

## RECENSIONES

---



RICARDO ALONSO GARCÍA y PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: *El sistema europeo de fuentes*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2022, 155 págs.

A medida que el proceso de integración europeo ha ido avanzando en el tiempo parece haberse ido diluyendo la claridad con la que se concibieron algunas de sus premisas más elementales. Hemos entrado en un escenario tan atípico que no extraña ya que el Tribunal Constitucional polaco, en su reciente sentencia de 7 de octubre de 2021 (K 3/21), se atreva a cuestionar nada menos que el principio de la primacía del derecho de la Unión, que es uno de los principios fundamentales de la UE según jurisprudencia consolidada del TJUE. Es, por lo tanto, oportuna y necesaria la reflexión que hacen dos especialistas de la talla de Ricardo Alonso García y de Paz Andrés Sáenz de Santa María sobre lo que este y otros riesgos entrañan para el futuro de la construcción europea.

La obra lleva el título «Sistema europeo de fuentes» y se inserta en la colección dirigida por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Recoge concretamente las intervenciones de ambos profesores en el Seminario que dicha Fundación organizó el 1 de diciembre de 2021, en el que el profesor Alonso García presentó una ponencia titulada «El sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas e imperfecciones». Como contraponente, la profesora Paz Andrés Sáenz de Santa María ofreció unas «Variaciones» sobre el mismo tema. El libro adopta el formato de ensayo, lo que explica la ausencia de notas a pie de página, así como de citas bibliográficas.

\*\*\*

En el primer epígrafe de su contribución, Alonso García se pregunta si tienen «el mismo valor jurídico» todas las normas del derecho originario. No parece ser así ya que, en su opinión, en determinados casos el TJUE puede «enjuiciar las reformas constitucionales (con valor, por tanto, de derecho originario) operadas por la vía formal no de un Tratado, sino de un *acto institucional de la Unión*», como pone de relieve el asunto *Pringle* (2012). Incide en la idea de que no todas las normas del derecho originario tienen «el mismo valor jurídico» su opinión respecto a los Protocolos, a los que califica como «normas a pie» respecto a los Tratados, lo que repercute en su diferente peso hermenéutico. Corrobora también esta misma idea la existencia, dentro de los mismos Tratados, de un «núcleo constitucional duro» formado por los valores de la UE, amén de que, dentro del propio derecho originario, no todas sus normas tienen el mismo alcance jurídico. Por último, también en este primer apartado, Alonso García llama la atención sobre las dificultades de aceptación del discurso del TJUE acerca de la primacía del Derecho de la Unión por

parte de Tribunales Constitucionales de determinados Estados miembros de la UE, con especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 7 de octubre de 2021 (K 3/21), un pronunciamiento que ha puesto en tela de juicio la interpretación por parte del TJUE del art. 19 del TUE (tutela judicial efectiva) en relación con el art. 2 del TUE (Estado de Derecho) por considerarla dicho Tribunal como una «intromisión en la organización y funcionamiento del poder judicial nacional». Alonso García subraya que esta decisión trasluce la antipatía de un Tribunal Constitucional «políticamente secuestrado», y cuya validez jurídica e independencia ha cuestionado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Xero Flor v. Polonia* (2021).

El segundo epígrafe se titula: «La compleja evolución conceptual y práctica de los Reglamentos y Directivas». Alonso García nos ofrece en este apartado de su trabajo un estudio pormenorizado de las «patologías» que sufre el Derecho derivado de la Unión Europea. Nos encontramos así con Reglamentos que habilitan a favor de los Estados miembros la adopción de medidas de implementación; o Directivas que son tan detalladas que convierten su transposición en un acto superfluo e irrelevante. Hay otros casos de «modificaciones parciales de Directivas efectuadas a través de Reglamentos», lo cual plantea problemas en relación con la determinación de la eficacia directa de la que puede gozar el «acto híbrido» y, especialmente, la problemática relacionada con su eficacia directa horizontal, de la que gozan los Reglamentos, pero no así las Directivas. Ello conduce a procesos legislativos internos farragosos que, en ocasiones, han acabado ante el Consejo de Estado, de la que es botón de muestra el Dictamen 249/2021, de 6 de mayo. También relata otros casos también Directivas implementadas en el nivel europeo a través de Reglamentos de ejecución, en los que tampoco se tiene certeza de su eficacia directa. Y, junto a ello, la cuestión de la eficacia de las Directivas en el período que media entre su entrada en vigor y la fecha límite de su transposición; la ejecución por etapas de una Directiva; o los efectos interpretativos de las Directivas.

El tercer epígrafe de su contribución versa sobre: «El rol de los principios generales del derecho en su vertiente de derechos fundamentales». Las dudas surgen aquí, en primer lugar, en relación con la lectura del apdo. 3 del art. 6 del TUE en su relación con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). El profesor Alonso García señala al respecto que dicho precepto «ha servido al TJUE para extender el radio de acción de determinados derechos, precisamente en su condición de principios generales, allí donde esos mismos derechos resultaban inaplicables sobre la base exclusiva de su previsión en la CDFUE». Desde luego, alguno de ellos, como ocurre con el derecho a una buena administración, parece tener una naturaleza doble porque, al margen de estar recogido en el estatuto de ciudadanía de Unión,

y, por lo tanto, en la CDFUE, ha sido reconocido además por el TJUE como principio general (asunto *Mukarubega*, 2014). En segundo lugar, el profesor Alonso García plantea la posible utilización de la CDFUE por un Estado miembro sobre la base de su derecho interno, bien como instrumento directamente aplicable, bien como herramienta puramente hermenéutica, fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, posibilidad esta última que ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional español sobre la base del art. 10. 2 de la Constitución española en relación con la interpretación de derechos fundamentales reconocidos por esta (STC 292/2000 y STC 172/2021). Una posibilidad que, no obstante, plantea el riesgo de utilizar la CDFUE en relación con derechos «que en ocasiones pueden estar necesitados de una iluminación que debería venir de su intérprete supremo, el TJUE», por lo que sugiere que la utilización de la CDFUE al margen del Derecho de la Unión se haga con extrema cautela. Por último se refiere a la aplicación de la CDFUE en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, de la que dan cuenta los asuntos *Melloni y Akerberg* (2013), lo que conlleva la necesidad de un correcto funcionamiento del mecanismo del reenvío prejudicial «a los efectos de que la CDFUE desplace los catálogos nacionales de derechos fundamentales (*supuesto Melloni*), o de permitir que sean éstos, en cambio, y en presencia de margen de apreciación, quienes desplacen a la CDFUE en caso de ofrecer una protección superior (*supuesto Akerberg*)».

En cuarto lugar, Alonso García analiza: «El alcance del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en el contexto del sistema de fuentes de la UE». El CEDH, señala, «ni es un instrumento directamente aplicable en la Unión, ni lo es en los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión», lo cual «no es óbice para que tal imposición venga de la mano del propio CEDH el cual debe ser acatado con carácter general, estén o no los Estados miembros aplicando el Derecho de la Unión». En el ámbito de la Unión, y de conformidad con el art. 6.3 TUE, el primer papel del CEDH es el de servir de «fuente de inspiración», junto con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, a la hora de configurar el TJUE, vía pretoriana, los principios generales del Derecho». Y parece que en este *rol* va a continuar aplicándose el CEDH, dado que «la Unión sigue sin cumplir, a día de hoy, el mandato del art. 6. 2, que impone su adhesión al CEDH». La aplicación del CEDH, en su *rol* interpretativo en relación con la CDFUE, es particularmente compleja debido a las dificultades que puede acarrear la utilización de determinados Protocolos al CEDH que, o no han sido ratificados por todos los Estados miembros de la UE, o que lo han sido con reservas. Cuestión distinta es la utilización, *ex art.* 52. 3 CDFUE, del CEDH como nivel o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales reconocidos por la CDFUE, al que se refiere el TJUE en el asunto *Al Chodor* (2017).

En quinto lugar, el profesor Alonso García aborda: «La inimpugnabilidad del *soft law*». Se analiza aquí el control judicial de determinados instrumentos de *soft law* que producen efectos jurídicos, y no meramente políticos, pero no vinculantes u obligatorios. Se trata de un control que queda excluido en el marco del art. 263 TFUE, que regula el recurso de anulación, pero que es posible en el marco de la vía indirecta de la cuestión prejudicial de validez, lo que ha sido puesto de manifiesto por el TJUE en el asunto *BT* (2021) y en el asunto *FBF* (2021) en relación con determinados actos (una Recomendación y unas Directrices, respectivamente) adoptados por la Autoridad Bancaria Europea. Sin embargo, Alonso García considera que: «La exclusión del *soft law* del control directo adquiere tintes de deficiencia sistémica si se repara en la proliferación de Agencias y Autoridades Europeas que hoy brillan con luz propia en el modelo europeo de gobernanza», por lo que defiende una interpretación extensiva, por parte del TJUE, del art. 263 TFUE «tendente a favorecer el control de toda actividad que lleve aparejada efectos jurídicos», una «apertura del control judicial, incluido el directo, a todo lo que tenga que ver con *law*, al margen de su naturaleza *hard* o *soft*».

El sexto apartado de su trabajo se dedica a la: «Inaplicación, invalidez, anulación de normas europeas». Aboga el profesor Alonso García, en primer lugar, por diluir la frontera que existe entre nulidad e invalidez pues, como ha señalado el Abogado General Bobek en el asunto *FBF* (2021), ambos procedimientos, aunque presentan ligeras diferencias formales, «comparten los mismos efectos jurídicos *erga omnes* y, en general, *ex tunc*; el acto de la Unión controvertido debe considerarse nulo y no se ha de seguir aplicando». También critica los efectos jurídicos de la excepción de ilegalidad, en relación con los actos recurridos, ya que en este caso no se produce la anulación de la decisión general sino solo de la individual que de ella se deriva, creando «un estado de incertidumbre de la mano de normas contrarias a Derecho que, pese a tal constatación por el TJUE, permanecen en el ordenamiento en espera de su depuración por el poder legislativo».

Por último, el profesor Alonso García trata acerca de «la ambigua frontera entre los actos delegados y los actos de ejecución», una dicotomía que «reviste importancia constitucional», lo cual exigiría una mayor precisión para «en el nivel del ejercicio de la delegación *ex art. 290/habilitación ex art. 291*, e incluso, en aquél, del ejercicio de la delegación para completar/modificar».

\*\*\*

La profesora Andrés Sáenz de Santa María ofrece, como decimos, unas «variaciones» sobre el mismo tema, que ella califica como «atípicas» porque no hay total coincidencia con las cuestiones que han sido abordadas por el profesor Alonso García, ni siquiera con la propia denominación que lleva

el opúsculo («El sistema europeo de fuentes»), por considerar la Profesora Andrés más acertada la expresión «sistema de normas y actos jurídicos de la UE». Su intervención, y posterior capítulo de este libro, se divide en cinco apartados.

El primero se titula: «Cuestiones en torno al Derecho originario». Se incluyen aquí reflexiones en torno al control por parte del TJUE de la validez del derecho originario. La profesora Andrés Sáenz de Santa María precisa que, en el caso *Pringle* (2012) «el objeto de control es el acto de la Institución» (adoptado en el marco del procedimiento simplificado de revisión de las disposiciones de la tercera parte del TFUE), y «no el derecho originario», es decir, al TJUE «le corresponde comprobar, por un lado, si se han cumplido las reglas de procedimiento allí establecidas y, por otro, si las modificaciones decididas solo afectan a la tercera parte del TFUE». En segundo lugar, en este apartado de su publicación, analiza la sentencia del TJUE (Gran Sala) en el asunto *ND y SD* (2021). Concretamente, en este caso se dilucidaba cómo compaginar el Protocolo 21 sobre la posición de Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia con las disposiciones del Acuerdo de Retirada y del Acuerdo de Comercio y Cooperación. Al respecto, la Profesora Andrés considera que: «Estamos ante un nuevo supuesto de subordinación de un Protocolo, en este caso no a los Tratados, sino a los instrumentos mediante los que se ha articulado la retirada del Reino Unido y sus relaciones futuras con la Unión Europea, que confirma la interpretación estricta de los Protocolos que reconocen excepciones para con algún Estado miembro». En tercer lugar, se aborda en este apartado la superioridad de los valores de la UE enunciados en el art. 2 TUE, particularmente el valor Estado de Derecho, en el marco de lo que ya se conoce como la «saga polaca». Se trata de una jurisprudencia cuyo último capítulo lo constituye la sentencia del TJUE en relación con el Reglamento sobre la condicionalidad financiera vinculada al Estado de Derecho (*Hungría/Parlamento y Consejo, Polonia/Parlamento Europeo y Consejo*, 2022), en la cual el Tribunal ha declarado que los valores del art. 2 del TUE «definen la identidad misma de la Unión en tanto que ordenamiento jurídico común». No obstante, la profesora Andrés Sáenz de Santa María considera que el papel que, a este respecto, ha asumido el TJUE es excesivo, por lo que afirma que: «depositar sobre el Tribunal la carga de resolver en primera línea un problema de estas características no solo no es adecuado, sino que incluso puede ser perjudicial»; a lo que añade que «la judicialización no puede ser la solución de un conflicto que tiene un alto componente político».

En segundo lugar, y al igual que el profesor Alonso García, aborda: «La enredada relación entre Reglamentos y Directivas». Se incluyen aquí los casos de Reglamentos que, a pesar de su aplicabilidad directa pueden necesitar desarrollo o adaptación en aras a una mayor seguridad jurídica, como lo ha

precisado el Consejo de Estado en varios dictámenes (757/2017, 268/2021 y 901/2021); y de Directivas tan detalladas que se aproximan a Reglamentos. También repara en los Reglamentos que modifican parcialmente Directivas, quebrando la regla del paralelismo de formas, y planteando problemas en relación a la determinación de la eficacia directa de sus disposiciones. Para la profesora Andrés Sáenz de Santa María, esta práctica «introduce complicaciones en el sistema de fuentes y genera inseguridad jurídica».

Especial interés tiene el apartado en el que estudia: «La presencia del derecho internacional en el sistema de fuentes», una cuestión que no es tratada por el profesor Alonso García. En él se analiza, en primer lugar, el valor del derecho internacional general en el Derecho de la Unión Europea. Se trata de una problemática que ha acabado teniendo resonancia en la jurisprudencia del TJUE, que ha utilizado, en tanto que normas consuetudinarias, tanto las normas del Convenio de Viena sobre derecho de los Tratados celebrados entre Estados, como del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Comisión Europea c. Hungría*, 2020). También subraya cómo el TJUE ha invocado en su jurisprudencia principios consuetudinarios como el de la libre determinación de los pueblos (en la particular saga de sentencias relativas al *Sáhara Occidental*), la buena fe (*Intertanko* y otros, 2018), la soberanía sobre el espacio aéreo y libertad de sobrevuelo en alta mar (*Air Transport Association of America* y otros, 2011), y otros sobre el derecho del mar (*Poulsen Diva Navigation*, 1992). Por otra parte, se analiza el asunto de la controversia fronteriza terrestre y marítima entre *Eslovenia y Croacia* (2020), que había sido objeto de un laudo arbitral favorable a Eslovenia adoptado sobre la base de un Acuerdo de arbitraje celebrado entre ambos Estados, y en la que el TJUE se ha declarado incompetente por considerar que no puede pronunciarse acerca de un acuerdo internacional bilateral de arbitraje «del que la Unión Europea no es parte y cuyo objeto no forma parte del ámbito de competencias de la Unión».

En cuarto lugar, la profesora Paz Andrés Sáenz de Santa María aborda: «La inimpugnabilidad de las decisiones de los representantes de los Estados miembros». Este apartado, que tampoco se incluye entre las cuestiones tratadas por el Profesor Alonso García, es de enorme interés pues se inscriben aquí decisiones del TJUE muy relevantes. Así, en primer lugar, la *Declaración UE-Turquía* de 18 de marzo de 2016, a propósito de la crisis migratoria, que el Tribunal General ha atribuido a los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros y, por lo tanto, no al Consejo Europeo o a otra Institución de la UE, desembarazándose así de un caso espinoso (asuntos *NF/Consejo Europeo* y *NG/Consejo Europeo*, 2020). O, en segundo lugar, el curioso caso de la Abogada general *Sharpston* (2020), de Reino Unido, a la que se desposeyó



de su puesto en la fecha de retirada de Reino Unido de la UE, y que inició una batería de recursos de anulación que acabó perdiendo por considerar el TJUE que no podía ejercer un control de legalidad en relación con la Declaración adoptada al respecto por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros sobre las consecuencias de la retirada de Reino Unido de la UE. Se trata de un asunto en el que, para la profesora Andrés Sáenz de Santa María, «las prisas por resolver el problema político generado por el *Brexit* parecen haber primado sobre lo jurídico». En tercer lugar figura la problemática relativa a las decisiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en torno a la sede de determinadas Agencias europeas, como la *Agencia Europea de Medicamentos* (EMA) o la *Autoridad Laboral Europea* (ELA), que ha sido llevada al TJUE, estando aún está pendiente de resolución, pero en donde ya hay unas sustanciosas Conclusiones del Abogado General, Sr. Bobeck, que ha considerado que tales decisiones han sido adoptadas fuera del marco de los Tratados, por lo que el TJUE no tiene competencia para controlar su legalidad. Y, por último, el asunto relativo a la *Organización Marítima Internacional* (2022), en el que se planteó a quién corresponde actuar en interés de la Unión en dicha organización internacional de la que no forma parte la UE, por lo que el TJUE consideró que «los Estados miembros son libres para decidir en cada caso concreto las modalidades de su propia representación exterior».

Por último, y como quinto epígrafe, figura: «El papel del TJUE ante las sombras, lagunas e imperfecciones del sistema de fuentes de la Unión Europea». Aquí se incluyen diversos asuntos en los que el Tribunal «se esfuerza por integrar actos atípicos o descifrar la naturaleza de otros actos sobre los que los Tratados no se pronuncian con claridad».

En definitiva, estamos ante una obra de un altísimo nivel que, presentando dos visiones sobre un mismo tema —visiones que son, por otra parte, complementarias, pues han sido efectuadas desde el derecho administrativo y el derecho internacional público, respectivamente—, son ejemplo de excelencia universitaria y de rigor académico.

*Carmen López-Jurado Romero de la Cruz*  
Universidad de Granada