



DG Educación y Cultura

Programa de acción en el ámbito
del aprendizaje permanente



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

RICARDO ALONSO GARCÍA

Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

WP IDEIR nº 1 (2010)

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Ricardo Alonso García 2010

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Ricardo Alonso García*

I. Introducción: la reforma de Lisboa y el legado de la Constitución europea. II. Las modificaciones en la organización del poder judicial de la Unión y en el nombramiento de sus miembros: 1. La denominación de la “institución” y de los “órganos” judiciales de la Unión. 2. El juez nacional como juez de la Unión. 3. La designación de los miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General (el comité de evaluación *ex* artículo 255 TFUE). 4. El procedimiento para futuras modificaciones del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la creación de tribunales especializados. III. Las modificaciones competenciales: 1. El pleno sometimiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia al control jurisdiccional. 2. El régimen singular de la Política Exterior y de Seguridad Común. IV. Las modificaciones procedimentales: 1. El recurso de anulación. 2. La acción por incumplimiento y por inejecución de sentencias. 3. La cuestión prejudicial. V. El futuro de la arquitectura judicial de la Unión: 1. El reto de la mayor complejidad del proceso decisorio y de la naturaleza vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales (cuestiones “típicamente” constitucionales). 2. La cuestión de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

* Catedrático y Director del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. Universidad Complutense de Madrid. Codirector de la Revista Española de Derecho Europeo (Thomson Reuters - Civitas).

I. Introducción: la reforma de Lisboa y el legado de la Constitución europea.

Por decirlo brevemente, la operación de Lisboa consistió en meter por la puerta de atrás lo que no pudo entrar por la de delante. Esto es, se mantuvo prácticamente intacto el cuerpo de la fallida Constitución europea firmada en Roma el 29 de octubre de 2004, la cual fue desnudada, eso sí, de revestimiento constitucional.

Así lo ha entendido no sólo la práctica generalidad del mundo académico, sino alguien tan cualificado como Jean-Paul Jacqu , quien ha ejemplificado la operación en los siguientes t rminos¹: cuando un fabricante de automóviles no est  satisfecho con las ventas de uno de sus novedosos modelos (i.e., la Constitución Europea), puede bien abandonar la producción y concebir un vehículo completamente nuevo, lo que conllevaría una importante inversión, bien, al precio de algunas modificaciones de diseño, volver a introducir el antiguo vehículo en el mercado presentándolo como totalmente nuevo (que es lo que el “constituyente” europeo hizo con Lisboa).

Interesa destacar lo anterior para no olvidar en el baúl de los recuerdos los trabajos de la *Convención sobre el futuro de Europa*, de donde saldría el “Proyecto” de Constitución europea que, sin apenas cambios significativos, se convertiría finalmente en el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” firmado, como ya se al , en Roma en octubre de 2004. En particular, muy útiles continúan siendo los trabajos de la Convención concernientes al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que apenas sufrió cambios en su camino desde Roma hasta Lisboa; concretamente, los trabajos del *Círculo de debate sobre el funcionamiento del Tribunal de Justicia*², cuyo Informe final³ fue adoptado para su presentación a los miembros de la Convención el 25 de marzo de 2003.

II. Las modificaciones en la organización del poder judicial de la Unión y en el nombramiento de sus miembros.

1. La denominación de la “institución” y de los “ rganos” judiciales de la Unión.

Por lo que respecta al sistema jurisdiccional de la Unión, el Tratado de Lisboa sigue, como en otros muchos aspectos de la reforma, la senda de la Constitución europea, tanto en lo concerniente a sus modificaciones puntuales como a sus carencias.

En relación con las primeras, lo primero a destacar es el cambio terminológico, con una institución que pasa a denominarse “Tribunal de Justicia de la Unión Europea”,

¹ *La complexité d’un traité simplifi . Le Traité de Lisbonne et la coexistence de trois trait s*, Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs, 2007-2008/2, p. 178.

² Como es sabido, entre los Grupos de Trabajo que funcionaron en el seno de la *Convención sobre el futuro de Europa*, no figur  ninguno dedicado a las cuestiones institucionales en general, ni a la arquitectura judicial de la Unión en particular. No obstante, dada la necesidad de abordar de manera sistemática cuestiones sobre las que todos los Grupos de Trabajo, en mayor o menor medida, se habían venido pronunciando, se terminaría constituyendo -bajo la presidencia del Comisario portugués Antonio Vitorino- el *Círculo de debate sobre el funcionamiento del Tribunal de Justicia*.

³ CONV 636/03 CERCLE I 13. Al mismo se añadiría posteriormente un *Informe complementario sobre la cuestión del control judicial de la política exterior y de seguridad común* (CONV 689/1/03 REV 1 CERCLE I 16). Dichos Informes, así como los emitidos por los Grupos de Trabajo de la Convención y demás Círculos de Debate posteriormente creados (relativos al procedimiento presupuestario y al sistema de recursos propios de la Unión), pueden consultarse en E. García de Enterría, A. Tizzano y R. Alonso García, *Código de la Unión Europea. Tomo I*, Thomson-Civitas, 2007 (3  ed.), pp. 523 y ss.

integrada por los órganos “Tribunal de Justicia”, “Tribunal General” (Tribunal de Primera Instancia en el TCE) y “Tribunales especializados” (en sustitución de las “Salas jurisdiccionales”)⁴.

Se pone así fin a la confusión derivada de una misma denominación, “Tribunal de Justicia”, para dos cosas distintas, a saber, la institución judicial y, dentro de ésta, el órgano supremo de tal institución⁵. Con la nueva regulación, la mencionada expresión quedará reservada para el supremo órgano de la institución integradora de la autoridad judicial en el escalón de la Unión⁶; institución que, además, se entenderá referida precisamente a la “Unión Europea”, poniendo también fin a la incongruencia de un Tribunal de Justicia que hasta Lisboa lo era no de la Unión, sino de “las Comunidades Europeas”, cuando lo cierto es que el mismo ejercía sus competencias, amén de en el marco comunitario (primer pilar), en el terreno de la cooperación policial y judicial en materia penal (tercer pilar)⁷.

Otro tanto sucedía con la denominación del “Tribunal de Primera Instancia”, ya de por sí equívoca para el jurista español antes de la reforma de Niza, por cuanto sus decisiones no eran susceptibles de apelación, sino tan sólo de casación, y cuya equivocidad acentuó dicha reforma, al otorgarle competencia para conocer de los recursos de casación (o en su caso, apelación) interpuestos contra las decisiones de las salas jurisdiccionales⁸.

Y lo mismo cabe decir, en fin, con relación a la feliz transformación terminológica en “tribunales especializados” de las “salas jurisdiccionales”, denominación esta última

⁴ Artículo 19.1 TUE.

⁵ Así, el artículo 7.1 TCE, al enunciar las Instituciones comunitarias, se refería al “Tribunal de Justicia”. Y al regular dicha institución, bajo la rúbrica “Tribunal de Justicia”, en la Sección Cuarta del Capítulo I del Título I de la Quinta Parte del TCE, comenzaba por disponer (artículo 220) que “el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia garantizarán, en el marco de sus respectivas competencias, el respecto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado”.

⁶ Lo que no obstará a que, en la práctica, siga produciéndose cierta confusión en aquellos contextos en los que la referencia al *órgano* “Tribunal de Justicia”, deba necesariamente acompañarse, so riesgo de mayor confusión aún, de su adscripción a la “Unión Europea”. Piénsese, por ejemplo, en un contexto de análisis comparado de la labor de una serie de tribunales internacionales o regionales, en el que la referencia se pretenda al *órgano* y no a la *institución* europea. Quizás una posible solución consistiría en consolidar la expresión del Tribunal de Justicia “europeo” (o Tribunal europeo de Justicia) para referirse al órgano, reservando la de Tribunal de Justicia “de la Unión Europea”, como mandan los Tratados, a la institución. La mencionada posible confusión podría haberse evitado, por lo demás, de haber asumido el Círculo de Debate la propuesta ante él formulada por el entonces Presidente del TPI, en el sentido de denominar “Autoridad Judicial de la Unión” a la “institución”: cfr. *Oral presentation by M. Bo Vesterdorf, President of the Court of First Instance of the European Communities, to the “discusión circle” on the Court of Justice on 24 February 2003*, CONV 575/03 CERCLE I 8.

⁷ Y del segundo pilar, como veremos más adelante. Sorprende, por lo demás, que la primera referencia expresa en los Tratados al Tribunal de Justicia como Tribunal “de las Comunidades Europeas”, viniera de la mano de la reforma de Ámsterdam, la cual, precisamente, trajo consigo la apertura competencial del Tribunal al tercer pilar, i.e., al margen de las Comunidades Europeas (cfr. artículo 35 TUE en la versión pre-Lisboa).

⁸ Adviértase que en lenguas que se refieren a ambos órganos como “Tribunal” (como en español o en inglés –“Court” en ambos casos-), se ha considerado necesario calificar al antiguo Tribunal de Primera Instancia como “General”; calificativo éste que desaparece en otras donde el sustantivo del órgano marca ya la diferencia entre uno y otro (p.e., en francés –que distingue entre “Cour” y “Tribunal”- o italiano –“Corte” y “Tribunale”-). Sobre el debate que suscitó la denominación de los órganos judiciales de la Unión, cfr. S. Van der Jeught, *Le Traité de Lisbonne et la Cour de Justice de l’Union Européenne*, Journal de Droit Européen, 2009 (164), pp. 297-298.

que, en una primera aproximación, parecía situarnos frente a salas especializadas *ratione materiae* en el seno de un mismo órgano jurisdiccional, lo que, según hemos visto, ni era ni es el caso⁹.

2. El juez nacional como juez de la Unión.

Llama la atención la ausencia de referencia al juez nacional como parte esencial de la arquitectura judicial europea¹⁰, habiéndose limitado Lisboa a incorporar la consolidada doctrina del Tribunal de Justicia en *U.P.A. v. Consejo (2002)*¹¹: “Los Estados miembros –señala tras Lisboa el segundo párrafo del artículo 19.1 TUE- establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”.

Como también llama la atención que no haya tenido debido reflejo todo el arsenal de poderes-deberes que el Tribunal de Justicia ha ido poniendo en manos del juez nacional, cuestión que se agrava si se tiene en cuenta que los textos constitucionales nacionales se muestran cada vez más insuficientes a la hora de amparar la absorción del referido

⁹ De hecho, recordemos que la primera, y hasta el momento única, sala jurisdiccional creada, fue bautizada como “Tribunal” de la Función Pública, explicando el Consejo en la Decisión de su creación (Decisión del Consejo 2004/752, de 2 de noviembre de 2004) que “conviene dar a este nuevo órgano jurisdiccional una denominación que lo distinga de sus formaciones o de las formaciones del Tribunal de Primera Instancia” (sobre la labor del Tribunal de la Función Pública, cfr. C. Bernard-Glanz, L. Levi y S. Rodrigues, *Le contentieux de la fonction publique européenne –une matière à (re)découvrir*, Journal de Droit Européen, 2010, nº 168; H. Kraemer, *The European Union Civil Service Tribunal: A New Community Court Examined After Four Years*, Common Market Law Review, 2009, nº 6, pp. 1873 y ss.). Adelantemos que frente al régimen pre-Lisboa, que otorgaba al Consejo en exclusiva la decisión (por unanimidad) de crear Salas jurisdiccionales, el régimen ahora previsto es el procedimiento legislativo ordinario, en el que Consejo y Parlamento codeciden siguiendo la tramitación establecida en el artículo 294 TFUE.

¹⁰ En el marco de los trabajos del Círculo de Debate, cfr. el punto 9 de las “*Propuestas para garantizar una mayor eficiencia y efectividad en los métodos de trabajo del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*” por A. Palacio y G. de Vries, CIRCLE I WD 21, en el que, bajo la rúbrica “Reconocimiento del juez nacional como juez de derecho comunitario (UE)”, puede leerse: “Uno de los rasgos principales del sistema jurídico de la UE es que su respeto y ejecución está garantizado por los tribunales nacionales, que, por lo tanto, actúan como parte de la *estructura jurisdiccional de la UE*. Todo el procedimiento de las decisiones prejudiciales por parte del TJCE o del TPI se basa en este entendimiento. Parece apropiado que un elemento tan importante de la UE como *comunidad de derecho* sea reconocido explícitamente en el futuro Tratado”. El propio Informe final de Círculo de debate, por su parte, sostuvo que “en la Constitución se podría indicar explícitamente que la Unión dispone de un sistema judicial del que forman parte el Tribunal de Justicia, el TPI, los tribunales especializados y *los jueces nacionales, cuya función de jueces de derecho común de la Unión podría ponerse de relieve en la Constitución*” (CONV 636/03 CIRCLE I 13; la cursiva mía). Cfr. también en esta línea el *Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del sistema judicial de las Comunidades Europeas* (que bajo la presidencia de Ole Due, fue elaborado en 2000 para la Comisión con vistas a la reforma de Niza), en el cual se propuso “enunciar de manera explícita un principio fundamental que sólo de forma implícita se desprende del texto actual del artículo 234 y que, por lo tanto, algunos jueces nacionales pierden de vista: el principio según el cual los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden juzgar plenamente las cuestiones del Derecho comunitario que surjan en el ejercicio de sus competencias nacionales, bajo la única reserva de las cuestiones prejudiciales, que están facultados, u obligados, a plantear al Tribunal de Justicia”.

¹¹ En el que el Tribunal declaró que “corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto a la tutela judicial efectiva” (FJ 41). Entre los muchos comentarios de que fue objeto este pronunciamiento, puede verse, p.e., D. Sarmiento, *La Sentencia UPA (C-50/00), los particulares y el activismo inactivo del Tribunal de Justicia*, Revista Española de Derecho Europeo, 2002, pp. 531 y ss.

arsenal, en ocasiones no ya ajeno al ejercicio de funciones jurisdiccionales en términos exclusivamente internos, sino incluso contrario al mismo¹².

3. La designación de los miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General (el comité de evaluación ex artículo 255 TFUE).

En lo que concierne a la designación de los miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretamente, del Tribunal de Justicia (incluidos los Abogados Generales¹³) y del Tribunal General, destaca la introducción de una fase preliminar (artículo 255 TFUE), previéndose la creación de un comité de evaluación¹⁴ (compuesto

¹² Nuestro Consejo de Estado, por ejemplo, se refirió en varias ocasiones, en su *Informe sobre modificaciones de la Constitución española* (febrero de 2006), a “la mutación constitucional que supone la obligación comunitaria de los jueces y tribunales de inaplicar normas con rango de ley en contra de lo señalado por los artículos 117 y 163 de la Constitución”. Y es que, en efecto, sucede que las Constituciones nacionales suelen abordar la cuestión de la integración en términos de competencias que, cedidas a la Unión, pasan a ser ejercitadas por ésta con el correlativo desapoderamiento de los poderes públicos nacionales, incluidos los órganos judiciales. No contemplan, en cambio, el efecto *boomerang* que dicha cesión trae consigo: el apoderamiento en favor de la Unión, lejos de producir en términos generales un *vaciamiento* del poder público interno (tanto en el terreno legislativo como ejecutivo y judicial), lo que produce es una *reestructuración* de dicho poder a los fines de la integración, asumido que el ordenamiento jurídico de la Unión opera en términos de descentralización funcional. Así, y dejando a un lado la cuestión judicial, debe tenerse en cuenta que la mayor parte de la legislación europea requiere de legislación nacional, ya sea en términos de ejecución normativa (recordemos que ni siquiera la aptitud de una directiva para producir efectos directos exime a los Estados miembros de su obligación de transposición), ya en términos de seguridad jurídica (en el sentido de que los reglamentos, normas por naturaleza directamente aplicables, exigen también una labor de depuración formal para eliminar cualquier atisbo de incertidumbre que provoca el hecho de mantener normativa interna no conforme a la europea). Y ello exige en muchas ocasiones aproximaciones al órgano competente para legislar y al modo de hacerlo ajenas por completo al contexto puramente interno (por ejemplo, a los efectos de cumplir con los plazos de ejecución normativa establecidos en la legislación europea) que, además, puede traer consigo importantes desequilibrios en favor del poder ejecutivo y en detrimento del legislativo, extendiendo a la fase descendente de ejecución del Derecho de la Unión la realidad imperante en la fase ascendente (de formación del Derecho europeo). Otro tanto sucede con la ejecución material del Derecho de la Unión, como regla general en manos de las Administraciones nacionales, a las que en muchas ocasiones y a los efectos de hacer operativa la integración, se les debe dotar de herramientas no previstas (o no claramente previstas) en el marco doméstico; valga también como ejemplo la necesidad de dotarlas de poderes de revisión de ayudas de Estado contrarias al ordenamiento de la Unión o, en general, poderes de revisión de actividad administrativa firme contraria al mismo, por no hablar del todavía por aclarar poder de inaplicación de normas, incluidas leyes, incompatibles con las europeas. Sobre todo ello ha tenido ocasión también de pronunciarse el Consejo de Estado en su *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el Ordenamiento español* (febrero de 2008).

¹³ En la *Declaración n° 38 aneja al Acta Final de la CIG, relativa al artículo 252 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre el número de abogados generales del Tribunal de Justicia*, la Conferencia declaró “que si, en virtud del párrafo primero del artículo 252 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia solicita aumentar el número de abogados generales en tres personas (es decir, once en vez de ocho), el Consejo, por unanimidad, dará su acuerdo sobre dicho aumento”. Y añadió: “En ese caso, la Conferencia acuerda que Polonia, como ya ocurre con Alemania, Francia, Italia, España y el Reino Unido, tendrá un abogado general permanente y no participará ya en el sistema rotatorio. Por otra parte, el actual sistema de rotación afectará a cinco abogados generales en vez de a tres”. Cfr. al respecto S. Van der Jeught, *Le Traité de Lisbonne et la Cour de Justice de l’Union Européenne*, cit., pp. 298-299.

¹⁴ El comité no recibe denominación alguna ni en el Tratado de Lisboa ni, antes del mismo, en la Constitución europea (no así en el Informe final del Círculo de Debate, que lo calificó como “comité consultivo” tras depurarse expresiones manejadas a lo largo de las discusiones en su seno, como la de mecanismo de “filtro”: cfr. *Contribution of N. Duff, M. Berger, E. Paciotti, R. Rack and J. Würmeling*, CIRCLE I WD 18, y *UK comments, by Baroness Scotland of Asthal*, CIRCLE I WD 19).

por siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia¹⁵) para que se pronuncie sobre la idoneidad de los candidatos¹⁶ para el ejercicio de las funciones de juez y abogado general del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, antes de que los Gobiernos de los Estados miembros procedan, de común acuerdo¹⁷, a los nombramientos.

Las reglas de constitución y funcionamiento del comité han quedado recogidas en un anexo a la Decisión del Consejo 2010/124, de 25 de febrero de 2010. Entre dichas normas, destacan las siguientes: 1) la Secretaría General del Consejo es la encargada de

La necesidad de creación de un comité consultivo o de evaluación fue ya apuntada (y finalmente descartada por la reforma de Niza) en enero de 2000 por el antes mencionado *Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del sistema judicial de las Comunidades Europeas*, en el que se sugería que la designación de los miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia se realizara a partir de “un examen sobre la base de un expediente completo presentado por cada Estado miembro”, a cuyos efectos sería útil “disponer de un comité consultivo compuesto de juristas altamente cualificados e independientes, que esté en condiciones de comprobar la competencia jurídica de los candidatos presentados”.

Téngase en cuenta, por lo demás, que en la designación de los miembros del Tribunal de la Función Pública ya se contaba con un comité consultivo, que se mantiene tras Lisboa, integrado por siete personalidades elegidas entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia (Tribunal General ahora) y juristas de reconocida competencia (artículo 3.3 del Anexo al Protocolo nº 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Cfr. al respecto la Decisión 2005/49/CE, Euratom, del Consejo, de 18 de enero de 2005, sobre las normas de funcionamiento del Comité mencionado en el artículo 3, apartado 3, del anexo I del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia (DO L 21 de 25.1.2005, p. 13).

¹⁵ “Uno de los cuales”, puntualiza el artículo 255, “será propuesto por el Parlamento Europeo”. Tal asociación del Parlamento a la designación del comité fue abiertamente discutida por H. Haenel, representante del Senado francés en la Convención (cfr. CERCLE I WD 22, p. 2), “por considerar que ello entrañaría un riesgo de politización del procedimiento de designación” (según aclara el Informe final del Círculo de debate, cit., punto 6); riesgo éste, también recordado en sus comentarios al proyecto de Informe final por B. McDonagh (CIRCLE I WD 17, p. 2), sobre el que el Círculo discutió, existiendo consenso en cuanto a la naturaleza no política, sino puramente evaluadora, del comité (según palabras de R. Rack en sus aportaciones con relación al proyecto de Informe final, “there was also consensus that the assessment panel for judges should not be a *political* body but rather a body that *checks* the qualifications of respective judges”: CIRCLE I WD 13, p. 2). Puede recordarse a este respecto que ya en su *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea*, emitido con ocasión de la reforma de Ámsterdam, el Tribunal de Justicia consideró que “sería inaceptable una reforma que previera la comparecencia de cada candidato [a miembro del Tribunal] ante comisiones parlamentarias”, habida cuenta de que “el interesado no podría responder de manera adecuada a las preguntas que se le formularan sin salir de la reserva que incumbe a una personalidad que, en los términos de los Tratados, debe ofrecer absolutas garantías de independencia y sin prejuzgar las posiciones que pudiera verse obligado a adoptar en lo relativo a cuestiones contenciosas de las que habrá de conocer en el ejercicio de su función jurisdiccional”.

¹⁶ El Informe final del Círculo se decantó, como hasta entonces y a día de hoy, por la presentación de *una sola candidatura* por Estado miembro (cfr. en su defensa la aportaciones del Presidente del Círculo, A. Vitorino, y de T. de Bruijn, CIRCLE I, respectivamente WD 08 y WD 20). Sobre la necesidad de objetivar al máximo los criterios de selección, cfr. los comentarios al proyecto de Informe final a cargo de B. McDonagh (cit., p. 2). Sobre los perfiles de los candidatos a la luz de la composición del Tribunal de Justicia desde sus orígenes, cfr. A. Cohen, *Sous la robe du Juge. Le recrutement social de la Cour*, en P. Mbongo y A. Vauchez (dir.), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Bruylant, 2009, pp. 11 y ss.; también en la misma obra, L. Scheeck, *La diplomatie commune des cours européennes*, (especialmente el apartado dedicado a los “jueces-profesores”, pp. 122 y ss.).

¹⁷ Artículos 253 y 254 TFUE.

desempeñar las funciones de secretaría del comité proporcionando el apoyo administrativo necesario, en el que puede sobresalir el concerniente a la traducción de documentos (correspondiendo también al Consejo correr con los gastos relativos al reembolso de los gastos de los miembros del comité y a sus dietas); 2) los miembros del comité son designados por un período de cuatro años, renovable por una sola vez; 3) el comité se constituirá válidamente en presencia de cinco de sus miembros; 4) recibida la información sobre el candidato propuesto, susceptible de ser completada por el Gobierno proponente a solicitud del comité, éste oír al candidato (salvo que se trate de una renovación de mandato, en cuyo caso se omite el trámite de audiencia) “a puerta cerrada”¹⁸; 5) como también, en fin, serán “a puerta cerrada” sus deliberaciones, que habrán de concluir con un dictamen motivado acerca de la idoneidad o no del candidato.

Aunque nada dicen las referidas normas acerca del alcance del dictamen, opino que el mismo no vincula a los Estados miembros en el caso de resultar negativo en relación con algún candidato¹⁹. Cuestión distinta es que, *de facto*, pueda y deba desplegar efectos disuasorios de peso...

4. El procedimiento para futuras modificaciones del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la creación de tribunales especializados.

Con la reforma de Lisboa, el procedimiento a seguir para futuras modificaciones del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que figura como Protocolo n° 3 anejo a los Tratados) será el legislativo ordinario²⁰, regulado en el artículo 294 TFUE, con la particularidad, abierta por el artículo 19.2 TUE y asumida por el artículo 281 TFUE, de que la propuesta puede partir no sólo de la Comisión (previa consulta al Tribunal de Justicia), sino también del Tribunal de Justicia (previa consulta a la Comisión)²¹.

Lo dicho, salvo que la modificación se refiera al Título I del Estatuto (concerniente al “Estatuto de los Jueces y de los Abogados Generales”) y, en lo que constituye una variante respecto del régimen anterior, su artículo 64 (concerniente al *modus operandi* a los efectos de regular régimen lingüístico del Tribunal de Justicia de la Unión), sometidos al procedimiento ordinario de reforma de los Protocolos, que es el de los propios Tratados.

¹⁸ El Informe final del Círculo se inclinó por un comité “cuyas deliberaciones no serían públicas y que no efectuaría audiencias”. La Baronesa Scotland of Asthal, por su parte, insistió en clarificar que la opinión del comité “debería dirigirse al Estado miembro que nominara (para evitar desanimar a potenciales solicitantes ante el temor de un innecesario espectáculo público)” (cfr. CIRCLE I WD 19, p.2); puntualización ésta, conviene aclarar, realizada desde una perspectiva *de apertura y transparencia en la presentación de candidaturas*, a los efectos, como finalmente recogería el Informe final, de reforzar “el nivel de exigencia de los Estados miembros en la presentación de los candidatos” (tomado especialmente en serio por los países anglosajones: cfr. los comentarios antes citados a cargo de McDonagh).

¹⁹ En el mismo sentido, cfr. J.V. Louis, *Le Traité de Lisbonne*, Journal des Tribunaux. Droit Européen, 2007 (144), p. 294.

²⁰ Sometido, parece, a las exigencias del *Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*; lo cual ha sido criticado por R. Barents sobre la base de que las materias reguladas por el Estatuto serían por su propia naturaleza competencia exclusiva de la Unión (*The Court of Justice in the Renewed European Treaties*, en A. Ott y E. Vos, eds., *Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives*, T-M-C-Asser Press, 2009, pp. 59-60).

²¹ En el régimen pre-Lisboa, la reforma se hacía descansar (artículo 245 TCE) en una decisión unánime del Consejo (a petición del Tribunal de Justicia y previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, o a petición de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Tribunal de Justicia).

La tercera variante de la mano de Lisboa, en fin, se refiere a la creación de los “tribunales especializados”, que también ha de seguir, como la modificación de la mayor parte del Estatuto, el procedimiento legislativo ordinario (artículo 257 TFUE), con la misma particularidad antes indicada de que la propuesta puede partir no sólo de la Comisión (previa consulta al Tribunal de Justicia), sino también del Tribunal de Justicia (previa consulta a la Comisión).

III. Las modificaciones competenciales.

1. El pleno sometimiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia al control jurisdiccional.

Sobresale el esfuerzo realizado en Lisboa en aras a una aproximación horizontal a la cuestión de la protección judicial en la Unión Europea, reduciendo la geometría jurisdiccional variable instaurada por el Tratado de Ámsterdam que, recordemos, operó un doble proceso de comunitarización en relación con el tercer pilar (hasta entonces dedicado a la “cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior”).

Por un lado, comunitarización consistente en el traspaso de parte del tercer pilar, el concerniente a visados, inmigración, asilo, control de fronteras externas e internas, y cooperación judicial en temas civiles, al Tratado de la Comunidad Europea; comunitarización que, sin embargo, no fue total, al quedar sometido el referido traspaso a un régimen *sui generis* respecto del general comunitario que, en lo atinente al control jurisdiccional (artículo 68 TCE), consistió en prever un régimen especial de cuestión prejudicial, al tiempo que se excluyó expresamente la competencia del Tribunal, en el contexto de la progresiva eliminación de los controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, “sobre las medidas o decisiones relativas al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”.

Por otro lado, “aires” de comunitarización, en grado sensiblemente inferior a la operación anterior, consistente en la introducción de algunos rasgos próximos al régimen comunitario en la parte del tercer pilar que allí permaneció como “cooperación policial y judicial en materia penal”. En relación, concretamente, con la arquitectura judicial de la Unión, se produjo una matizada apertura al control por el Tribunal de Justicia, admitiéndose su competencia prejudicial para pronunciarse sobre la validez (excluidos los convenios entre los Estados miembros) y la interpretación del sistema del tercer pilar, aunque supeditada dicha competencia a su aceptación por cada Estado (en la que, además, se debería especificar qué órganos jurisdiccionales del Estado en cuestión podrían dirigirse al Tribunal de Justicia, esto es, si todos ellos, o sólo aquellos de última instancia). También se admitió la competencia del Tribunal para controlar la legalidad de las decisiones y de las decisiones marco vía recurso de anulación, aunque limitada la legitimación activa a los Estados y la Comisión, así como para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros, o entre éstos y la Comisión. Quedó expresamente excluida su competencia, en cambio, “para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior” (artículo 35.5 TUE).

Con Lisboa se va a producir una reunificación en términos sistemáticos de las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, y de la cooperación en materia civil, penal y policial, al quedar todas ellas englobadas en el “Espacio de libertad,

seguridad y justicia” (Título V TFUE), convertido en una política más a añadir a las tradicionales comunitarias y, en cuanto tal, plenamente sometida al régimen judicial general de la Unión²², con la sola particularidad del artículo 276 TFUE, heredero del artículo 35.5 TUE (en versión pre-Lisboa) recién transcrito²³; particularidad ésta a la que cabría añadir lo dispuesto en el artículo 10 del Protocolo nº 36 sobre las disposiciones transitorias, que excluye (durante un período máximo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de Lisboa, i.e., del 1 de diciembre de 2009) la activación por la Comisión del recurso por incumplimiento y mantiene sin alterar las atribuciones del Tribunal de Justicia (especialmente las vinculadas a la cuestión prejudicial²⁴) en relación con los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que hayan sido adoptados, y no modificados desde entonces, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

2. El régimen singular de la Política Exterior y de Seguridad Común.

En el marco de la PESC, el punto de partida en lo concerniente a su régimen jurisdiccional²⁵ se encuentra en el párrafo primero del artículo 275 TFUE, producto de Lisboa. Dicho precepto, desarrollando la previsión del artículo 24.1 TFUE, dispone que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas”.

No obstante lo cual, el párrafo siguiente declara la competencia del Tribunal:

²² El régimen decisorio en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia presenta más matices en relación con las clásicas reglas supranacionales de funcionamiento, que responden al aún alto grado de sensibilidad de los Estados miembros en la materia: así, se reconoce expresamente un importante papel al Consejo Europeo, a quien corresponde definir “las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa”; también se otorga un rol destacado a los Parlamentos nacionales, llamados a participar en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho Espacio y de las actividades de Eurojust, y en el control político de Europol; y se conserva, en fin y compartido con la Comisión, el derecho de iniciativa de los Estados miembros en el terreno de la cooperación policial y judicial en materia penal (si bien el mismo deja de ser un derecho de iniciativa individual para convertirse en un derecho a ejercitar por la cuarta parte de los Estados miembros). Al respecto, J. Monar (ed.), *The Institutional Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, Cahiers du Collège d'Europe / College of Europe, Volumen 11, 2010.

²³ “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, dispone ahora el artículo 276 TFUE, “no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior”.

²⁴ Por tanto, durante el referido período de máximo cinco años, tales actos sólo podrán ser objeto de un procedimiento prejudicial cuando éste sea iniciado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que hayan aceptado la competencia del Tribunal de Justicia, y en los términos de dicha aceptación (pues, recordemos, cada Estado miembro decide si confiere la facultad de plantear cuestiones prejudiciales a todos sus órganos jurisdiccionales o únicamente a los que se pronuncian en última instancia).

²⁵ En relación con otros aspectos institucionales, cfr. W. Wessels y F. Bopp, *The Institutional Architecture of CFSP after the Lisbon Treaty: Constitutional breakthrough or challenges ahead?*, CEPS Challenge Paper No. 10, 2008.

1) Para controlar que las medidas y los procedimientos PESC no invadan las competencias de la Unión al margen de la PESC²⁶ (en la línea apuntada antes de la reforma de Lisboa por el Tribunal de Justicia, que ya en 1998, en el *asunto Comisión v. Consejo*²⁷, admitió su control sobre medidas y procedimientos del tercer pilar –por entonces, antes de Ámsterdam, excluido de la jurisdicción del Tribunal- que invadieran competencias propias de la Comunidad Europea)²⁸. Y ello a través de las vías clásicas de control de la legalidad/constitucionalidad sobre las Instituciones europeas, a saber, no sólo la directa del recurso de anulación (artículo 263 TFUE), sino también las indirectas de la cuestión prejudicial de validez (artículo 267 TFUE) y la excepción de ilegalidad (artículo 277 TFUE)²⁹.

2) Para pronunciarse sobre los recursos de anulación interpuestos por particulares, por cualesquiera de los motivos enunciados en el artículo 263 y en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del mismo precepto (que expondré a continuación), contra decisiones PESC por las que se establezcan medidas restrictivas frente a ellos³⁰.

A las referidas competencias habría que sumar la que ostenta el Tribunal para controlar medidas asimismo restrictivas adoptadas en el marco del régimen general de la Unión en aplicación de decisiones a su vez adoptadas en el ámbito de la PESC³¹.

²⁶ Y viceversa, esto es, que las medidas y los procedimientos de la Unión al margen de la PESC, no invadan ésta (artículo 40 TUE tras Lisboa). Cfr. las dos notas siguientes.

²⁷ STJCE 12 de mayo de 1998 (C-170/96). El Tribunal de Justicia admitió su competencia sobre la base del artículo 47 TUE (entonces artículo M), que establecía: “Sin perjuicio de las disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea a fin de establecer la Comunidad Europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y de las presentes disposiciones finales, ninguna disposición del presente Tratado afectará a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea ni a los Tratados y actos subsiguientes que los hayan modificado o completado”.

²⁸ El Tribunal de Justicia, aun sin referirse al artículo 47 TUE, también había procedido a controlar excesos comunitarios por invadir el ámbito de los pilares intergubernamentales (*asunto Parlamento Europeo v. Consejo y Comisión, C-317 y 318/04*, STJCE 30 de mayo de 2006). La expresa prohibición por el artículo 40 TUE, tras Lisboa, de tales excesos (que tendrían ya solamente como “víctima” a la PESC), y su consideración en un plano de igualdad con los inversos (i.e., excesos PESC que afectarían al resto de las políticas de la Unión), amén de reforzar la especificidad de la PESC en el contexto general de la Unión (poniendo en duda el exacto significado de la desaparición del sistema de pilares proclamada por autores como G. Guillermin, *Un Traité en trompe l’oeil*, en E. Brosset e.a., dir., *Le Traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l’Union Européenne*, Bruylant, 2009, p. 24; otros como A. Rigaux son más cautos, refiriéndose a la desaparición “cuanto menos formal de la estructura de pilares –L’écriture du Traité: le discours de la méthode, en el monográfico dirigido por D. Simon bajo el título *Le Traité de Lisbonne: oui, non, mais à quoi?*, Europe, 2008, n° 7, p. 31; significativo, en fin y sin detenerse específicamente en el nuevo artículo 40 TUE, es el título del trabajo de L.N. González Alonso, *¿Quién dijo que desaparecen los pilares? La configuración jurídica de la acción exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa*, en J. Martín y Pérez de Nanclares, coord., *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, 2008, pp. 393 y ss.), suscita problemas, sobre los que volveré más adelante, a la hora de la elección de la base jurídica en presencia de dos componentes indisolubles, sin que ninguno de ellos pueda considerarse accesorio del otro.

²⁹ Conforme admitió expresamente el Tribunal, antes de Lisboa y en relación con el artículo 241 TCE, en su Sentencia de 20 de mayo de 2008, *asunto Comisión v. Consejo (armas ligeras) (C-91/05)*.

³⁰ Económicas (por ejemplo, medidas de congelación de activos en el marco de la lucha antiterrorista) o no económicas (por ejemplo, restricciones en materia de visados).

³¹ Cfr. artículo 215 TFUE. Una aclaración importante debe hacerse al respecto. Pese a la presencia atípica, en relación con el régimen decisorio general heredado del “método comunitario”, del Alto Representante en la fase de propuesta, lo cierto es que el producto resultante no deja de ser, conforme

También habría que añadir, finalmente y como consecuencia de Lisboa, la competencia del Tribunal de Justicia para ejercitar, sobre cualquier acuerdo internacional (incluidos, pues, los previstos en el ámbito PESC), su control previo de compatibilidad con los Tratados en el marco del artículo 218.11 TFUE³².

reza el artículo 205 TFUE, un instrumento de la UE adoptado en el marco del Capítulo I del Título V del TUE (dedicado a las “Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión”), y no del Capítulo II del referido Título (dedicado a las “Disposiciones específicas sobre la Política Exterior y de Seguridad Común”). De ahí su pleno control conforme al sistema jurisdiccional general, al margen de las especificidades de la PESC. Cuestión distinta es que estas últimas puedan entrar en juego ante pretensiones de control indirecto, derivadas del cuestionamiento de medidas restrictivas adoptadas sobre la base del artículo 215 TFUE. Obvio es que la interpretación aquí defendida parte de la premisa de que cuando el párrafo primero del artículo 275 sienta la regla de la exclusión de competencia del Tribunal de Justicia “para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común *ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas*”, se está refiriendo a actos exclusivamente PESC (a los que se aplicarían las excepciones a la regla general previstas en el siguiente párrafo, que suponen una apertura *matizada* al control por el Tribunal de Justicia), y no a actos adoptados sobre la base del artículo 215 (sometidos al régimen general de control jurisdiccional). Sostener que la exclusión de principio contenida en el artículo 275 *ab initio* alcanzaría a todos los actos, PESC y no PESC (i.e., los del artículo 215), adoptados sobre la base de una previa disposición PESC, llevaría al absurdo de una mayor restricción del control jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia en un contexto general de mayor apertura de dicho control sobre la actividad de la Unión, al negar legitimación activa a los sujetos privilegiados (según el artículo 263 TFUE, i.e., Estados miembros, Parlamento, Comisión y Consejo) para interponer recurso de anulación (por motivos distintos a la vulneración del artículo 40 TUE) contra actos “comunitarios” (como son los del artículo 215, el cual viene a sustituir, modificándolo, el artículo 301 TCE, base jurídica éste, en el régimen pre-Lisboa, de actos sometidos al pleno control jurisdiccional de Luxemburgo). Cfr. al respecto A. Hinarejos, *Judicial Control in the European Union. Reforming Jurisdiction in the European Union*, Oxford University Press, 2010, pp. 154 y ss.; la autora expresa sus dudas (p. 160), que comparto, acerca de si la interpretación aquí defendida de apertura parcial del control del Tribunal de Justicia a los actos enteramente PESC (asumido que el control sería total sobre los actos “comunitarios” adoptados sobre la base del artículo 215), se extendería hasta el punto de permitir su cuestionamiento (al margen del artículo 40 TUE) a través de cuestiones prejudiciales de validez, e incluso la reparación, directamente exigida a la Unión, por los daños y perjuicios derivados de tales actos. Tridimas, por su parte, considera, en relación con las medidas restrictivas PESC que no reúnan las condiciones para una impugnación directa, que “la posibilidad de que una impugnación indirecta a través de la cuestión prejudicial no está expresamente prevista, no necesariamente significa que esté excluida”; de donde deduce que “una vez que se acepta que tales medidas están sometidas a la jurisdicción del Tribunal, no hay motivo para restringir la impugnación a una acción directa” (*The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?*, en T. Tridimas y P. Nebbia, eds., *European Union Law for the Twenty-First Century: Rethinking the New Legal Order*, Volumen 1, Hart Publishing, 2004, p. 128).

³² En el régimen pre-Lisboa, la competencia y el procedimiento para celebrar acuerdos internacionales en el marco de la PESC se regulaba en el artículo 24 TUE, sometido a la exclusión general de jurisdicción del Tribunal de Justicia en el ámbito del segundo pilar (artículo 46 TUE). Tras Lisboa, la competencia para celebrar acuerdos internacionales en el marco de la PESC se prevé en el artículo 37 TUE, mientras que el procedimiento a seguir se regula en el artículo 218 TFUE (procedimiento que no es otro que el que se sigue en todos los acuerdos internacionales, con alguna especificidad; así, se contemplan reglas especiales para la apertura de las negociaciones y se puntualiza la no necesidad de consultar siquiera al Parlamento Europeo). Y el propio artículo 218 concluye con un apartado 11 en el que dispone, con carácter general, el sometimiento de todos los acuerdos internacionales, sin distinciones, al control previo del Tribunal de Justicia. En esta línea, cfr. G. de Baere, *Constitutional Principles of EU External Relations*, Oxford University Press, 2008, p. 190. Hinarejos, por su parte, suscita la siguiente duda interpretativa (op.cit., pp. 164-165): en la medida en que el artículo 275 TFUE dispone que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común *ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas*”, cabría considerar que esta última exclusión abarcaría también los acuerdos internacionales adoptados sobre la base de la PESC (pues sería no el artículo 218 TFUE, de naturaleza exclusivamente procedimental, sino el artículo 37 TUE, la base jurídica de los acuerdos en cuestión...). No obstante, como la propia autora

IV. Las modificaciones procedimentales.

1. El recurso de anulación.

La nueva regulación del recurso de anulación incluye, en primer lugar, la ampliación de la actividad de la Unión susceptible de impugnación³³, cubriendo los actos del Consejo Europeo y de los órganos u organismos de la Unión “destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros” (párrafo primero del artículo 263 TFUE; el párrafo quinto, por su parte, matiza, que “los actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos”³⁴).

En cuanto a la legitimación activa, y bajo la forma de Protocolo anejo (*Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*), destaca la reforma referente al papel de los Parlamentos nacionales y del Comité de las Regiones a los efectos de la impugnación de actividad de la Unión por vulneración del principio de subsidiariedad³⁵.

En relación con el mencionado Comité³⁶, su novedosa legitimación para recurrir en anulación con el fin de salvaguardar sus prerrogativas (párrafo tercero del artículo 263 TFUE) se ve ampliada con el fin de salvaguardar el principio de subsidiariedad en relación, se puntualiza, con los “actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta”³⁷. En el marco de la Convención sobre el futuro de Europa, el Informe final del Grupo de Trabajo I “Subsidiariedad”³⁸ proponía “una innovación que consistiría en otorgar también el derecho de recurso al Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad al Comité de las Regiones, órgano consultivo competente para representar a escala

reconoce, tal exclusión casaría mal con la Constitución europea y sus trabajos preparatorios que, como vimos al inicio del presente estudio, son muy significativos a los efectos de interpretar la reforma de Lisboa. En efecto, el Informe complementario sobre la cuestión del control judicial de la Política Exterior y de Seguridad Común, emitido por el Círculo de debate sobre el Tribunal de Justicia, concluye subrayando el clima favorable al sometimiento de los acuerdos internacionales contemplados en el ámbito de la PESC al control previo del Tribunal de Justicia.

³³ Cfr., en la misma línea del artículo 263, la ampliación de la *inactividad* recurrible por la vía del artículo 265 TFUE.

³⁴ Respecto de esta ampliación del control judicial a los actos de los órganos u organismos de la Unión, cfr. E. Nieto Garrido y I. Martín Delgado, *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, 2010, pp. 214 y ss.

³⁵ Cfr. artículo 8 del Protocolo.

³⁶ La posibilidad de reconocer legitimación a las “regiones con competencias legislativas” (o “regiones constitucionales”), muy debatida en el seno de la *Convención sobre el futuro de Europa*, no se vio finalmente reflejada ni en la Constitución europea ni en el Tratado de Lisboa. Cfr. al respecto B. Martín Baumeister, *El recurso de anulación de las regiones europeas con competencias legislativas*, Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, 2010 (15 Nueva Época), pp. 34 y ss.

³⁷ Quedan, pues, excluidos de su legitimación para impugnar *sobre la base de la subsidiariedad*: 1) los actos no legislativos; y 2) los actos legislativos respecto de los cuales no exista la obligación de consultar al Comité de las Regiones (y ello pese a que el Comité, en el ejercicio de la potestad que le reconoce el artículo 307 TFUE, haya emitido *motu proprio*, o a solicitud facultativa de las Instituciones políticas europeas, un dictamen previo denunciando posibles vulneraciones de la subsidiariedad).

³⁸ CONV 286/02 WG I 15.

europea el conjunto de entidades regionales y locales que existen en la Unión”. Y añadía: “Este derecho de recurso se referiría a aquellas propuestas sometidas al Comité de las Regiones para que emita un dictamen y que, una vez emitido, éste incluye objeciones en cuanto al respeto de la subsidiariedad”. Pues bien, la ausencia de cualquier referencia a esta última puntualización tanto en la Constitución europea como, posteriormente, en el Tratado de Lisboa, parece conducir a descartar el condicionamiento consistente en exigir que el Comité haya presentado, previa y expresamente, objeciones a la subsidiariedad con ocasión del dictamen preceptivamente solicitado.

Y en lo concerniente a los Parlamentos nacionales, la posibilidad de que impugnen “actos legislativos” (quedan asimismo excluidos, pues, los “actos no legislativos”) se remite a los Derechos nacionales, en el sentido de que la legitimación sigue descansando en los Gobiernos de los Estados miembros, los cuales “transmitirán” el correspondiente recurso, en su caso y de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos, “en nombre de su parlamento nacional o de una cámara del mismo”³⁹. De modo similar a lo que sucede con la legitimación del Comité de las Regiones, la opinión del Informe final del Grupo de Trabajo I en el sentido de condicionar la legitimación de los Parlamentos nacionales al hecho de que hubiesen emitido “un dictamen motivado presentado al comienzo del procedimiento o con motivo de la celebración de un Comité de Conciliación [en el contexto, en el último caso, del procedimiento legislativo ordinario]”, no fue expresamente acogida ni por la Constitución europea primero, ni por el Tratado de Lisboa después, por lo que parece que tal condicionamiento debe también tenerse por inexistente⁴⁰.

Finalmente, respecto a la legitimación activa de los particulares (párrafo cuarto del artículo 263 TFUE), destaca su extensión a los efectos de impugnar “actos reglamentarios que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución”, haciendo uso de la invitación formulada por el Tribunal de Justicia en el antes citado *asunto U.P.A. v. Consejo (2002)*⁴¹.

³⁹ Podría debatirse sobre si estamos ante una prerrogativa directamente otorgada por el Protocolo a los Parlamentos nacionales, de manera que los Gobiernos se limitarían a ser simples transmisores formales del recurso en su caso interpuesto por aquéllos, o si, por el contrario, estamos ante una remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales, que tendrían la última palabra, incluida la de admitir cierta (o mucha) discrecionalidad gubernamental al respecto. Esta última sería la lectura que ha hecho del Protocolo el legislador español, al prever en la reforma de 22 de diciembre de 2009 (Ley 24/2009) de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta de las Cortes Generales para la Unión Europea, que “el Gobierno podrá descartar, de forma motivada, la interposición del recurso de anulación solicitado por alguna de las Cámaras o por la Comisión Mixta para la Unión Europea”.

⁴⁰ Cfr. en este sentido J.V. Louis, *National Parliaments and the Principle of Subsidiarity –Legal Options and Practical Limits*, en I. Pernice y E. Tanchev, *Ceci n'est pas une Constitution - Constitutionalisation without a Constitution?*, Nomos, 2008, p. 143. Como destacó en su momento I. Cooper, la propuesta del Grupo de Trabajo I habría incentivado a los Parlamentos nacionales a objetar como regla general los borradores de legislación europea con el fin de preservar su legitimación activa ante el Tribunal de Justicia (*The Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU*, *Journal of Common Market Studies*, 2006, nº 2, p. 294).

⁴¹ STJCE 25 de julio de 2002 (C-50/00 P), en la que puede leerse: “Si bien es cierto que puede concebirse un sistema de control de la legalidad de los actos comunitarios de alcance general distinto del establecido por el Tratado originario, cuyos principios nunca han sido modificados, corresponde a los Estados miembros, de conformidad con el artículo 48 UE, reformar, en su caso, el sistema actualmente vigente”.

En efecto, centrado en una lectura literal del antiguo artículo 230 TCE (que se refería a una afectación “directa e individual” del recurrente particular), extraña no sólo, en general, a la flexibilidad interpretativa a la que nos tenía acostumbrados, sino también, en especial, a la que el *asunto Plaumann v. Consejo (1963)*⁴² pareció consagrar en términos aperturistas en el específico contexto del recurso de anulación (“las disposiciones del Tratado relativas a la legitimación activa de los justiciables no pueden interpretarse de un modo restrictivo”), el Tribunal de Justicia *excluyó*, como regla (i.e., salvo casos puntuales rodeados de circunstancias muy particulares, como en el *asunto Codorniu v. Consejo, 1994*⁴³), la legitimación de los particulares para *recurrir directamente disposiciones generales*.

Esta restricción, criticada no sólo por la doctrina sino también, a título personal, por Jueces⁴⁴ y Abogados Generales⁴⁵ de Luxemburgo, llevó al propio Tribunal de Justicia, en su *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea (1995)*, a preguntarse si el recurso de anulación, “que los particulares sólo pueden interponer contra los actos que les afecten directa e individualmente, es suficiente para garantizarles una protección jurisdiccional efectiva contra las violaciones de sus derechos fundamentales que pueden resultar de la actividad legislativa de las instituciones”. No obstante lo cual, el Tribunal confirmaría en *U.P.A. v. Consejo* su doctrina restrictiva al respecto.

Antes del Tratado de Lisboa, y asumida la incertidumbre que rodeaba a la expresión “actividad legislativa”, el problema radicaba no tanto en las restricciones que respecto a su impugnación derivaban de la doctrina del Tribunal de Justicia (familiares a las que presentan los propios sistemas jurídicos nacionales y que admiten en todo caso *vías de impugnación indirecta*, en el caso europeo a través de la excepción de ilegalidad y de la cuestión prejudicial de validez), como en su extensión a actividad que no parecía poder ser considerada propiamente “legislativa”, sino “ejecutiva”, en el sentido bien de complemento de aquélla, bien de exclusiva intervención (ya desarrollara previa actividad legislativa, ya el propio Tratado) de una Comisión que carecía del nivel de legitimidad del Parlamento Europeo y del Consejo. Con otras palabras, los Derechos nacionales, más que prohibir en términos absolutos la impugnación directa de normas, lo que hacen es restringir con intensidad la legitimación para dicha impugnación cuando se trata de leyes⁴⁶, en términos que recuerdan la restricción tradicionalmente manejada por el Tribunal de Justicia -y aquí radicaría el problema- *con carácter general*, i.e. abstracción hecha de la naturaleza legislativa o ejecutiva de la disposición en cuestión.

Tras la reforma de Lisboa, el cuarto párrafo del artículo 263 TFUE establece: “Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los

⁴² STJCE 15 de julio de 1963 (25/62).

⁴³ STJCE 18 de mayo de 1994 (C-309/89).

⁴⁴ P.e., J.C. Moitinho de Almeida, *Evolución jurisprudencial en materia de acceso de los particulares a las jurisdicciones comunitarias*, Universidad de Granada, 1991. pp. 62-65; o K. Lenaerts, *Legal Protection of Private Parties under the EC Treaty: A Coherent and Complete System of Judicial Review?*, en *Scritti in onore di G.F. Mancini. Volume II*, Giuffrè, 1998, pp. 620-623.

⁴⁵ P.e., F. Jacobs (sobre quien recayeron las Conclusiones en el *asunto UPA v. Consejo*, que fueron favorables a una flexibilización de la restrictiva doctrina del Tribunal de Justicia), *Access to Justice as a Fundamental Right in European Law*, en *Mélanges en hommage à F. Schockweiler*, Nomos, 1999, pp. 203-206.

⁴⁶ Cfr. V. Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale University Press, 2009.

párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente *y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución*” (como por ejemplo, una medida europea que prohíba el uso de determinadas redes para la pesca, o la utilización de determinadas sustancias en la elaboración de ciertos productos).

El principal problema que plantea esta nueva versión del artículo 263 consiste en determinar cuál es el exacto alcance de la expresión “actos reglamentarios” que figura al final del párrafo recién transcrito.

Frente a quienes sostienen que habría que interpretar dicha expresión en el sentido de que cubriría las disposiciones generales directamente aplicables, cualquiera que sea su naturaleza (esto es, legislativa, no legislativa autónoma, delegada o de ejecución)⁴⁷, considero, por mi parte, que estamos ante un simple error, y que realmente en la mente del “constituyente” de Lisboa no estaba abrir la legitimación de los particulares para recurrir “actos legislativos”, sino limitarla a los “actos no legislativos” adoptados bajo la forma de “actos delegados” o “actos de ejecución” (o incluso resultantes de “actividad no legislativa autónoma”⁴⁸), cualquiera que sea la tipología escogida (incluidas, pues, las “decisiones” de alcance general); y, dentro de dichos actos, limitarla a los que les afecten directamente⁴⁹ y no conlleven medidas de ejecución⁵⁰.

En efecto, no hay que olvidar que los términos de dicha apertura fueron objeto de intensa discusión, con ocasión de la elaboración de la Constitución europea, en el seno del *Círculo de debate sobre el funcionamiento del Tribunal de Justicia*⁵¹; términos que

⁴⁷ P.e., O. De Schutter, *Les droits fondamentaux dans l'Union Européenne*, Journal de Droit Européen, 2008 (148), p. 130; J. Roux, *Les actes: un désordre ordonné*, en D. Simon (dir.), *Le Traité de Lisbonne: oui, non, mais à quoi?*, cit., p. 56; J. Bast, *Legal Instruments and Judicial Protection*, en A. von Bogdandy y J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart-Beck-Nomos, 2010, p. 396.

⁴⁸ Cuestión sobre la que volveré en la parte final del presente estudio (concretamente, en el apartado V.1).

⁴⁹ La afectación directa es explicada por el Tribunal de Justicia en los siguientes términos: “Para que una persona resulte directamente afectada, la medida comunitaria impugnada debe surtir efectos directos en la situación jurídica del particular y no debe permitir ninguna facultad de apreciación a los destinatarios de dicha medida que están encargados de su aplicación, por tener ésta un carácter meramente automático y derivarse únicamente de la normativa comunitaria sin aplicación de otras normas intermedias” (*asunto Dreyfus v. Comisión*, resuelto por STJCE 5 de mayo de 1998, C-386/96 P).

⁵⁰ Según Koen Lenaerts, el “mensaje” del Tribunal en el *asunto Unibet* (STJCE 13 de marzo de 2007, C-432/05) habría consistido en considerar insuficiente para la tutela judicial efectiva que los particulares tuvieran que exponerse a procedimientos administrativos o penales, y a sus correspondientes sanciones, como única vía para objetar la compatibilidad de disposiciones nacionales con el Derecho de la Unión. Y asumida tal premisa, estima que no existiría obstáculo alguno para extenderla al contexto del control de validez de los actos de la Unión, pues lo contrario implicaría un doble rasero entre los actos europeos y los de los Estados miembros, que podría poner en tela de juicio la coherencia del sistema de recursos en el seno de la Unión. Por ello, concluye, “si el Tribunal juzgara que la noción de «acto reglamentario», en el sentido del artículo 263 TFUE, cubre solamente los actos no legislativos, los Estados miembros estarían obligados a asegurar que los particulares dispongan de vías de recuso para activar el control, por el Tribunal sobre la base de la cuestión prejudicial, de la validez de los «actos legislativos» que no incluyan medidas de ejecución, vigilando particularmente que el acceso a tales vías no presuponga una violación de la ley por los particulares”. Cfr. *Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en Droit de l'Union*, Cahiers de Droit Européen, 2009 (5/6), pp. 742-743.

⁵¹ Y es que, como nos recuerda el *Presidium* de la Convención (CONV 734/03), el *Círculo de Debate* se mantuvo “dividido en dos grupos: para algunos no debía modificarse en cuanto al fondo el párrafo cuarto del artículo 230 ya que satisfacía las exigencias esenciales de una tutela judicial efectiva, en particular debido a la acción de los órganos jurisdiccionales nacionales, que pueden (o deben) someter al Tribunal

se acabaron ciñendo a los “actos reglamentarios” por contraposición a los “actos legislativos”, respecto de los cuales se mantuvo el tradicional enfoque restrictivo de la “afectación directa e individual”⁵². Y desaparecida en Lisboa la distinción que instauraba la Constitución europea (Parte I) entre “leyes” y “reglamentos” en los artículos I-36 y I-37, el error habría consistido en mantener, en el Tratado de Lisboa, la expresión “actos reglamentarios” incorporada en la Constitución (Parte III) entre las disposiciones dedicadas al Tribunal de Justicia, concretamente a la regulación del recurso de anulación *ex* artículo III-365⁵³.

Vinculando el párrafo cuarto del artículo 263 TFUE con el artículo 275 TFUE antes analizado (que remite a aquél a los efectos de la legitimación de los particulares para impugnar medidas restrictivas adoptadas en el ámbito de la PESC), habría que concluir advirtiendo la coincidencia, a los efectos de la activación del recurso de anulación por los particulares, entre la impugnación de cualquier medida restrictiva exclusivamente PESC (que, por definición, nunca podrán considerarse “actos legislativos”, al negar

de Justicia toda cuestión prejudicial encaminada a la interpretación o a la apreciación de la validez del Derecho de la Unión; para otros miembros, esta disposición contenía condiciones demasiado restrictivas para los recursos de los particulares contra actos de alcance general”. Interesa destacar que en sus intervenciones ante el Círculo de Debate, los entonces Presidentes del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia se mostraron partidarios de una diferenciación entre actividad legislativa y actividad reglamentaria, en la línea finalmente reflejada en la Constitución europea: *cfr. Oral presentation by M. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, President of the Court of Justice of the European Communities, to the “discusión circle” on the Court of Justice on 17 February 2003, CONV 572/03 CERCLE I, y Oral presentation by M. Bo Vesterdorf, President of the Court of First Instance of the European Communities, to the “discusión circle” on the Court of Justice on 24 February 2003, CONV 575/03 CERCLE I 8.*

⁵² *Cfr. M. Varju, The Debate on the Future of the Standing under Article 230 (4) TEC in the European Convention, European Public Law, 2004 (1), pp. 43 y ss.*

⁵³ En esta línea, *cfr.*, p.e., A. van Waeyenberge y P. Pecho, *L’arrêt “Unibet” et le Traité de Lisbonne –Un pari sur l’avenir de la protection juridictionnelle effective*, Cahiers de Droit Européen, 2008 n(1/2), pp. 152-153. También A.H. Turk, *Judicial Review in EU Law*, Elgar European Law, 2009, pp. 168-169, quien, no obstante, defiende, sobre la base exclusivamente de una comparación con los sistemas jurídicos nacionales, que la exclusión de los actos legislativos del recurso de anulación, en el contexto que venimos analizando, debería limitarse a los resultantes de un procedimiento legislativo ordinario, y no especial. Esta última matización, sin embargo, creo que escapa de la voluntad del constituyente. Así, por poner un ejemplo, la Constitución europea preveía en su artículo III-124.1, la posibilidad de dictar “leyes” o “leyes marco” para establecer medidas para luchar contra la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, etc., siguiendo un procedimiento en el que el Consejo se pronunciaría por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo; y en cuanto “leyes” o “leyes marco”, quedarían excluidas de la apertura del recurso de anulación a los particulares que operaba la Constitución. Pues bien, el referido precepto se ha mantenido, tras Lisboa, como artículo 19.1 TFUE, con la variante de que las medidas adoptadas serán “actos legislativos” (concretados en reglamentos o directivas) producto de un “procedimiento legislativo especial” en el que, al igual que en la Constitución, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. Y no creo, en contra de la opinión de Turk, que estuviera en la mente del constituyente de Lisboa abrir tales actos a la impugnación directa por los particulares, por el solo hecho de responder a un procedimiento legislativo especial, y no ordinario. Cuestión distinta es que, asumido que la intención del constituyente habría sido la de excluir de la apertura del artículo 263 a *todos* los actos legislativos, se abogue por una lectura del Tribunal de Justicia en el sentido de extender la legitimación de los particulares frente a los actos legislativos especiales o incluso frente a cualquier disposición general, cualquiera que sea la naturaleza, legislativa o no de la misma (siempre y cuando, obvio es, se cumplan las exigencias de la afectación directa al particular y del alcance *self-executing* de la disposición); línea argumental, esta última, defendida p.e. por M. Dougan, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts*, Common Market Law Review, 2008, pp. 676-679 (también en su momento, con especial énfasis cuando hay derechos fundamentales en juego, por A. Arnall, *Protecting Fundamental Rights in Europe’s New Constitutional Order*, en T. Tridimas y P. Nebbia, eds., *European Union Law for the Twenty-First Century*, cit., pp. 111-112).

expresamente tal naturaleza el artículo 24 TUE a todos los actos adoptados en dicho ámbito) y cualquier medida restrictiva adoptada sobre la base del artículo 215 TFUE (que, también por definición, tampoco podrán considerarse, en ningún caso, “actos legislativos”, al ser adoptadas por el Consejo y no catalogarse la simple información posterior al Parlamento Europeo como “procedimiento legislativo especial”⁵⁴).

2. La acción por incumplimiento y por inejecución de sentencias.

Con relación al recurso por incumplimiento, se mantiene la redacción de los artículos 226 y 227 TCE, introduciéndose modificaciones⁵⁵ en el procedimiento por inejecución de sentencias *ex* artículo 228 (260 TFUE tras Lisboa).

En efecto, dicho procedimiento resulta, en primer lugar, simplificado: ofrecida al Estado miembro infractor la posibilidad de presentar observaciones a las imputaciones formuladas por la Comisión⁵⁶, ésta podrá dirigirse al Tribunal de Justicia solicitando la imposición de una suma a tanto alzado y/o⁵⁷ de una multa coercitiva *sin necesidad* de emitir previamente, como en el TCE, un *dictamen motivado* en el que ofrezca una nueva y última oportunidad al Estado de ejecutar correctamente la sentencia declarativa de su incumplimiento (sentencia cuya inejecución está en el origen de la solicitud de imposición de la condena pecuniaria).

A ello se añade, como segunda novedad, la posibilidad de que al recurso por incumplimiento *interpuesto por la Comisión* (no, pues, por los Estados miembros), pueda acompañar simultáneamente (en el mismo procedimiento), “si lo considera oportuno”, la solicitud de imposición de una suma a tanto alzado y/o de una multa coercitiva en supuestos en que el incumplimiento se refiera, concretamente, a la infracción de “la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva⁵⁸ adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo⁵⁹”.

⁵⁴ Catalogación que, por lo demás, de haberse producido, habría desvirtuado el artículo 289.4 TFUE, que no contempla al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad entre los sujetos legitimados para activar, siquiera conjuntamente con la Comisión (como exige el artículo 215 TFUE), el procedimiento legislativo, sea éste ordinario o especial.

⁵⁵ “Pequeñas pero significativas”, en opinión de L. Prete y B. Smulders, miembros del Servicio Jurídico de la Comisión (*The Coming of Age of Infringement Procedures*, *Common Market Law Review*, 2010, p. 61).

⁵⁶ Se mantiene, pues, la fase de advertencia (con posibilidad de alegaciones del Estado imputado ante la carta de requerimiento de la Comisión), cuya supresión (junto con la del dictamen motivado) se barajó a lo largo del debate sobre la Constitución europea.

⁵⁷ Si nos atenemos a la doctrina del Tribunal de Justicia en el *asunto Comisión v. Francia*, resuelto por STJCE 12 de julio 2005 (C-304/02).

⁵⁸ “En la práctica, cabe distinguir estos casos de «no comunicación» (a saber, los casos en que el Estado miembro no ha adoptado ninguna medida de incorporación), de los casos de incorporación incorrecta (a saber, en opinión de la Comisión, las medidas de incorporación adoptadas por el Estado miembro no se ajustan a la directiva –o ley de bases). El sistema propuesto no se aplicaría a este segundo supuesto” (Informe final del Círculo de debate sobre el funcionamiento del Tribunal de Justicia). Cabe suponer, pues y como hace Van der Jeught, que “más que de una «obligación de comunicar», se trata, de hecho, de una «obligación de transposición», pues de lo contrario un Estado miembro podría simplemente comunicar cualquier medida para evitar la aplicación del artículo 260.3, el cual se vería así privado de todo efecto útil” (*Le Traité de Lisbonne et la Cour de Justice de l’Union Européenne*, cit., p. 303). En la misma línea, cfr. J. Frutos Miranda, *El procedimiento por inejecución de las sentencias declarativas de incumplimiento: estado de la cuestión*, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2010 (35), p. 435.

Por otro lado, Lisboa puntualiza, con relación al momento a partir del cual se aplicaría la suma/multa en su caso impuesta en el marco de una simultánea declaración de incumplimiento, que si el Tribunal de Justicia accediere a la petición de la Comisión, “la obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia”; confusa redacción ésta que, si nos atenemos a las aclaraciones que nos suministra el debate sobre la Constitución europea, debiera entenderse en el sentido de que “la sanción se aplicaría transcurrido cierto plazo a contar desde la fecha de la sentencia, en caso de que el Estado demandado no se atuviera a lo dispuesto en la misma”⁶⁰.

3. La cuestión prejudicial.

Para finalizar con las innovaciones en el tradicional sistema jurisdiccional de la Unión, puede también destacarse la puntualización introducida por Lisboa, en el marco de las cuestiones prejudiciales, en el artículo 267 *in fine* TFUE⁶¹; puntualización según la cual “cuando se plantee una cuestión de este tipo [de interpretación o validez del Derecho de la Unión] en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal se pronunciará con la mayor brevedad”.

Adviértase al respecto que, adelantándose a la reforma de Lisboa, el Consejo modificó a finales de 2007 el Estatuto del Tribunal de Justicia⁶², añadiendo un artículo, el 23 bis, según el cual el Reglamento de Procedimiento podría “establecer un procedimiento

⁵⁹ Queda, pues, al margen del artículo 260.3, la ausencia de comunicación referida a directivas que no hayan sido adoptadas siguiendo un procedimiento legislativo, ordinario o especial.

⁶⁰ Cfr. Informe final del Círculo de debate sobre el funcionamiento del Tribunal de Justicia. Y es que, en efecto, habida cuenta de la ubicación de esta novedosa regulación en el apartado 3 del artículo III-362 de la Constitución y de los términos en que se desarrolló el debate, parece evidente que estamos ante un procedimiento por *inejecución de una sentencia* del Tribunal de Justicia declarativa de un incumplimiento por un Estado miembro; luego no es el incumplimiento en sí mismo considerado el que determina la imposición de la suma/multa (aunque sí pueda y de hecho sea determinante en la cuantificación de su importe), sino la inejecución de un pronunciamiento judicial constatando tal incumplimiento. La novedad, por tanto, reside en permitir que, al tiempo que se declara el incumplimiento, se imponga al Estado el pago de una suma/multa cuya efectividad se supedita al hecho de que el Estado en cuestión no corrija el incumplimiento, ejecutando la sentencia en el plazo marcado por la misma. Para una visión distinta, según la cual el artículo 260.3 TFUE no respondería necesariamente a un procedimiento por inejecución de sentencia, de manera que cabría imponer una suma a tanto alzado si la comunicación de las medidas de transposición tiene lugar una vez iniciado el litigio pero antes de la fase oral, y una multa coercitiva si la ausencia de comunicación se mantiene en la fecha de la audiencia, cfr. I Kilbey, *The Interpretation of Article 260 TFUE (ex 228 EC)*, *European Law Review*, 2010 (3), pp. 383-384.

Adviértase, en todo caso, que a diferencia del artículo 260.2, que permite al Tribunal de Justicia apartarse de la propuesta de la Comisión, aunque la considere una “referencia útil” (*asunto Comisión v. Grecia*, resuelto por STJCE 4 de julio de 2000, C-387/97), el nuevo artículo 260.3 especifica que “si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva *dentro del límite del importe indicado por la Comisión*”. Tal exclusión expresa de la *reformatio in peius* no hace sino reabrir el debate en torno a la naturaleza jurídica de las medidas *ex* artículo 260 (particularmente en relación con las sumas a tanto alzado), y a la posible aplicación, en dicho contexto, de principios propios del Derecho sancionador. Cfr. al respecto J. Frutos Miranda, *El procedimiento por inejecución de las sentencias declarativas de incumplimiento: estado de la cuestión*, cit., p. 415 y ss.

⁶¹ También se deroga el apartado c) del artículo 234 TCE, el cual condicionaba la competencia prejudicial interpretativa del Tribunal de Justicia sobre los estatutos de los organismos creados por el Consejo al hecho de que tales estatutos efectivamente previeran dicha competencia.

⁶² Decisión del Consejo 2008/79/CE, Euratom, de 20 de diciembre de 2007, por la que se modifica el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia (DO L 24 de 29.1.2008, p. 42).

acelerado y, para las remisiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, un procedimiento de urgencia”; posibilidad esta última⁶³ que el Tribunal haría realidad poco después⁶⁴, al incorporar a dicho Reglamento el procedimiento prejudicial de urgencia (PPU) regulado detalladamente en el artículo 104 ter, cuyas principales características son:

1) se distingue, a los fines de una mayor celeridad, entre los actores procesales que pueden participar en la fase escrita del procedimiento (la cual puede omitirse en casos de “extrema urgencia”⁶⁵) y los que pueden hacerlo en su fase oral, limitando aquélla a las partes del procedimiento principal, el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional remitente, la Comisión Europea y, en su caso, el Consejo y el Parlamento Europeo si se trata de uno de sus actos (los demás interesados y, en especial, los Estados miembros distintos de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional remitente, no disponen de esa facultad, pero se les invita a la audiencia);

2) se agiliza la tramitación interna de los asuntos, ya que, desde que llegan al Tribunal de Justicia, todos los relativos al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia son atribuidos a una Sala de cinco Jueces específicamente designada al efecto por el período de un año (“Sala PPU”), la cual, encargada de admitir la solicitud del procedimiento de urgencia⁶⁶, debe resolver⁶⁷, oído el Abogado General⁶⁸, en un breve plazo⁶⁹;

⁶³ El procedimiento acelerado, desarrollado en los artículos 62 bis y 104 bis del Reglamento de Procedimiento, fue introducido en el año 2000 (en el contexto de las cuestiones prejudiciales primero, y de los recursos directos, poco después: cfr. Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de mayo de 2000, DO L 122, de 24.5.2000, p. 43, y de 28 de noviembre de 2000, DO L 322, de 19.12.2000, p. 1), y ha sido escasamente utilizado (pues consistente, en esencia, en dar prioridad al asunto sobre otros pendientes, quedaría desnaturalizado en presencia de muchos asuntos tramitados conforme al mismo: cfr. E. Bernard, *La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Europe, 2008, n° 5, pp. 5 y ss.). Sobre el *iter* que siguió la introducción del procedimiento de urgencia, cfr., además del trabajo recién citado, el de A. Lazowski, *Towards the Reform of the Preliminary Procedure in JHA Area*, en S. Braum y A. Weyembergh (ed.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruylant, 2009, pp. 220 y ss. En general sobre ambos procedimientos, cfr. C. Naômé, *La procédure accélérée et la procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, *Journal de Droit Européen*, 2009 (162), pp. 237 y ss.

⁶⁴ Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 2008 (DO L 24, de 29.1.2008, p. 39).

⁶⁵ Ahorrando así el tiempo inherente no sólo a la presentación misma de las alegaciones u observaciones escritas y su notificación a las partes y demás interesados, sino también a su traducción (cfr. M. Broberg y N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, 2010, p. 394).

⁶⁶ A diferencia del procedimiento acelerado, cuya apertura se decide por auto motivado, en el PPU la decisión es adoptada en una reunión administrativa, lo que no implica que los elementos de urgencia permanezcan confidenciales, al ser mencionados en la sentencia (cfr. K. Lenaerts, *Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en Droit de l'Union*, cit., p. 739).

⁶⁷ Aunque se prevé la posibilidad de que la Sala PPU, en función de la naturaleza del asunto, decida sustanciarlo en formación de tres Jueces o reenviarlo a la Gran Sala.

⁶⁸ Que no está obligado a presentar Conclusiones escritas. En un primer momento, se criticó la ausencia de publicación de la opinión del Abogado General, decidiendo finalmente el Tribunal proceder a la misma cuando figurara por escrito (cfr. K. Lenaerts, *Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en Droit de l'Union*, cit., p. 738-739, n. 107).

⁶⁹ Según estadísticas del Tribunal de Justicia del año 2009 concernientes a las cuestiones prejudiciales, la duración media de la tramitación y resolución de éstas fue de 17,1 meses, prácticamente idéntica a la de

3) para asegurar la agilización perseguida, el procedimiento se tramita esencialmente, en la práctica, por vía electrónica⁷⁰.

V. El futuro de la arquitectura judicial de la Unión.

1. El reto de la mayor complejidad del proceso decisorio y de la naturaleza vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales (cuestiones “típicamente” constitucionales).

A modo de reflexión final, cabría sostener que el balance de las novedades que en el terreno judicial introduce la reforma de Lisboa no parece destinado a superar la frontera de la moderación; moderación que, por lo demás, se acentúa si nos atenemos al discurso que en términos constitucionales subyacía a la Constitución europea, y que no tuvo reflejo en la arquitectura judicial, tradicionalmente reacia a diferencias o siquiera matizaciones en su seno a la hora de abordar el control de una legalidad siempre entendida en el sentido más amplio de la expresión⁷¹ (esto es, sin distinguir el control de legalidad en sentido estricto del control de constitucionalidad), con un Tribunal de Justicia que ha venido desempeñando simultáneamente, desde antaño, controles propios de un tribunal contencioso y de un tribunal constitucional.

Lo cual no tendría mayores consecuencias si no fuera porque la ampliación competencial de la jurisdicción europea, en términos cuantitativos (con la avalancha de nuevos Estados miembros aún por cerrar) y cualitativos (con la supresión con Lisboa, por un lado, de las restricciones, procesales y sustantivas, que derivaban de los regímenes especiales *ex* artículos 35 TUE y 68 TCE, y la moderada apertura, por otro lado, de la PESC al control jurisdiccional), traerá consigo el riesgo de dificultar que el

2008, de 16,8 meses (la duración media de los recursos directos y los recursos de casación fue de 17,1 y 15,4 meses, respectivamente; 16,9 y 18,4 meses en 2008). Y en este contexto, la sustanciación por el procedimiento prejudicial de urgencia fue solicitada en tres asuntos, considerando la Sala designada al efecto que sólo cumplían los criterios exigidos dos de ellos, los cuales fueron resueltos en un plazo medio de 2,5 meses (cfr. *asuntos Kadzoev*, resuelto por STJCE 30 de noviembre de 2009, C-357/09 PPU, y *Detiček*, resuelto por STJCE 23 de diciembre de 2009, C-403/09 PPU), algo superior al de 2,1 meses correspondiente a los resueltos a lo largo de 2008 (tres, frente a otros tres cuya tramitación por el procedimiento de urgencia fue desestimada, a saber, *asuntos Rinau*, que estrenó el PPU y fue resuelto por STJCE 11 de julio de 2008, C-195/08 PPU, *Santesteban Goicoechea*, STJCE 12 de agosto de 2008, C-296/08 PPU, y *Leymann y Pustovarov*, STJCE 1 de diciembre de 2008, C-388/08 PPU; cfr. al respecto la positiva valoración de A. Rosas, que presidió hasta octubre de 2008 la Sala competente, en *Justice in Haste, Justice Denied? The European Court of Justice and the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2008-2009, volumen 11, pp. 9 y ss.). Adviértase, comparando el PPU con el procedimiento acelerado en las cuestiones prejudiciales, que en este último marco el Tribunal tramitó conforme al mismo dos cuestiones en la primera mitad de 2010 (en 2009, según estadísticas antes referidas del propio Tribunal de Justicia, éste denegó las tres solicitudes de tramitación conforme al artículo 104 bis del Reglamento de Procedimiento): el *asunto E y F* tardó 6 meses en ser resuelto por STJ 29 de junio de 2010 (C-550/09); y los *asuntos acumulados Melki y Abdeli*, fueron resueltos poco antes por STJ 22 de junio 2010 (C-188 y 189/10), en apenas 2 meses, en un contexto en el que estaba en juego, ni más ni menos, que la compatibilidad con el mismísimo artículo 267 TFUE de la “cuestión prioritaria de constitucionalidad” ante el *Conseil Constitutionnel*, regulada en el sistema francés por Ley Orgánica n° 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009 (cfr. al respecto el *dossier* de la *Revue Française de Droit Administratif*, 2010, n° 4).

⁷⁰ Lo que también contribuye a reducir los plazos inherentes a la fase escrita si comparado con el procedimiento acelerado.

⁷¹ De hecho, resultaba bien significativo que la Constitución europea, al regular el recurso de anulación (artículo III-365), comenzara por referirse al control por el Tribunal de Justicia de “la legalidad de las leyes” (sic).

Tribunal de Justicia pueda dedicarse, de manera adecuada, a la resolución de controversias *típicamente* constitucionales, como las relacionadas con el reparto del poder público (tanto en términos horizontales como verticales), o con el debido respeto de los derechos fundamentales⁷²; controversias, por cierto, cuya complejidad se va acentuar con la reforma de Lisboa.

En efecto, por lo que respecta al reparto de poder entre las Instituciones de la Unión, y entre ésta y los Estados miembros, Lisboa esconde, tras una aparente operación de simplificación (derivada tanto del binomio normas ejecutivas / normas legislativas, éstas a su vez resultantes del binomio procedimiento legislativo ordinario / procedimiento legislativo especial, como de la detallada catalogación de las competencias de la Unión), múltiples interrogantes de gran calado constitucional que al Tribunal de Justicia corresponderá ir respondiendo a golpe de sentencia.

No es éste el lugar para detenerse con detalle sobre tales interrogantes. Pero sí para apuntar, al menos, algunos de ellos:

1) El binomio procedimiento legislativo ordinario / procedimiento legislativo especial, cada cual en singular, no es exacto, por la sencilla razón de que existen múltiples procedimientos legislativos especiales⁷³ (algunos de naturaleza semi-constitucional, al estar sometidos a la aprobación ulterior de los Estados miembros⁷⁴). Asumido lo cual,

⁷² Descartada la creación de un Tribunal exclusivamente, o cuanto menos, esencialmente Constitucional, en la Unión Europea, diferenciado de una suerte de Tribunal Supremo centrado en el control y la interpretación de la legalidad (entendida en sentido estricto), cabría, ello no obstante, potenciar en tal dirección las posibilidades que ya abría el Tratado de Niza. Cfr. al respecto I. Pernice, J. Kokott y C. Saunders (eds.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Nomos, 2006 (en especial el trabajo Bo Vesterdof, *A Constitutional Court for the EU?*, pp. 83 y ss., en el que se muestra partidario de una desconcentración competencial en favor del Tribunal de Primera Instancia con garantías de que el Tribunal de Justicia decida sobre “las cuestiones más importantes”, abogando al tiempo por un mayor protagonismo de la Gran Sala que aseguraría una significativa representación de los sistemas jurídicos nacionales cuyas tradiciones constitucionales, como veremos, continúan llamadas a desempeñar un rol esencial en el devenir del sistema jurídico de la Unión).

⁷³ Además del “procedimiento de aprobación” por el Parlamento Europeo de actos adoptados por el Consejo, el cual se pronuncia en unos casos por mayoría cualificada (p.e., en relación con las medidas de aplicación del sistema de recursos propios de la Unión: artículo 311 TFUE), en otros por unanimidad (p.e., en relación con medidas para luchar contra toda discriminación o para extender los derechos ligados a la ciudadanía: artículos 19 y 25 TFUE), el sistema decisorio europeo prevé el “procedimiento de consulta”, en el que la intervención del Parlamento tiene carácter preceptivo pero no vinculante, y la decisión del Consejo puede, asimismo, estar presidida bien por la mayoría cualificada (p.e., en relación con medidas para garantizar la protección diplomática y consular: artículo 23 TFUE), bien por la unanimidad (p.e., medidas concernientes a la seguridad social o a la protección social: artículo 21 TFUE). También son calificados como procedimientos legislativos especiales aquellos actos adoptados por el Parlamento, mediando previa aprobación o consulta del Consejo (aquella, en el caso de la adopción de modalidades del ejercicio del derecho de investigación de infracciones o malas prácticas en la aplicación del Derecho de la Unión: artículo 226 TFUE; ésta, en relación con el estatuto de los eurodiputados y el del Defensor del Pueblo Europeo: artículos 223 y 228 TFUE). Mención aparte merece el *sui generis* procedimiento legislativo especial en materia presupuestaria, objeto de una detallada regulación en el artículo 314 TFUE. Como también merecen mención aparte las múltiples variantes que el procedimiento legislativo, incluido el ordinario, puede ofrecer en su fase de iniciativa (cfr. artículo 289.4 TFUE, según el cual, “en los casos específicos previstos por los Tratados, los actos legislativos podrán ser adoptados por iniciativa de un grupo de Estados miembros o del Parlamento Europeo, por recomendación del Banco Central Europeo o a petición del Tribunal de Justicia o del Banco Europeo de Inversiones”).

⁷⁴ Caso de los previstos para ampliar los derechos de la ciudadanía o la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de litigios sobre títulos europeos de propiedad intelectual o industrial (artículos 25 y

hay que descender al detalle del articulado de todo el Derecho originario de la Unión, incluidos los Protocolos, para advertir posibles matices en las consecuencias que acarrea el recurso a uno u otro procedimiento (por ejemplo, en el distinto tratamiento del sistema de alerta temprana vinculado al principio de subsidiariedad⁷⁵ o en la posibilidad de poner en funcionamiento el “régimen de pasarelas”⁷⁶), o interrogantes que plantea la activación misma de uno u otro procedimiento⁷⁷; o aclarar el exacto alcance del ejercicio de la delegación prevista en el artículo 290 TFUE, el cual, vinculado a actos legislativos adoptados por un procedimiento especial, puede reforzar notablemente, con ocasión de su control, el papel por hipótesis casi irrelevante desempeñado por el Parlamento Europeo en la elaboración del acto de delegación⁷⁸.

2) En el contexto del recién mencionado principio de subsidiariedad⁷⁹, no sólo habrá que profundizar en cuestiones vinculadas al ejercicio del control sobre el mismo en términos formales, sino también materiales, sobre todo a la luz de la reforzada presencia, con Lisboa, de los Parlamentos nacionales en la fase de elaboración del Derecho de la Unión⁸⁰ (lo cual, a su vez, exigirá reflexionar sobre su incidencia en el sistema constitucional mismo tanto de la Unión⁸¹ como de los Estados miembros...⁸²).

3) También la actividad no legislativa de la Unión plantea importantes interrogantes, no sólo referidos a la aún por aclarar frontera entre los actos delegados y los de ejecución (i.e., si el recurso a los unos o los otros descansa en la discrecionalidad del legislador europeo⁸³, o si, por el contrario, cada cual tiene su propio terreno constitucionalmente

262 TFUE), así como para establecer el sistema de elección de los eurodiputados por sufragio universal directo (artículo 223 TFUE) y el sistema de recursos propios de la Unión (artículo 311 TFUE).

⁷⁵ Cfr. apartados 2 y 3 del artículo 7 del *Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* (adviértase que la modalidad del apartado 3 sólo entra en juego “en el marco del procedimiento legislativo ordinario”).

⁷⁶ El cual, previsto en el artículo 48.7 TUE como variante específica del “procedimiento de revisión simplificado” de los Tratados, permite la transformación del proceso decisorio en un ámbito o en un caso determinado, convirtiendo bien en mayoría cualificada la unanimidad requerida en el seno del Consejo, bien en procedimiento legislativo “ordinario” el contemplado como “especial”.

⁷⁷ Caso, por ejemplo, de la “cláusula de flexibilidad” prevista en el artículo 352 TFUE, que parece dar un cheque en blanco a las Instituciones a la hora de calificar su intervención, idéntica en las formas, como fruto de un procedimiento “legislativo especial” o “no legislativo”.

⁷⁸ Caso, por ejemplo, de un acto de delegación adoptado conforme a un procedimiento legislativo especial en el que el Parlamento se limite a intervenir con carácter preceptivo (“procedimiento de consulta”).

⁷⁹ Respecto del cual Van der Jeught se manifiesta absolutamente convencido de un aumento de recursos interpuestos por el Comité de las Regiones y los Estados miembros (*Le Traité de Lisbonne et la Cour de Justice de l’Union Européenne*, cit., p. 300).

⁸⁰ Al respecto, p.e., C. Ferrer Martín de Vidales, *Los Parlamentos nacionales en la Unión Europea. De Maastricht a Lisboa*, Dilex, 2008.

⁸¹ Cfr. p.e. la hipótesis planteada por C. Delcourt de un acuerdo interinstitucional de naturaleza mixta, con el triángulo decisorio de la Unión y los Parlamentos nacionales como protagonistas (*Du Traité Constitutionnel au Traité de Lisbonne: quelles évolutions pour les institutions parlementaires?*, en E. Brosset e.a., dir., *Le Traité de Lisbonne...*, cit., p. 90).

⁸² Cfr. p.e. House of Commons (European Scrutiny Committee), *Subsidiarity, National Parliaments and the Lisbon Treaty*, Thirty-third Report of Session 2007–08.

⁸³ Como sostuvo en su Informe final, en el marco de la *Convención sobre el futuro de Europa*, el Grupo de Trabajo IX “Simplificación” (CONV 424/02 WG IX 13): “será el acto legislativo, y en consecuencia el legislador, quien decida caso por caso y en qué medida es necesario recurrir a actos «delegados» o actos «de ejecución», o ambos, y cuál sería su alcance”.

delimitado⁸⁴), sino también a la naturaleza jurídica de la actividad no legislativa “autónoma”⁸⁵ (la cual, por ejemplo y como advertí *ut supra*, puede plantear dudas en cuanto a su impugnabilidad directa por los particulares⁸⁶).

⁸⁴ En mi opinión, el ámbito natural de los “actos delegados” es aquél en el que los objetivos marcados por los Tratados han de ser concretados por el legislador europeo, que goza de un amplio margen de maniobra a la hora de agotar la regulación a través del “acto legislativo” correspondiente. No obstante lo cual, y en aras a simplificar y racionalizar la legislación de la Unión, liberándola en su caso de una regulación pormenorizada que la Comisión podría abordar de manera más rápida y adecuada, se permite al legislador habilitar a ésta para que concrete las pautas por él necesariamente marcadas como “elementos esenciales” en el acto de delegación. El ámbito natural de los “actos de ejecución”, por el contrario, sería el siguiente: intervención del poder normativo europeo directamente conectado con los Tratados (esto es, en el contexto no sólo de un procedimiento legislativo ordinario o especial, sino también de un procedimiento no legislativo de naturaleza autónoma), agotando, por sí mismo o mediando delegación, la regulación de una materia en los términos competenciales permitidos por los propios Tratados y sus Protocolos (esto es, incluido el respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; respeto que, por cierto y por lo que a la subsidiariedad se refiere, no estará sometido al escrutinio de los Parlamentos nacionales en el supuesto de que la habilitación tenga su origen en actividad no legislativa). A partir de ahí, entraría en juego el apartado 1 del artículo 291 TFUE, conforme al cual, “los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión”; ello, salvo que se den las circunstancias para la entrada en juego del apartado 2 del mismo precepto, según el cual “cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados [...] al Consejo”. Con palabras de la Comisión en su Comunicación de 9 de diciembre de 2009, COM (2009) 673 final, en relación con un posible desarrollo normativo del artículo 290 TFUE: “Al legislador le está permitido regular de manera plena y completa un determinado ámbito, confiando a la Comisión la responsabilidad de asegurar su implementación armonizada a través de actos de ejecución; alternatively, el legislador puede optar por regular el ámbito en cuestión sólo parcialmente, dejando a la Comisión la responsabilidad de complementar tal regulación a través de actos delegados”.

⁸⁵ Traducida en instrumentos adoptados por el Consejo que, siendo en ocasiones idénticos, en cuanto a su forma de elaboración, a los que adopta en el marco de un procedimiento legislativo especial (caso de las medidas a adoptar en aplicación de los principios que presiden el Derecho europeo de la Competencia), no gozan, sin embargo, de naturaleza legislativa, debido a que los Tratados (quizás de modo arbitrario o incoherente) no califican dicha forma de elaboración como “procedimiento legislativo especial”. Directamente conectados con los Tratados (esto es, sin mediar legislación europea previa), tales instrumentos “autónomos” pueden, asimismo y excepcionalmente, ser adoptados por la Comisión (también en el marco del Derecho europeo de la Competencia).

⁸⁶ Cfr. B. de Witte, *Legal Instruments and Law-Making in the Lisbon Treaty*, en S. Griller y J. Ziller (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer, 2008, pp. 101-102. En mi opinión, atendiendo al sistema diseñado por la Constitución europea que, según he sostenido, habría heredado el Tratado de Lisboa, la actividad no legislativa autónoma estaría también abierta a la impugnación directa por los particulares en los términos del párrafo cuarto del artículo 263 TFUE. Ello porque la Constitución europea ya preveía dicho tipo de actividad (y en los mismos sectores en los que aparece reflejada en el Tratado de Lisboa, a saber, en las normas sobre Derecho de la Competencia y en políticas como la agrícola o la económica), a la que calificaba de “reglamentaria” (abierta a la impugnación directa por los particulares), diferenciada de la “legislativa” (cerrada a dicha impugnación): cfr. artículo I-33, que tras definir la “ley europea” y la “ley marco europea”, hacía lo propio con el “reglamento europeo” en términos de “acto no legislativo de alcance general que tiene por objeto la ejecución de actos legislativos y de determinadas disposiciones de la Constitución”.

En los asuntos *Arcelor v. Parlamento Europeo y Consejo (T-16/04)*, *Norilsk y Umicore v. Comisión (T-532/08)* y *Etimine y Ab Etiproducts v. Comisión (T-539/08)*, el Tribunal General ordenó la reapertura de la fase oral e invitó a las partes a pronunciarse sobre las eventuales consecuencias que debían extraerse en el marco de los procedimientos de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, en particular, del artículo 263, párrafo cuarto, del TFUE. En el momento de escribir estas páginas, sólo el primero de los mencionados asuntos había sido resuelto por STG de 2 de marzo de 2010; en ella, el Tribunal asumió la tesis del Parlamento y del Consejo, apoyados por la Comisión, en el sentido de que los Estados miembros

4) La problemática tradicional en la que se ha visto envuelta la elección de la base jurídica, puede verse intensificada, tras Lisboa, en el contexto, por ejemplo, de deslinde de fronteras entre la PESC y el resto de competencias atribuidas a la Unión. Así por ejemplo, el Tribunal de Justicia anularía en 2008, en el *asunto Comisión v. Consejo* (conocido como *asunto armas ligeras*)⁸⁷, una decisión exclusivamente PESC adoptada en aplicación de una acción común, también PESC, sobre la contribución de la Unión Europea para combatir la acumulación desestabilizadora y la proliferación de armas ligeras y de pequeño calibre, argumentando que la decisión en cuestión constaba, “atendiendo a su finalidad y su contenido, de dos componentes, sin que ninguno de ellos pueda considerarse accesorio del otro, pertenecientes, uno, al ámbito de la política comunitaria de cooperación al desarrollo y, el otro, al de la PESC”; y en tal supuesto, según el Tribunal, “como quiera que el artículo 47 TUE se opone a que la Unión, basándose en el Tratado UE, adopte una medida que habría podido ser adoptada válidamente tomando como fundamento el Tratado CE, la Unión no puede recurrir a una base jurídica correspondiente al ámbito de la PESC para adoptar disposiciones que pertenecen asimismo al ámbito de una competencia atribuida por el Tratado CE a la Comunidad” (recordemos que el citado precepto establecía que ninguna disposición del Tratado de la Unión afectaría a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea ni a los Tratados y actos subsiguientes que los hubiesen modificado o completado). Mayor complejidad, sin embargo, presentaría el mismo asunto tras Lisboa, habida cuenta de que el artículo 40 TUE (que, recordemos, viene a sustituir, reformándolo, el anterior artículo 47) sienta un equilibrio entre el régimen general de la Unión y el especial constituido por la PESC, impidiendo la afectación, *en ambas direcciones*, “a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones”⁸⁸.

disponían de un amplio margen de apreciación para la ejecución de la Directiva impugnada, de modo que ésta no podría considerarse, en ningún caso, un acto reglamentario *que no incluye medidas de ejecución* en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto (lo que, como regla general, será el caso de todas las Directivas, tengan o no naturaleza legislativa, que se ajusten a la letra y al espíritu del artículo 288 TFUE). Ninguna pista ofrece la Sentencia, sin embargo, sobre la posición mantenida por las Instituciones en relación con el alcance de la expresión “acto reglamentario”; pista que, sin embargo, encontramos en las observaciones escritas presentadas por la Comisión Europea a los efectos de clarificar la incidencia del Tratado de Lisboa en la Comunicación, dirigida al Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, sobre la observancia por la CE de las disposiciones del Convenio relativas al acceso de los miembros del público a procedimientos de revisión (ACCC/C/2008/32). En dichas observaciones, la Comisión informa que en su opinión y en la del Parlamento Europeo, la expresión “acto reglamentario” del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, sólo cubriría la actividad no legislativa (incluida la de naturaleza autónoma), pues de lo contrario, el término “reglamentarios” resultaría redundante; además, tal interpretación vendría respaldada por los trabajos preparatorios de la Constitución europea. También se informa de que en las mismas alegaciones presentadas ante el Tribunal General, el Consejo y la Comisión habrían considerado como “extremadamente difícil, o incluso imposible”, admitir recursos directos de particulares contra Directivas, al exigir éstas medidas de ejecución por los Estados miembros.

⁸⁷ STJCE 20 de mayo de 2008 (C-91/05).

⁸⁸ Quizás cabría vaticinar al respecto un mantenimiento de la *vis attractiva* del régimen general, fundamentada ahora tanto en el Preámbulo del TUE y en su artículo 1 (donde los Estados miembros se declaran resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos), como en la doctrina del Tribunal concerniente a la máxima potenciación del rol del Parlamento en el proceso decisorio europeo (cfr. *asunto Comisión v. Consejo*, conocido como *dióxido de titanio*, STJCE 11 de junio de 1991, C-300/89). A conclusión similar llega L. Paladini (*I conflitti fra i pilastri dell'Unione europea e le prospettive del Trattato di Lisboa*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, nº 1, p. 106), siguiendo a M. Cremona (*A Constitutional Basis for Effective External Action?*, *EUI Law*

5) En fin, el propio “régimen de pasarelas”, antes mencionado, plantea sus interrogantes, que el Tribunal de Justicia deberá ir resolviendo teniendo en cuenta la interpretación que del mismo ha efectuado, hasta el momento, un Tribunal tan significativo como el Constitucional Federal alemán, cuyo pronunciamiento con ocasión de la ratificación por Alemania del Tratado de Lisboa puede suscitar problemas, y no sólo en relación con dicho régimen, de encaje en términos ortodoxos con la visión desde Luxemburgo de la integración europea⁸⁹.

En cuanto a la incidencia que la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión a los Tratados⁹⁰ pueda tener en la labor del Tribunal de Justicia⁹¹, baste con apuntar que:

1) Estará en sus manos abonar con certidumbre el terreno de inseguridad jurídica propiciado por las particularidades de Reino Unido y Polonia⁹²;

Working papers 2006/30; cfr. también, de la misma autora, *Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process*, en A. Dashwood y M. Maresecau, eds., *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge University Press, 2008, pp. 42-46), sobre la base de un razonamiento distinto, a saber, la aplicación del principio *lex specialis derogat generalis* (i.e., la PESC, que cubriría en principio todos los sectores de la política exterior, resultaría desplazada por las competencias especiales en materia de acción exterior previstas en el TFUE).

⁸⁹ El referido pronunciamiento del TCFA, de 30 de junio de 2009, ha sido objeto (y probablemente lo seguirá siendo) de ininidad de comentarios. Entre los publicados en castellano, cfr. los de: P. Häberle, *La regresiva “Sentencia Lisboa” como “Maastricht-II” anquilosada*, Revista de Derecho Constitucional Europeo 2009 (12), pp. 397 y ss.; F. Castillo de la Torre, *La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa – Análisis y comentarios*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2009 (34), pp. 969 y ss.; A. López Castillo, *Alemania en la Unión Europea a la luz de la “Sentencia-Lisboa” de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Revista Española de Derecho Constitucional, 2009 (87), pp. 337 y ss.; M.J. Bobes Sánchez, *La integración europea según el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa*, Revista Española de Derecho Europeo, 2010 (33), pp. 157 y ss.

⁹⁰ Según dispone el artículo 6.1 TUE tras Lisboa, “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

⁹¹ Aun descartada la posibilidad, en algún momento barajada en el seno de la *Convención sobre el futuro de Europa*, “de establecer un procedimiento especial ante el Tribunal de Justicia para la protección de los derechos fundamentales” (cfr. Informe final del Grupo de Trabajo II “Carta”, CONV 354/02 WG II 16).

⁹² Recordemos que, a cambio del reconocimiento de su valor jurídico vinculante, y con rango “constitucional”, la Carta tuvo que pagar, como contrapartida, el precio de convertirse en una norma “a la carta”, al incluir la reforma de Lisboa un Protocolo sobre su aplicación a Polonia y al Reino Unido (el nº 30 anejo a los Tratados), al que ha venido a sumarse potencialmente la República Checa en virtud del Acuerdo de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros adoptado en el marco del Consejo Europeo de 29-30 de octubre de 2009 (en el que se comprometieron a anexar a los Tratados, “en el momento de la celebración del próximo Tratado de Adhesión y de conformidad con sus respectivos requisitos constitucionales”, un Protocolo disponiendo la extensión a Chequia del Protocolo concerniente a Polonia y al Reino Unido).

Sobre la controvertida cuestión de si el Protocolo constituye o no realmente un *opt-out* de la Carta, baste con mencionar aquí la opinión del Director del Servicio Jurídico de la Comisión, Jean-Claude Piris, para quien “una cosa es obvia: los efectos jurídicos del Protocolo no son fáciles de determinar” (a lo que añade: “En última instancia, la interpretación del Protocolo nº 30 será una cuestión a dilucidar por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por los tribunales nacionales. No es posible predecir en este momento lo que decidirán al interpretar el Protocolo”). Cfr. *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 2010, pp. 161 y 163.

2) Deberá hacer frente a una previsible proliferación en la invocación y aplicación de la Carta en un ámbito tan sensible y proclive a ello como es el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia⁹³, sometido tras Lisboa a su pleno control jurisdiccional⁹⁴;

3) Tendrá que seguir atento a la evolución de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (ampliadas en número y sensibilidades⁹⁵), no sólo en cuanto herramienta hermenéutica a los fines de interpretar la Carta⁹⁶, sino también en cuanto fuente de inspiración para, en su caso, completar la misma por la vía de los principios generales del Derecho de la Unión⁹⁷.

⁹³ En este sentido, cfr. p.e. R. Barents, *The Court of Justice in the Renewed European Treaties*, cit., p.67. Cfr. asimismo la “política de tolerancia cero” anunciada por la Comisión en su Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, *Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos - Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo*, 20.4.2010 COM(2010) 171 final.

⁹⁴ Sin olvidar, conviene recordar de nuevo, la moderada apertura a dicho control de la PESC, especialmente en lo concerniente a las medidas restrictivas que afecten directamente a particulares y que no exijan medidas de ejecución, en muchas ocasiones vinculadas a la delicada cuestión de la lucha antiterrorista.

⁹⁵ Cfr. p.e. O. Pollicino, *New Emerging Judicial Dynamics of the Relationship Between National and the European Courts after the Enlargement of Europe*, NYU Jean Monnet Working Paper 14/08; W. Sadurski, “*Solange, Chapter 3*”: *Constitutional Courts in Central Europe-Democracy-European Union*, *European Law Journal*, 2008 (1), pp. 1 y ss.

⁹⁶ Según el apartado 4 del artículo 52 (que es producto de la “adaptación” de 2007), “en la medida en que la presente carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”. Cfr. al respecto, por ejemplo, las Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas el 29 de abril de 2010 en el *asunto Azko Nobel Chemicals e a. v. Comisión (C-550/07 P)*, pendiente de resolución; tras considerar que el secreto profesional se deduciría del artículo 7 de la Carta (respeto de las comunicaciones) en relación con los artículos 47, párrafos primero y segundo, segunda frase, y 48, apartado 2 (derecho a hacerse aconsejar, defender y representar y respeto de los derechos de la defensa), Kokott tuvo que referirse a los ordenamientos jurídicos nacionales a los efectos de aclarar si, en el Derecho de la Unión, las comunicaciones mantenidas con los abogados internos en el seno de la empresa o del grupo de empresas estarían amparadas por el secreto profesional y, de ser así, en qué medida (llegando a la conclusión de que “ampliar la protección que confiere el secreto profesional a las comunicaciones mantenidas con los abogados internos en el seno de la empresa o del grupo de empresas no se justifica ni por las eventuales peculiaridades de las tareas y la actividad de la Comisión Europea como autoridad de defensa de la competencia ni se corresponde, en la fase actual, con una tendencia que vaya consolidándose en los Estados miembros, ni en Derecho de la competencia ni en otros ámbitos”).

⁹⁷ Pues no hay que olvidar que según dispone el artículo 6.3 TUE, “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Y al respecto cabe plantearse, por ejemplo, si la referencia a tales principios generales habría sido concebida en términos de concurrencia y equivalencia con los derechos y las libertades de la Carta, o de fuente puramente subsidiaria y complementaria (a favor de esta última concepción se pronunciaría Vassilios Skouris, Juez entonces y Presidente después del Tribunal de Justicia, en su intervención en el marco de la *Convención sobre el futuro de Europa*: cfr. su *Hearing* ante el Grupo de Trabajo II “Carta”, CONV 295/02 WG II 10 y WG II WD 19; cfr., asimismo, su trabajo *Introducing a Binding Bill of Rights for the European Union: Can Three Parallel Systems of Protection of Fundamental Rights Coexist Harmoniously?*, en *Liber Amicorum für P. Häberle*, Mohr Siebeck, 2004, especialmente pp. 267 y ss.); ello, también por ejemplo y puesto que acabamos de referirnos a la incertidumbre que rodea a la Carta en relación con el Protocolo nº 30, tendría sus consecuencias a la hora de plantearse si la pretendida excepción para el Reino Unido y Polonia (y, potencialmente, la República Checa), podría o no verse a su vez reconducida al régimen general de sujeción a los parámetros europeos por la vía de los principios generales del Derecho de la Unión (cfr. C. Barnard, *The “Opt-Out” for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of*

2. La cuestión de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Puesto que acabo de referirme a la incidencia que en la arquitectura judicial europea tendrá la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, concluiré con una breve incursión en el mandato de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, introducido por Lisboa en el artículo 6.2 TUE⁹⁸.

Abierto al respecto el diálogo formal, en julio de 2010, entre Thorbjorn Jagland, Secretario General del Consejo de Europa, y Viviane Reding, Vice-Presidenta de la Comisión, ya han empezado a aflorar toda una serie de cuestiones técnicas tras las que subyace la preocupación por la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, proclamada hace casi medio siglo por un Tribunal de Justicia que, pese al clima general en su seno inicialmente favorable a la adhesión⁹⁹, ve peligrar, llegada la hora real de la misma, su función de intérprete último y supremo¹⁰⁰.

En efecto, centrándonos en cuestiones que pudieran afectar de manera más específica a la arquitectura judicial de la propia Unión¹⁰¹, preocupa de manera particular en

Rhetoric over Reality?, en S. Griller y J. Ziller, eds., *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, cit., p. 268).

⁹⁸ El cual dispone, en términos imperativos: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”. Según declararía el Consejo Europeo en diciembre de 2009, “tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la rápida adhesión de la Unión al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales es de importancia crucial” (cfr. *Programa de Estocolmo –Una abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, DO C 115 de 4.5.2010, p. 8). El 1 de junio de 2010 entró en vigor el Protocolo 14 al Convenio, cuyo artículo 17 expresamente prevé que “la Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio” (cfr. artículo 59.2 del texto consolidado).

⁹⁹ Con alguna excepción, caso del Abogado General Léger (cfr. su intervención en el coloquio celebrado en La Sorbonne, 13-14 de marzo de 2003, cuyas actas fueron publicadas en G. Cohen-Jonathan y J. Dutheil de La Rochère, dir., *Constitution européenne, démocratie et droits de l’homme*, Nemesis/Bruylant, 2003, p. 267-268). Cfr. al respecto el trabajo ya citado de L. Scheeck, *La diplomatie commune des cours européennes*, pp. 108 y ss., en el que también se destaca la muy favorable acogida que una futura adhesión ha tenido entre los miembros del Tribunal de Estrasburgo. Bien expresiva resulta la opinión del Luzius Wildhaber, a la sazón Presidente del Tribunal de Estrasburgo, y Johan Callewaert, conceptuando la cuestión de la adhesión como “auténtico eslabón perdido del espacio constitucional europeo”: cfr. *Espace constitutionnel européen et droits fondamentaux. Une vision globale pour un pluralité de droits et de juges*, en *Festschrift für G.C. Rodrigues Iglesias*, Berliner Wissenschaft-Verlag, 2003, p. 84 (como “anomalía retrógrada del sistema europeo de derechos fundamentales” sería definida la falta de adhesión por el Juez de Luxemburgo Allan Rosas: cfr. *Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts*, en C. Baudenbacher, P. Tresselt y T. Orlygsson, eds., *The EFTA Court. Ten Yers On*, Hart Publishing, 2005, p. 175).

¹⁰⁰ El Protocolo n° 8 sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que fue una novedad introducida por la reforma de Lisboa respecto de la Constitución europea, manifiesta ya en su artículo 1 una preocupación por preservar “las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión” (cfr. al respecto P. Mengozzi, *Les caractéristiques spécifiques de l’Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, Il Diritto de l’Unione Europea, 2010, n° 2, pp. 231 y ss), imponiendo en su artículo 2 *ab initio* que el acuerdo “garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones”.

¹⁰¹ Otras cuestiones abarcan desde la participación de la Unión en los órganos del Consejo de Europa (Comité de Ministros, Asamblea Parlamentaria y, especialmente, en el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos) hasta la previsión de que en los asuntos dirimidos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra un Estado miembro susceptibles de plantear cuestiones relativas al Derecho de

Luxemburgo “que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegue a resolver sobre la conformidad de un acto de la Unión con el Convenio sin que previamente el Tribunal de Justicia haya podido pronunciarse de forma definitiva sobre esa cuestión”, considerando, en consecuencia, que “es preciso disponer de un mecanismo capaz de garantizar que el Tribunal de Justicia pueda conocer de forma efectiva sobre la cuestión de validez de un acto de la Unión antes de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncie sobre la conformidad de ese acto con el Convenio”¹⁰².

El problema atisbado por el Tribunal se plantearía, esencialmente¹⁰³, en relación con los recursos interpuestos ante Estrasburgo contra Estados miembros de la Unión en un contexto de ejecución (y muy particularmente en un contexto de ejecución reglada) del Derecho de la Unión, en el que el juez nacional que estaría en origen del litigio habría omitido el planteamiento de la cuestión prejudicial *ex* artículo 267 TFUE.

El Juez del Tribunal de Justicia Christian Timmermans, en su intervención ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo el 18 de marzo de 2010 (anterior, pues, a la toma de posición del Tribunal en su recién mencionado Documento de reflexión), se mostró partidario de dar a la Comisión la posibilidad¹⁰⁴ de solicitar un pronunciamiento por parte de Luxemburgo una vez que Estrasburgo declarara admisible el recurso; solicitud que, en espera de un pronunciamiento de aquél, provocaría la suspensión del procedimiento ante éste (el cual perdería su objeto de llegar a constatar el Tribunal de Justicia una vulneración de los derechos fundamentales).

En contra de tal mecanismo y en el mismo escenario opinó Olivier De Schutter¹⁰⁵, considerando que “la instauración de un procedimiento especial dirigido a conceder al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una oportunidad que le habría sido negada por la jurisdicción nacional, crearía en beneficio del Tribunal de Justicia una situación

la Unión, ésta pueda intervenir en calidad de codemandada (y viceversa, i.e que en todos los asuntos contra la Unión dirimidos en las mismas condiciones, cualquier Estado pueda intervenir en calidad de codemandado), pasando por el objeto mismo de la adhesión (pues no hay que olvidar que no todos los Protocolos del Convenio han sido ratificados por la totalidad de los Estados miembros de la Unión, y que dentro de los ratificados, existen reservas). Cfr. la *Resolución del Parlamento Europeo de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (2009/2241(INI)), así como la intervención de Viviane Reding ante la Comisión de Asuntos Constitucionales el 18 de marzo de 2010.

¹⁰² Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 5 de mayo de 2010, sobre ciertos aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Cfr. apartados 9 y 12.

¹⁰³ Que no exclusivamente, pues no hay que olvidar que el Tribunal de Justicia carece de competencia para enjuiciar, en términos de validez, el Derecho originario (aunque el Juez Timmermans, en su intervención citada *infra*, considerara que, en la mayoría de los casos, la supuesta colisión entre éste y los derechos fundamentales podría salvarse vía interpretativa; y aun cuando ello no fuera posible, estimó que el Tribunal tendría la posibilidad, llegado el caso, de constatar la incompatibilidad, momento a partir del cual correspondería a los Estados miembros, “señores de los tratados”, resolver el conflicto).

¹⁰⁴ “Apreciada libremente”, en función de que “el asunto plantee un problema real de compatibilidad con los derechos fundamentales”.

¹⁰⁵ Cfr. el texto adaptado de su *hearing* ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo el 18 de marzo de 2010, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 2010 (83), pp. 563-566.

excepcional que no tiene precedentes”¹⁰⁶; según De Schutter, bastaría con reforzar desde los propios ordenamientos jurídicos nacionales las exigencias que derivan del artículo 267 TFUE¹⁰⁷, a la luz de la evolución tanto del Derecho de la Unión (con una reforma de Lisboa que habría acentuado la obligación del juez nacional de dirigirse al juez europeo al prever, como vimos en su momento, que “los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”¹⁰⁸) como del Convenio Europeo de Derechos Humanos (consolidando el Tribunal de Estrasburgo su doctrina en el sentido de vincular la negativa *arbitraria* a activar el artículo 267 TFUE con una vulneración del artículo 6.1 del Convenio, i.e., del derecho a un proceso equitativo¹⁰⁹).

Sea cual sea la salida que se dé al respecto en las negociaciones¹¹⁰, habrá que seguir, por lo demás y asimismo, pendientes del futuro que nos depare la *doctrina*

¹⁰⁶ Para Françoise Tulkens, Presidenta de la 2ª Sección del Tribunal de Estrasburgo y que también intervino ante la Comisión de Asuntos Constitucionales, aun partiendo de la premisa de que “una igualdad absoluta entre la UE y las demás Partes Contratantes no es ni posible ni incluso deseable”, el mecanismo propuesto por Timmermans sería “extremadamente complejo” y podría “entrañar plazos poco compatibles con el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos”.

¹⁰⁷ Considerando al juez europeo como “juez legal” o “juez predeterminado por la ley” cuando se dan las condiciones para activar, en términos obligatorios, el artículo 267 TFUE; vinculada así la cuestión prejudicial a la tutela judicial efectiva, deberían preverse mecanismos internos para corregir la infracción de tal derecho fundamental reconocido por los propios ordenamientos jurídicos nacionales.

En Alemania, cfr. artículo 101 (1) GG y la decisión del *Bundesverfassungsgericht* de 9 de enero de 2001 (1 BvR 1036/99). Al respecto, p.e., F. Arndt, *The German Federal Constitutional Court At the Intersection of National and European Law: Two recent Decisions*, German Law Journal, 2001, nº 11; C.D. Classen, *German Bundesverfassungsgericht: Medical Training, Decision of 9 January 2001*, Common Market Law Review, 2002, nº 3. En España, cfr. artículo 24 CE y STC 58/2004, de 19 de abril. Al respecto, J.M. Baño León, *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2004, nº 18; A. Sánchez Legido, *El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)*, Derecho Privado y Constitución, 2004, nº 18; J.I. Ugartemendia Eceizabarrena, *El recurso a la prejudicial (234 TCE) como cuestión de amparo (a propósito de la STC 58/2004)*, Revista Española de Derecho Europeo, 2004, nº 11; P.J. Martín Rodríguez, *La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (a propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)*, Revista Española de Derecho Constitucional, 2004, nº 72; R. Alonso García, *Spanish Constitutional Court. Judgment 58/2004, of 19 April 2004*, Common Market Law Review, 2005, nº 2. En Austria, cfr. artículo 83 (2) B-VG y decisión del *Verfassungsgerichtshof* de 11 de diciembre de 1995 (VfSlg. 14.390). Adviértase que la doctrina del Tribunal Constitucional austríaco, a diferencia del alemán o el español, no parece exigir la arbitrariedad como elemento determinante para identificar la violación del artículo 267 TFUE con una vulneración del derecho al juez legal plasmado en el referido artículo 83 (2) de la Constitución austríaca (cfr. T. Marktler, *The European Court of Justice as a Lawful Judge*, International Constitutional Law Online Journal, 2008, nº 4, pp. 297 y ss.). En la República Checa, cfr. la decisión del Tribunal Constitucional (*Ústavní Soud*) de 30 de junio de 2008 (IV. ÚS 154/08) (al respecto, M. Navrátilová, *The Preliminary Ruling Before the Constitutional Courts*, International Conference “Days of Law”, Masaryk University, 4-5 november 2008, Acta Universitatis Brunensis Iuridica no 337, pp. 695 y ss.).

¹⁰⁸ Artículo 19.1, párrafo segundo, TUE.

¹⁰⁹ Cfr., entre la más reciente, *John v. Alemania*, Decisión sobre admisibilidad de 13 de febrero de 2007 (no. 15073/03), y *Herma v. Alemania*, Decisión sobre admisibilidad de 8 de diciembre de 2009 (no. 54193/07).

¹¹⁰ El Parlamento Europeo, en su mencionada Resolución de 19 de mayo de 2010, consideró suficiente exigir al demandante la solicitud ante el juez nacional de activación de la cuestión prejudicial, so riesgo, de lo contrario, de ver inadmitido su recurso ante el Tribunal de Estrasburgo por falta de agotamiento,

*Bosphorus*¹¹¹, en el contexto no sólo de la actividad de la Unión sometida al régimen general de control por el Tribunal de Justicia¹¹², sino también, y sobre todo, de aquella otra sometida a las singularidades que derivan de su entronque con la PESC...¹¹³

conforme impone el artículo 35 del Convenio, de las vías de recursos internas (cfr. apartado 10 de la Resolución). El Tribunal de Justicia, sin embargo, opinó en su Documento de reflexión (apartado 10) lo siguiente: “En lo que se refiere más concretamente al procedimiento de remisión prejudicial, previsto por el artículo 267 TFUE, es oportuno recordar en este contexto que su modo de funcionamiento, gracias a su naturaleza descentralizada, que implica que los tribunales nacionales son los jueces ordinarios de la Unión, ofrece resultados plenamente satisfactorios desde hace más medio siglo, y ello aun cuando la Unión tiene actualmente 27 Estados miembros. Sin embargo, no cabe dar por seguro que se produzca una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia en todos los casos en los que pudiera ponerse en cuestión la conformidad de una acción de la Unión con los derechos fundamentales. En efecto, si bien es cierto que los tribunales nacionales pueden –y algunos de ellos– deben presentar al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial para que se pronuncie sobre la interpretación y, en su caso, la validez de la acción de la Unión, la iniciación de ese procedimiento no corresponde a las partes. Además, *sería difícil considerar ese procedimiento como un medio de recurso cuyo ejercicio constituyera un requisito previo necesario antes de toda acción ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de la regla del agotamiento de los medios de recurso internos*” (la cursiva mía).

¹¹¹ *Asunto Bosphorus Hava Yollari Turizim v. Irlanda*, resuelto por STEDH de 20 de junio de 2005 (no. 45036/98). Entre los comentarios más recientes, cfr. A. Potteau, *À propos d'un pis-aller : la responsabilité des États membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme : remarques relatives à plusieurs décisions "post-Bosphorus" de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2009 (4), pp. 697 y ss.; T. Lock, *Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations Under the European Convention on Human*, SSRN Working Paper, 2010.

¹¹² Cfr. p.e. L. Besselink, *The EU and the European Convention of Human Rights after Lisbon: From 'Bosphorus' Sovereign Immunity to Full Scrutiny?*, SSRN Working Paper, 2008.

¹¹³ Singularidades que ni antes ni, parece, después de Lisboa, cubrirían las exigencias de la *doctrina Bosphorus* sobre la protección equivalente, al no existir un *sistema completo* de recursos y de procedimientos destinado a garantizar la legalidad de los actos de las Instituciones de la Unión: cfr. *asunto Bosphorus*, FJ 160, y *asuntos Gestoras Pro Amnistía v. Consejo (C 354/04 P)* y *Segi e a. v. Consejo (C-355/04 P)*, resueltos por sendas Sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2007, FJ 50.