiedad.

Sin embargo, la Carta no establece un sistema específico para la protección de los derechos fundamentales, es decir, no establece una vía de recurso ante el Tribunal de Justicia de la UE (como ocurre con el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en nuestro país) distinta de las ya establecidas para solicitar la nulidad de una actuación de las Instituciones comunitarias que viole cualquier otra disposición de los Tratados. La Comisión publica un informe anual⁶³ que controla el progreso en la aplicación de la Carta tanto en los EE.MM. como por parte de las Instituciones.

En cuanto a la segunda cuestión, el gobierno polaco (en ese momento de corte ultracatólico) planteó ciertas objeciones morales a derechos concretos relacionados con la clonación y los trasplantes de órganos así como sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo de las que quiso dejar constancia escrita (pero de dudoso alcance práctico.) Mayor calado tienen las objeciones de Reino Unido (a las que también se adheriría Polonia) en relación con la aplicación en su territorio del capítulo IV, a

⁶³ La Red de Expertos Independientes fue creada por la Comisión Europea en 2002 por recomendación del PE; es un órgano independiente que se ocupa del control del cumplimiento de la Carta en todos los EE.MM. de la Unión. Esta formado por un experto de cada nacionalidad que elabora un informe sobre su Estado de procedencia y otro sobre las actividades de las Instituciones. Posteriormente se realizará una síntesis de todos los informes nacionales en el que se identifican los problemas que hayan podido surgir tanto en unos como en otros en relación con los Derechos Fundamentales (lo que incluye incompatibilidades legislativas, decisiones judiciales y prácticas administrativas). Este informe final, que se publica en el mes de marzo, no tiene carácter obligatorio pero es un buen instrumento para que unos países puedan aprender de las buenas prácticas de otros y como mecanismo de alerta del riesgo en que podría incurrir un Estado miembro que incumpla sus obligaciones de respeto a los Derechos Fundamentales.

saber, de las cuestiones relativas a los derechos sociales y que ya anteriormente había sido el caballo de batalla de la inclusión de la Carta Social Europea en 1989 y posteriormente el Protocolo sobre Política Social Europea en 1992. En este caso se establece una *reserva* en cuanto a su aplicación en territorio del Reino Unido, de manera que no pueda ser alegada como tal por los ciudadanos ante los tribunales británicos; si constituye, sin embargo, una serie de principios por el que los poderes públicos británicos deberán regirse, pero no verdaderos derechos en los que basar una reclamación judicial.

Así pues, el capítulo IV conservará, para Polonia y Reino Unido el mismo valor y estatus que tenía antes de ser asimilada por el Tratado de Lisboa (cuando sólo era un proclamado acuerdo interinstitucional). Este ha sido, en definitiva, el precio a pagar para que la Carta pueda ser de plena aplicación a los otros veintiséis países –son los ‘peajes’ de la negociación intergubernamental- precio que abre una nueva brecha entre los ciudadanos de la Unión: los que presenten un recurso ante los tribunales polacos o británicos y los demás. Este tipo de asimetría desvirtúa, además, uno de los objetivos de la creación de un sistema común de derechos fundamentales, a saber, el *efecto contagio* que estimularía a los Estados a tener siempre el nivel más alto de protección (por mera comparación con sus vecinos europeos) en beneficio de los individuos y frente a la acción de los poderes públicos.

c) La adhesión de la propia Unión Europea al CEDH.

Si la UE ya cuenta con una Carta de Derechos Fundamentales comunitarios, si el Tribunal de Justicia tiene su propio método de elaboración jurisprudencial de derechos fundamentales para cuya interpretación recurre al texto del CEDH y si todos los Estados de la Unión son miembros del Consejo de Europa... ¿por qué convertirse ella misma en parte del Convenio en ejercicio de su propia capacidad para firmar tratados

y acuerdos internacionales? ¿no había ya suficiente protección? se preguntará el lector.

En efecto, los derechos del CEDH se precisan y amplían en la Carta. Así pues, el problema que se plantea aquí es más bien de carácter jurisdiccional: lo queramos o no, hay dos tribunales capaces de enjuiciar el derecho comunitario desde la óptica de los derechos fundamentales, el TJUE y el TEDH. Es decir, al ser todos los Estados de la UE miembros del Convenio el TEDH puede perfectamente recibir quejas de los ciudadanos sobre medidas nacionales que aplican el derecho comunitario en las mismas condiciones que cualquier otro acto de derecho nacional o regional que pudiera vulnerar un derecho fundamental. Además, la Unión no tenía forma de defenderse cuando el TEDH entraba a valorar directamente si un acto de las Instituciones comunitarias vulneraba el Convenio, porque no formaba parte de él. El lío entre ambos tribunales y sus pronunciamientos ha sido fenomenal, como se puede imaginar, así que no procede aquí sino dejarlo mencionado como uno de los motivos que sustentan la teoría de la adhesión de la Unión al CEDH.



Sede del TEDH en Estrasburgo (Francia)

Era ésta una cuestión que venía coleando ya desde 1979, se replantearía posteriormente por la Comisión en noviembre de 1990 y por el Parlamento Europeo en una Resolución del año 1993. Sólo faltaba el Consejo que un año más tarde solicitaría el dictamen del Tribunal de Justicia para asegurarse de que la entonces Comunidad Europea tenía competencia para adherirse al CEDH: la respuesta del Tribunal fue negativa, por lo que la cuestión quedó aplazada una vez más. Sólo en 2007, con el Tratado de Lisboa, se incluyó en el art. 6.2 TUE una referencia expresa y un Protocolo específico, en el bien entendido que la adhesión al CEDH (ni la Carta de Derechos Fundamentales, si vamos al caso) **en ningún caso implicaría la asunción por parte de la UE de una competencia general en materia de Derechos Humanos**. En efecto, ha sido éste el escollo principal todos estos años: que apoyándose en la defensa de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos comunitarios la Unión se inmiscuya en ámbitos en los que tenga pocas o ninguna competencia, ampliando así su ámbito competencial sin autorización de los EE.MM. (léase, cesión específica de soberanía).

Tal es el nivel de desencuentro en torno a esta cuestión que a día de hoy y a despecho del preacuerdo que se ultimó con los 47 países firmantes del CEDH en el año 2013, esa adhesión aún no se ha producido⁶⁴. Quién sabe si podremos incorporar esa novedad en futuras ediciones de este curso y podamos afirmar que los ciudadanos europeos podremos al fin someter el respeto de los Derechos Fundamentales por parte del derecho comunitario a un órgano *externo* de control, lo que hoy en día no es posible si no se produce la adhesión de la UE al CEDH.

⁶⁴ El 18 de diciembre de 2016 el TJUE emitió un nuevo dictamen negativo que paralizaba nuevamente las negociaciones de adhesión por entender que no era compatible con los Tratados de la Unión basándose en diversos argumentos: el CEDH no reconoce las características propias del derecho comunitario, el riesgo de que los Estados Miembros sometan conflictos sobre el derecho de la Unión a órganos jurisdiccionales diferentes al TJUE, algunos problemas procesales o la concesión al TEDH de control jurisdiccional en materia de PESC sobre la que el propio Tribunal de Luxemburgo carece de competencias.

CONCLUSIÓN GENERAL

Para los europeos que vivieron la II GM la construcción europea representó durante décadas las ideas de paz, solidaridad y reconciliación. Posteriormente, aquellos que vivieron dictaduras durante la segunda mitad del siglo XX sintieron que esa Europa representaba el ideal de democracia, progreso económico y modernidad social. Hoy sin embargo, no es fácil percibir esos valores o al menos la Unión Europea no parece ofrecer ningún proyecto político de futuro a la ciudadanía y, en consecuencia, no hay una narrativa que pueda captar la atención de las nuevas generaciones: las amables imágenes que sugerían el nacimiento de una Europa como representación de los valores de paz, solidaridad, reconciliación o democratización parecen haber quedado superadas en el imaginario colectivo de muchos europeos. Es más, su identidad, lejos de aquella que inspiraba sus principios fundadores, está cada vez más próxima a una creciente sensación de exclusión del otro, del no europeo. Ser europeo equivale a habitar en una fortaleza y a impedir que otros entren en ella⁶⁵.

En cuanto organización en sí, que el Tratado de Lisboa deslindase claramente las competencias de la Unión al tiempo que insiste en que éstas proceden de los Estados por mor del principio de atribución competencial consagra explícitamente que la Unión es (y probablemente lo seguirá siendo mucho más tiempo) una organización internacional y no un Estado Federal con competencias generales, ya *ni siquiera en vías de formación*. Se pierde así el espíritu de aquella primera *hoja de ruta* hacia la integración política que inspiró el proyecto en sus inicios. Esta afirmación puede sustentarse en varios argumentos que, ahora que conocemos cómo quedaron las cosas tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, podemos resumir en tres:

⁶⁵ Vid MORENO JUSTE, A. y NÚÑEZ PEÑAS, V. en *Historia de la construcción europea desde 1945*, pág. 23.

1) la posibilidad de operar una renacionalización de competencias comunitarias y el establecimiento de una cláusula de retirada de la Unión de la que ya se ha hecho uso como mecanismo de reacción ante una integración no deseada rompe por completo con el principio funcionalista o de progresividad del proceso de integración, permitiendo dar pasos atrás tanto de forma general como por Estados individuales.

2) El reforzamiento de la intergubernamentalidad institucional en detrimento del llamado método comunitario. Frente al avance que ha supuesto la generalización del procedimiento de codecisión y la mayoría cualificada frente a la unanimidad para la adopción de decisiones hoy podemos oponer un largo elenco de modificaciones del sistema institucional que en buena medida contrarrestan el resultado de una mayor integración. A saber:

- El reconocimiento del Consejo Europeo como institución, lo que eleva a dos el número de órganos que hacen valen la voluntad de los Estados (Consejo Europeo y Consejo de la Unión) y el reforzamiento las funciones que el Tratado le atribuye;

- La incorporación del Alto Representante, nombrado (y por ende, removible) por el Consejo Europeo incorpora un elemento extraño, claramente intergubernamental, en el seno mismo de la Comisión (que es quien debería representar el auténtico interés integrador comunitario) y que, además, al estar formada por un comisario por país se asemeja cada vez más a la estructura propia del Consejo;

- El reforzamiento del papel de los parlamentos nacionales de los Estados miembros en lugar del Parlamento Europeo en aquellos aspectos electorales que aún quedan pendientes;

3) La pérdida de visibilidad unitaria ante la opinión pública: ahora hay cuatro presidentes fijos que encarnan de un modo u otro la autoridad de la Unión: el Presidente del Consejo Europeo, el Presidente del Parlamento Europeo, el Presidente de la Comisión (que ostenta la representación general de la UE en el exterior) y el del Consejo de Asuntos Exteriores (Alto Representante para la PESC).

El rechazo ciudadano al proyecto comunitario *via* referéndum ha inclinado claramente la balanza de la doble legitimidad hacia el lado de los Estados y el método del consenso intergubernamental para sacar adelante las reformas de los Tratados, a despecho de los importantes riesgos que ha demostrado comportar. Uno de ellos es que si hay gobiernos irresponsables y desleales con la integración (y cada vez hay más) no tienen más que plantear sus exigencias en cualquier momento para bloquear la negociación. Esta oposición individual puede deberse a causas excepcionales y contrastables que realmente afecten a sus intereses pero puede que simplemente quieran incorporarse a las objeciones que plantean los otros *por si acaso*⁶⁶, como ocurrió con Polonia y Reino Unido en relación con la Carta de Derechos. Y si de algunos Estados recién llegados hubiera dependido la reforma se hubiera derribado todo el edificio jurídico-político no ya el constitucional, sino el de *cincuenta años juntos* y sólo se hubiera dejado el espacio de libre comercio. El mal menor, pues, ha sido una Unión *al gusto de los Estados*⁶⁷ con el resultado de asimetrías nacionales y desigualdades entre ciudadanos que nos harán europeos, pero cada vez menos unidos.

No estamos prejuzgando aquí si es mejor la tesis federalista o si preferimos una Unión Europea como una simple agrupación de Estados, sino que dejamos constancia de la realidad actual del proceso de integración y de la progresiva pérdida de originalidad del proyecto inicial. También es cierto que durante toda su historia la Unión Europea ha sufrido avances y retrocesos de la más variada índole y que nada impide creer que las tornas se vuelvan y se recupere la confianza, ese pacto implícito con los ciudadanos que con frecuencia hacía asociaran lo bueno a Europa y que se ha roto en mil pedazos. Pero de

⁶⁶ Al negociar el Tratado de Lisboa cada Estado estableció sus líneas rojas y sus exigencias de contrapartida (Polonia en materia de votación en el Consejo, en política energética, solicitando un abogado general o excluyéndose en materia de Derechos Fundamentales, Chequia en una extraña declaración sobre peticiones del Consejo a la Comisión, Italia exigiendo un diputado más, Bulgaria el uso del cirílico para el euro, Austria excepciones para las cuotas en los estudios de medicina...etc.) *Vid. MANGAS MARTÍN, A. 'El escoramiento intergubernamental de la Unión' en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.): El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional, pág. 229.*

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 230.

momento es indudable que corren malos tiempos (amenaza terrorista, desmembramiento del Estado del bienestar) y que los ciudadanos encuentran su seguridad y antes en el Estado clásico que en las superestructuras internacionales y han hecho de los primeros una zona de confort que no parecen de momento querer abandonar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2007.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A. *Guiones para la enseñanza de nociones generales sobre la Unión Europea*. Ed. Comares. Valladolid, 2004.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A. y SANZ RUBIALES, I. *El Comité de las Regiones. Análisis de ¿una futura institución?*. Ed. Comares. Granada, 2000.
- FORNER MUÑOZ, S. *Comprender Europa. Claves de la integración europea*. Biblioteca Nueva. Madrid, 2010.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. Tecnos, Madrid, 2010.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord..) *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Iustel. Madrid, 2008.
- MATÍA PORTILLA, F.J. (dir.) *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Civitas. Madrid, 2002.
- MORENO JUSTE, A. y NÚÑEZ PEÑAS, V. *Historia de la construcción europea desde 1945*. Alianza Editorial. Madrid, 2017.
- TOMÁS ROLDÁN, M. *El principio de jerarquía en derecho comunitario derivado*. Instituto de Estudios Europeos. Universidad de Valladolid, 2001.
- “La reforma del sistema de fuentes del derecho en la Constitución Europea” en *Actas del II Congreso Internacional sobre el futuro de Europa*. A. CALONGE VELÁZQUEZ (dir.). Instituto de Estudios Europeos, Valladolid, 2003.

INTERNET:

BCE: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/html/index.es.html>
CEDH: https://www.echr.coe.int/Documents/Convntion_SPA.pdf
Comité de las Regiones: <https://cor.europa.eu/es/Pages/home.aspx>
Consejo Económico y Social: <https://www.eesc.eu/es>
Consejo de Europa: <http://www.coe.int/web/portal/home>
Consejo: <http://consilium.europa.eu/es/council-eu>
IPEX: www.ipe.eu/IPEX-WEBSITE/home/home.do?aplang=ES
Oficina de Representación de la Comisión: <http://ec.europa.eu/spain/home.es>
PE: <https://www.europarl.europa.eu>
Tribunal de Cuentas: <https://eca.europa.eu>
TEDH: <http://www.echr.coe.int>

ANEXOS:

FICHA nº1: Cronología de Europa en el último siglo (1919-2018)
FICHA nº2: Esquema procedimiento de codecisión PE-Consejo (legislativo ordinario)
FICHA nº3: Guía sobre Iniciativa Legislativa Ciudadana en la Unión.
FICHA nº4: Índice de siglas utilizadas en el texto
FICHA nº5: Consejo de Europa y su distinción con UE.
FICHA nº6: STJCE *Grogan* de 4 de octubre de 1991, asunto C-159/90
FICHA nº7: texto de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE
FICHA nº8: Mapa ampliaciones
FICHA nº9: Ampliación a los Balcanes occidentales