

ACTIVIDAD JUDICIAL *v.* INACTIVIDAD NORMATIVA (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros) (*)

Por

RICARDO ALONSO GARCÍA
Catedrático de la Universidad Complutense

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL TJCE FRENTE A LA INACTIVIDAD NORMATIVA DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS: 1. *El recurso por omisión*: 1.1. *Self-restraint* judicial frente al margen de apreciación. 1.2. Absorción de las potestades regladas por las potestades discrecionales y simetría del control sobre las acciones y sobre las omisiones. 2. *El cuestionamiento de la actividad normativa como vía indirecta de control sobre la inactividad normativa*: 2.1. El cuestionamiento en términos de validez. 2.2. El cuestionamiento en términos de interpretación. 3. *La modulación de los vacíos normativos provocados por anulaciones judiciales*. 4. *Los particulares como impulsores de la actividad normativa comunitaria*: 4.1. La restricción de la legitimación de los particulares para combatir frontalmente la inactividad normativa comunitaria. 4.2. El decisivo papel de los particulares en la construcción y evolución del Derecho Comunitario. 5. *Insuficiencias normativas y principios generales del Derecho*.—III. EL TJCE FRENTE A LA INACTIVIDAD NORMATIVA DE LOS ESTADOS MIEMBROS: 6. *Complementariedad terapéutica frente a la inercia de los poderes normativos internos*. 7. *Eficacia aplicativa y seguridad jurídica*: 7.1. Eficacia directa. 7.2. Eficacia indirecta. 7.3. Seguridad jurídica. 8. *La responsabilidad frente a los particulares por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del Derecho Comunitario*. 9. *Las declaraciones de incumplimiento y la imposición, en su caso, de sanciones pecuniarias*. 10. *Los principios generales como Derecho Comunitario y como ius publicum commune*.

I

El Tribunal de Justicia, según el artículo 220 TCE (*ex art.* 164), «garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado».

Entre las funciones comprendidas en esta labor que el Tratado le encomienda, está la de controlar el déficit normativo imputable ya a las Instituciones comunitarias, ya a las autoridades de los Estados miembros, máxime cuando tal déficit incide negativamente en aspectos de la vida jurídica del ciudadano dignos de protección según el propio ordenamiento jurídico comunitario.

(*) El presente estudio tiene su origen en una conferencia pronunciada en el Congreso de Integración Europea que, dedicado a los *Problemas de legitimación en la Unión Europea*, fue organizado por la Universidad Carlos III de Madrid (bajo la dirección de T. DE LA QUADRA y la coordinación de A. ESTELLA) los días 28 y 29 de mayo de 1998.

A tales efectos, la actividad del Tribunal parece que puede dirigirse, en principio, hacia tres direcciones: en primer lugar, hacia la constatación de un incumplimiento de la obligación de legislar por parte de las Instituciones comunitarias (1) y de los Estados miembros (2); en segundo lugar, hacia la efectiva aplicación del Derecho Comunitario pese a ausencias de ejecución o ejecuciones incompletas a través de la generalmente denominada eficacia directa, completada en su caso con la responsabilidad de los poderes públicos por los daños y perjuicios que su inactividad pueda provocar a los particulares (sin perjuicio de que ni la una ni la otra eximan a los poderes normativos de su obligada intervención); finalmente, hacia la satisfacción de las insuficiencias o silencios del Derecho positivo comunitario por la vía de la configuración pretoriana de principios generales del Derecho.

II

1. El artículo 232 TCE (*ex art. 175*) establece en su primer párrafo: «En caso de que, en violación del presente Tratado, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás Instituciones de la Comunidad podrán recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación.» Y añade en el tercer párrafo: «Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja ante el Tribunal de Justicia... por no haberle dirigido una de las Instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen.»

En principio, el recurso por omisión está redactado de una manera lo suficientemente amplia como para abarcar las omisiones de carácter normativo.

1.1. En efecto, el primer párrafo recién transcrito del artículo 232 TCE vincula la naturaleza de la omisión a *una violación del presente Tratado* que, en palabras del Tribunal en el asunto *Parlamento v. Consejo, 22 mayo 1985 (13/83)* (3), consiste en «abstenerse de pro-

(1) Por la vía directa del recurso por omisión (art. 232 TCE, *ex 175*), o por las indirectas, como veremos, del recurso de anulación (art. 230 TCE, *ex 173*) y de la cuestión prejudicial de validez (art. 234 TCE, *ex 177*) en el caso de omisiones de carácter parcial; también por la vía de la pura interpretación, como asimismo veremos, puede el Tribunal advertir —y en su caso suplir— insuficiencias en la labor normativa de las Instituciones comunitarias.

(2) Por la vía del recurso por incumplimiento (arts. 226 y 227 TCE, *ex 169 y 179*), reforzada en su caso por la vía sancionadora (art. 228 TCE, *ex 171*).

(3) Rec. 1513.

nunciarse en una situación en que la institución estaba obligada a hacerlo».

La aparente claridad de tal afirmación, sin embargo, se oscurece cuando se pasa al análisis concreto del mencionado asunto, en el que el Tribunal, aun asumiendo la naturaleza imperativa del período previsto en el Tratado para proceder al establecimiento de una política común de transportes, rechazó el recurso por omisión, probablemente en consideración a la posible inoperatividad de su pronunciamiento, al no poder fijar en él los parámetros a los que quedaría sometido el Consejo —dada su discrecionalidad al respecto— a la hora de establecer la mencionada política (4).

(4) El Parlamento, apoyado por la Comisión en calidad de interviniente, recurría contra la omisión del Consejo por no haber establecido el marco jurídico de una política común de transportes una vez finalizado, en 1969, el segundo período transitorio (artículo 75 TCEE, hoy modificado por el Tratado de Amsterdam).

Partiendo del reconocimiento de que «el Tratado deja al Consejo una amplia discrecionalidad con relación a la sustancia de la política común de transportes», el Parlamento —y, en la misma línea, la Comisión— sostuvo que, no obstante, tal discrecionalidad resultaba restringida en dos aspectos: en primer lugar, no permitía al Consejo permanecer inactivo más allá de la expiración del período establecido por el Tratado, en particular por el artículo 75.2; en segundo lugar, el Consejo estaba obligado a fijar un marco común consistente en un conjunto coherente de principios capaz de abarcar todos los complejos factores económicos inherentes al sector de transportes.

Pues bien, tras (1) admitir que, efectivamente, faltaba ese marco coherente de principios a partir del cual ejecutar la política de transportes, (2) rechazar las alegaciones del Consejo sobre las dificultades existentes al respecto, y (3) reconocer la precisión del límite temporal establecido en el artículo 75.2 del Tratado, el Tribunal consideró, sin embargo, que la amplia discrecionalidad de la que gozaba el Consejo a la hora de concretar el contenido de la política común de transportes impedía accionar el mecanismo del artículo 175 (FJ 50).

Y, en el colmo del desatino, achacó al Parlamento, inmediatamente a continuación (FJ 52), no haber incorporado en su escrito de requerimiento y, posteriormente, en el de demanda, «las medidas que el Consejo debía adoptar sobre la base del Tratado y la secuencia en que debían ser adoptadas», limitándose a señalar que tales medidas «deberían conformar un sistema coherente, aplicarse en todos los Estados miembros y cumplir los objetivos del Tratado en relación con el transporte».

Comenzando por estas últimas afirmaciones, contradicen no ya, como se advirtió en su momento —así, B. Maury, *La politique commune des transports, un nouveau Janus juridique?*, Cahiers de Droit Européen, 1986 (1), p. 79—, la realizada en el FJ 24, donde rechazó la objeción de inadmisibilidad del Consejo sobre la imprecisión del escrito del Parlamento, sino incluso su propia argumentación contenida en el FJ 50 acerca de la discrecionalidad de la que gozaba el Consejo en cuanto a la sustancia de la política común de transportes, reconocida por el propio Parlamento. En efecto, si éste había admitido la discrecionalidad material del Consejo, corroborada por el Tribunal, ¿a qué viene que el propio Tribunal le recrimine no haber precisado las medidas que debían adoptarse, si el punto de arranque es precisamente que no podía precisarlas al entrar en el ámbito discrecional del Consejo?

No es esta incoherencia manifiesta, sin embargo, el punto, a mi parecer, más criticable de la decisión del Tribunal, sino la que resulta de considerar globalmente discrecional la política común de transportes, aun habiendo reconocido la existencia de una obligación claramente reglada, a saber, que al finalizar el segundo período transitorio, el Consejo tenía que haber establecido un conjunto coherente de principios a partir de los cuales poder ejecutar una política común de transportes.

De ahí que la pretensión del Parlamento fuera plenamente acorde con el objeto del ar-

1.2. Tal rechazo debe entenderse enmarcado en el clima general que se respira en Luxemburgo, reacio hacia el control del comportamiento activo —con visos de extensión hacia el comportamiento omisivo— de las Instituciones comunitarias en presencia de amplio margen de apreciación en la concreción de las opciones abiertas por el Derecho Comunitario —tanto originario como derivado (5)—.

Esta doctrina general plantea, por de pronto, dos interrogantes.

En primer lugar, cabría preguntarse si el Tribunal de Justicia pondera en sus debidos términos en el contexto de cada caso concreto la, en su caso, presencia, y su correspondiente peso, de elementos reglados en el marco de las potestades discrecionales de las Instituciones comunitarias; o si, por el contrario, más allá de las meras declaraciones de principio, tiende a evitar los análisis minuciosos al

título 175 (ahora 232): declaración de la omisión del Consejo por haber incumplido el mencionado plazo, y obligación de ponerse de inmediato a trabajar en el establecimiento de una política común de transportes, gozando de amplia discrecionalidad *en cuanto a la definición de su contenido*.

Probablemente, como se ha señalado, el Tribunal tuvo en mente la posible inoperatividad de su pronunciamiento, al no poder fijar en él los parámetros a los que quedaría sometido el Consejo —dada su discrecionalidad al respecto— a la hora de establecer la política común de transportes (en el FJ 37 el Tribunal ya había adelantado que el recurso del Parlamento «sólo podría sostenerse en la medida en que la ausencia de una política común de transportes que se le imputa al Consejo sea debida a la omisión de adoptar medidas cuyo objetivo pueda ser *suficientemente definido como para ser individualmente identificadas y adoptadas en ejecución de una sentencia del Tribunal de acuerdo con el artículo 176*»).

No tiene ningún reparo el Tribunal, sin embargo, en declarar un incumplimiento estatal (incumplimiento que fue traído precisamente a colación por el Abogado General LENZ al rechazar las causas eximentes alegadas por el Consejo, destacando que no se podrían aplicar «dos balanzas y dos medidas a los Estados miembros y a la Comunidad»), consistente, por ejemplo, en la inejecución de una directiva dentro de plazo, con absoluta independencia del contenido de ésta, por hipótesis insusceptible de eficacia directa o de generar su inejecución perjuicio indemnizable a los particulares y ausente así, en principio, cualquier operatividad del pronunciamiento para los jueces nacionales en el marco de litigios internos.

(5) A pesar de que, en el asunto *Política Común de Transportes*, el Tribunal sostuvo que, cuando el Tratado fija los resultados a alcanzar, cabe el recurso por omisión si la Institución en cuestión, aun gozando de un cierto poder de apreciación para definir los medios para alcanzar dichos resultados, se abstiene de adoptar las medidas necesarias al respecto.

De hecho, el Tribunal si que estimó el recurso interpuesto por el Parlamento en lo referente a la omisión del Consejo a la hora de asegurar la libre prestación de servicios en el ámbito del transporte internacional y de sentar las condiciones en las que transportistas no residentes podrían prestar servicios de transportes en un Estado miembro. Considerando que la discrecionalidad del Consejo en cuanto al marco general de la política común de transportes no se extendía por igual a cada una de sus áreas, el Tribunal sostuvo en concreto, con relación a la libre prestación de servicios, que el Tratado, aun otorgando al Consejo cierta discrecionalidad en cuanto a la elección de medios —sobre la base de las características especiales del transporte—, le imponía un resultado a alcanzar, determinado por el efecto combinado de los artículos 59 y 60, por un lado (que incluía, como señalaba la Comisión, la remoción de cualquier discriminación contra un prestador de servicios basada en su nacionalidad o en el hecho de estar establecido en un Estado miembro distinto al de la prestación del servicio), y el artículo 75, por otro.

respecto, asumida *a priori* y con carácter general la discrecionalidad o margen de apreciación de las Instituciones comunitarias en términos cuasi absolutos (esto es, asumida *a priori* y con carácter general la *amplitud* de la discrecionalidad o margen de apreciación).

En segundo lugar, cabría también preguntarse si una armonía a la hora de abordar simétricamente el margen de apreciación en el marco tanto de acciones como de omisiones, sería en sí misma coherente con la posición que el Tribunal viene asumiendo, prácticamente desde los comienzos de su funcionamiento, en el contexto inter-institucional comunitario.

Analizar con profundidad la primera cuestión excedería las pretensiones del presente trabajo, habida cuenta que exigiría entrar en el análisis global del control jurisdiccional de Luxemburgo, apartándonos de nuestro objetivo de reflexionar no tanto sobre su actitud frente a los «excesos» en la regulación como frente a la falta o escasez de la normativa comunitaria.

No obstante, sí que se puede aquí apuntar la tendencia del Tribunal de Justicia a considerar de naturaleza «legislativa» toda la actividad normativa de las Instituciones comunitarias con independencia de su origen y contenido, lo que tiene sus consecuencias en la intensidad del control jurisdiccional al respecto, tradicionalmente mucho más flexible hacia la actividad legislativa que hacia la ejecutiva, asumido el mayor margen de maniobra que, generalmente, existe en la concreción de principios constitucionales respecto de la concreción de principios legales —y ello, por lo demás, en el marco de una actitud general reacia a ejercitar un control a conciencia sobre las apreciaciones económicas (6) (que no son pocas habida cuenta del peso de lo económico en la integración europea) que subyacen a la actividad de las Instituciones comunitarias (7)—.

(6) Actitud reacia —y discutible— que, por lo demás, no es ajena a la jurisdicción contencioso-administrativa española o francesa: cfr. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 61 y ss.

(7) El artículo 33 TCECA, que regula la competencia del Tribunal para conocer de los recursos de nulidad interpuestos contra la actividad de la Comisión, matiza que «el examen del Tribunal de Justicia no podrá referirse a la apreciación de la situación resultante de hechos o circunstancias económicas en consideración a la cual se hubieren tomado tales decisiones o formulado tales recomendaciones, excepto cuando se acuse a la Comisión de haber incurrido en desviación de poder o de haber ignorado manifiestamente las disposiciones del Tratado o cualquier norma jurídica relativa a su ejecución». Pues bien, aunque el TCE no contiene ninguna matización similar, el Tribunal, como advierte LASOK (*The European Court of Justice. Practice and Procedure*, Ed. Butterworths, Londres-Dublín-Edimburgo, 1994, pág. 357), parece haberla generalizado: cfr. asunto *Ludwigshafener Walzmühle v. Consejo y Comisión*, 17 diciembre 1981 (197-200, 243, 245 y 247/80), Rec. 3211 (por lo que se refiere a nuestro Tribunal Constitucional, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha calificado de «manipulación conceptual» su doctrina tendente a vincular la noción de arbitrariedad a una naturaleza «manifiesta», naturaleza que no luce en el texto del artículo 9.3 *in fine* de la Constitución, que se limita a garantizar «la interdicción de la arbitrariedad

Ejemplos de lo dicho no faltan: abarcan desde el tratamiento uniforme de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, esto es, con independencia del contexto legislativo o puramente ejecutivo de su actividad (8), hasta la aproximación igualmente uniforme del Tribunal a la cuestión de la legitimación activa de los particulares para impugnar disposiciones generales comunitarias, con independencia también de su origen y contenido —legislativo o ejecutivo (9)—.

A ello ayuda, desde luego, el confuso sistema comunitario de fuentes del Derecho (10), el *sui generis* reparto interinstitucional de poderes en la Comunidad (11), e incluso la complejidad de su propia

de los poderes públicos»: *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 89).

Así, en presencia de evaluaciones por las Instituciones comunitarias de complejas circunstancias económicas (o sociales: cfr. asunto *Reino Unido v. Consejo*, 12 noviembre 1996, 84/94, Rec. I-5755; y ya procedan las evaluaciones del Consejo —como en el asunto recién citado— o de la Comisión —como en el asunto *Balkan - Import Export*, 22 enero 1976, 55/75, Rec. 19—), el Tribunal asume que su control debe limitarse a examinar si la actividad comunitaria «adolece de un error manifiesto o de desviación de poder, o si ha habido una extralimitación patente en la facultad de apreciación» (asunto *Balkan - Import Export*). Sobre este amplio margen de maniobra que el Tribunal de Justicia reconoce a las Instituciones en el terreno económico y el correlativo *self-restraint* en el control jurisdiccional, vid. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Ed. Kluwer Law International, Londres-La Haya-Boston, 1996, págs. 176 y ss., e I. CANOR, *The Limits of Judicial Discretion in the European Court of Justice*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1998, págs. 243 y ss.

(8) Asunto *Sofrimport v. Comisión*, 26 junio 1990, 152/88, Rec. 2477.

(9) Asunto *Parlamento v. Consejo*, 27 septiembre 1988, 302/87, Rec. 5615.

(10) Confusión que comienza por la genérica denominación de «actos» para abarcar tanto los actos *stricto sensu* como las disposiciones de carácter general, a lo que debe añadirse el hecho de que los actos enunciados en el artículo 249 TCE (ex 189) no tienen carácter exhaustivo. Tampoco diferencia el Tratado entre la naturaleza legislativa o ejecutiva de las disposiciones comunitarias. Sobre la necesidad de aclarar el sistema comunitario de fuentes, puede verse T. KOOPMANS, «Regulations, Directives, Measures», en *Festschrift für U. Everling - Band 1* (DUF, LÜTTER y SCHWARZE, Hrg.), Ed. Nomos, Baden-Baden, 1995, págs. 691 y ss.

Con ocasión del Tratado de Maastricht, se adoptó una Declaración en la que se invitaba a la Conferencia Intergubernamental de 1996 a estudiar «la medida en que sería posible revisar la calificación de los actos comunitarios con vistas a establecer una adecuada jerarquía entre las distintas categorías de normas», invitación que sería desatendida, guardando el Tratado de Amsterdam silencio al respecto. Sobre la cuestión, pueden verse R. BIEBER e I. SALOMÉ, *Hierarchy of Norms in European Law*, «Common Market Law Review», 1996 (5), págs. 907 y ss.; H. GAUDIN, *Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», 1999 (1), págs. 1 y ss.; P. Y. MONJAL, *La Conférence Intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», 1996 (4), págs. 681 y ss.; A. TIZZANO, «The Instruments of Community Law and the Hierarchy of Norms» (vid. también, justo a continuación, el comentario al respecto de LAUWAARS), en *Reforming the Treaty of the European Union. The Legal Debate* (WINER, CURTIN, KELLERMANN y DE WITTE, eds.), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1996, págs. 207 y ss.

(11) En el que tanto el Consejo como la Comisión y el Parlamento participan en la elaboración de las normas comunitarias a través de distintos procedimientos, con diferente peso de cada Institución según el procedimiento en cuestión. Así, el Consejo decide en unos casos por mayoría simple, en otros por mayoría cualificada y en otros por unanimidad. Los poderes del Parlamento, por su parte, varían según deba seguirse el procedimiento de dictamen consultivo o el de dictamen conforme, o el procedimiento de cooperación

naturaleza (12), intensificada en Maastricht al quedar la Comunidad enmarcada en la Unión Europea (13).

Dejando a un lado estas consideraciones, es un hecho en todo caso constatable la mencionada tendencia hacia un tratamiento igualitario de la actividad normativa comunitaria, rodeándola, abstracción hecha de su origen y contenido, de un trasfondo conceptual «legislativo», al que acompaña una gran dosis de *self-restraint* en su control por parte del Tribunal, que no parece que haya sido especialmente intenso ni en cuanto a la forma ni en cuanto al fondo, en particular hasta la entrada en vigor del Acta Unica Europea, momento a partir del cual se va a endurecer su posición en materia de procedimiento.

Entre los motivos que subyacieron tras esta actitud del Tribunal, quizás podría mencionarse su encaje en una política judicial favorable, *in genere*, al impulso de un proceso integrador ralentizado como

o el de codecisión. Finalmente, la Comisión, aun teniendo atribuido el monopolio de iniciativa, rodea sus propuestas de un tono más o menos ambicioso en función del marco negociador en el que se vayan a desenvolver, esto es, en función del *modus operandi* que en cada caso vaya a presidir las intervenciones del Consejo y del Parlamento; a ello debe añadirse que los distintos procedimientos decisorios hacen también variar las facultades de modificación y retirada de sus propuestas. Puede verse al respecto la reciente obra colectiva, dirigida por P. CRAIG y C. HARLOW, *Lawmaking in the European Union*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998.

También en el escalón de la ejecución normativa de la legislación comunitaria por las propias Instituciones comunitarias se reproduce en cierta medida, y aun se complica más, el juego interinstitucional, con la Comisión en un papel de ejecutora natural, sin llegar a descartar la intervención del Consejo directa o indirectamente, en este último caso en el contexto de la denominada *Comitología* (regulada en la Decisión 1999/468/CE del Consejo, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión), en el que, muy suavemente, el Parlamento está asimismo presente. Puede verse al respecto la también reciente obra colectiva, dirigida por C. JOERGES y E. VOS, *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Ed. Hart Publishing, Oxford-Portland, 1999.

(12) Más allá de la negación de su naturaleza, en un extremo, de (super)Estado y, en el otro, de organización internacional de corte clásico. Pueden verse al respecto, entre los más recientes, los estudios de P. CRAIG, «The Nature of the Community: Integration, Democracy and Legitimacy», en *The Evolution of EU Law* (dir. CRAIG y DE BÚRCA), Oxford University Press, Oxford, 1999, págs. 1 y ss., y de I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited*, «Common Market Law Review», 1999 (4), págs. 703 y ss., así como la recopilación, puesta al día, de los trabajos sobre la naturaleza de la integración europea de J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe («Do the new clothes have an emperor?» and other essays on European integration)*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

(13) Unión que, a su vez, ha ganado en complejidad tras la reforma de Amsterdam. Pueden verse al respecto, entre los más recientes, los estudios a cargo de D. CURTIN e I. DEKKER, «The EU as a “Layered” International Organization: Institutional Unity in Disguise», en la obra recién citada dirigida por CRAIG y DE BÚRCA, págs. 83 y ss., y de A. VON BOGDANDY, *The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System*, «Common Market Law Review», 1999 (5), págs. 887 y ss. Bien expresivo resulta al respecto el título mismo del trabajo de B. DE WITTE, «The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?», en *The European Union after Amsterdam: A Legal Analysis* (HECKELS, BLOKKER y BRUS, eds.), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, págs. 58 y ss.

consecuencia, fundamentalmente (14), de un procedimiento normativo presidido *de facto* por la unanimidad de los Estados miembros en el seno del Consejo como consecuencia del Compromiso de Luxemburgo (1966) (15).

Ahora bien, en este marco judicial globalmente favorable a la actividad normativa de la Comunidad con el fin de reaccionar frente al *impasse* integrador, parece que, circunscribiéndonos al concreto terreno de las omisiones de las Instituciones comunitarias, el Tribunal debería haber mostrado una actitud alejada de la flexibilidad presente en el control de las acciones positivas. Con otras palabras, una política judicial favorable al impulso integrador parece que debería haberse plasmado en flexibilidad en el control de las acciones y rigor en el de las omisiones, rompiéndose así la armonía entre ambos tipos de control.

Cierto es que, hasta el Acta Única Europea, carecemos —fuera del mencionado asunto *Política Común de Transportes*— de decisiones significativas sobre la inactividad normativa (16); pero no lo es menos que los ejemplos existentes en el marco de omisiones de actos de aplicación marcan una tendencia del Tribunal hacia el rigor, pero no en el control de fondo de la inactividad de las Instituciones, sino en el de las exigencias para el éxito de la acción (tendencia que, desde la otra cara de la moneda, implicaría precisamente flexibilidad frente a la inactividad comunitaria) (17).

Dicha ausencia de pronunciamientos en el contexto de la inactividad normativa se debió probablemente al desinterés de los sujetos legitimados para accionar el control del Tribunal. En efecto, excluida la legitimación de los particulares —cuestión sobre la que volveré

(14) No deben olvidarse otros factores que incidieron también de manera importante en la ralentización del proceso decisorio, caso, como recuerdan F. HAYES-RENSHAW y H. WALLACE, de la crisis económica de los setenta —lo que motivó que los términos de las discusiones en el seno del Consejo fueran volubles, optando los representantes gubernamentales, por lo general, por respuestas nacionales— y de la alteración de la visión y del comportamiento frente a las políticas comunitarias derivada de la primera ampliación (1973) de la Comunidad, especialmente significativa por lo que respecta a la incorporación del Reino Unido (*The Council of Ministers*, Ed. Macmillan Press, Hampshire, 1997, pág. 257).

(15) Vid., por ejemplo, R. DEHOUSSE, *La Cour de Justice des Communautés Européennes*, Ed. Montchrestien, París, 1994, págs. 70 y ss.

(16) Cfr. Conclusiones del Abogado General DARMON en el asunto sobrecitado *The Liberal Democrats v. Parlamento*, 10 junio 1993, 41/92, Rec. I-3153.

(17) Caso, por ejemplo, de la doctrina restrictiva del Tribunal en torno a la legitimación de los particulares, exigiendo al recurrente la condición de ser el *destinatario* potencial del acto omitido (asunto *Lord Bethell v. Comisión*, 10 junio 1982, 246/81, Rec. 2277), cuando en el marco del recurso de anulación, de por sí también restrictivo en cuanto al *locus standi*, cabría la impugnación de actos dirigidos a terceros, condicionada a la afectación directa e individual del recurrente (hasta que en el asunto —sobre el que volveremos— *T. Port*, 26 noviembre 1996, 68/95, Rec. I-6065, el Tribunal se decidió a admitir, también en el marco de las omisiones, la mencionada posibilidad de recurrir la no adopción de actos dirigidos a terceros que afectare directa e individualmente al recurrente).

mos— (18), escasa conveniencia debía existir en unos Estados miembros autosometidos a la regla de la unanimidad, en una Comisión concedora de sus límites en cuanto motor impulsor del proceso normativo habida cuenta del freno en manos de todos y cada uno de los miembros del Consejo, y en un Parlamento por entonces desnudo de poderes en el procedimiento decisorio.

En este contexto, se ha sostenido (19) que el Tribunal de Justicia, lejos de permanecer al margen de la inactividad comunitaria ante la escasa virtualidad del recurso por omisión, mantuvo su política integradora por otras vías, tendentes a dificultar la vida de los miembros del Consejo, dueños y señores del proceso decisorio, a través de la impulsión de inconvenientes resultantes de su propia inactividad: tal sería el caso de su jurisprudencia en el marco de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios, en materia de competencias comunitarias exclusivas, o en relación con el *treaty making power* de la Comunidad, que presentarían en común una presión bajo distintos ángulos sobre los Estados miembros, los cuales, desposeídos de competencia para legislar a título individual o sometida su legislación a estrictos parámetros de control por el Tribunal, se verían forzados a buscar el equilibrio a través de su intervención normativa, a título colectivo, en el seno del Consejo (20).

Sea como fuere (21), el panorama cambió tras el Acta Unica Europea.

(18) Valga como ejemplo el asunto *Granaria v. Consejo y Comisión*, 28 marzo 1979, 90/78, Rec. 1081.

(19) C. CATTABRIGA, *La Corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Ed. Giuffrè, Milán, 1998, págs. 70 y ss.

(20) En un marco general en el que los objetivos integradores habrían operado en un clima de desregulación favorable para la liberalización comercial (M. SHAPIRO, «The European Court of Justice», en *The Evolution of EU Law*, eds. P. CRAIG y G. DE BÜRCA, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1999, pág. 341) y, por tanto, para la *integración negativa*—dirigida a la eliminación de legislaciones nacionales discriminatorias en función del origen de las personas y los bienes—, situando en un segundo plano la *integración positiva*, a través de la armonización operada desde Bruselas (R. DEHOUSSE, *op. cit.*, págs. 78-79).

(21) Y teniendo en todo caso en cuenta los matices que deben presidir la utilización del calificativo de «activista», corrientemente empleado con referencia al Tribunal de Justicia: entre las manifestaciones de tal «activismo» *pro integracione*, figuraría precisamente un marcado *self-restraint* en el control de la actividad de las instituciones comunitarias, sobre todo la de naturaleza normativa, asumido por el Tribunal *a priori* el amplio margen de apreciación de éstas. La necesidad de evaluar en su conjunto la jurisprudencia del Tribunal, teniendo en cuenta tanto su activismo como su *self-restraint*, es destacada, con carácter general, por T. TRIDIMAS, *The Court of Justice and Judicial Activism*, «European Law Review», 1996 (3), pág. 200, y, con mayor profundidad, por I. CANOR, *The Limits of Judicial Discretion in the European Court of Justice*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1998, págs. 212 y ss. Puede verse también al respecto, últimamente, la fuerte respuesta de KEELING (que niega que haya existido y que exista cualquier tipo de agenda o programa judicial por parte del Tribunal de Justicia) a las críticas vertidas por Sir Patrick NEILL y Trevor HARTLEY contra la para ellos actitud en exceso activista del Tribunal [llegando KEELING incluso a referirse, sobre la base de las citas mutuas entre ambos autores en apoyo de sus respectivos argu-

En efecto, en el contexto del proceso decisorio activo, las reglas del juego variaron sensiblemente: por un lado, con la reducción al mínimo del Compromiso político de Luxemburgo como consecuencia de la asunción jurídica por los Estados miembros de la preponderancia de la mayoría cualificada sobre la unanimidad al ampliar los supuestos en que el Consejo tendría que intervenir presidido por aquélla en detrimento de ésta; por otro, con el otorgamiento al Parlamento Europeo de prerrogativas en el procedimiento decisorio. Nuevas, pues, reglas de juego (más mayoría cualificada y mayor presencia del Parlamento), acentuadas con Maastricht primero y con Amsterdam después, que variaron sensiblemente la actitud del Tribunal de Justicia hacia la actividad normativa comunitaria, pasando a intensificar su control, si no del contenido, sí al menos de la forma, en especial de la base jurídica escogida como título de intervención (pues es precisamente la base jurídica, a la que poca atención había prestado hasta entonces el Tribunal dado el carácter prácticamente uniforme del procedimiento decisorio —papel casi nulo del Parlamento Europeo, unanimidad *de facto* en el Consejo y sometimiento a ésta de la agenda de la Comisión—, la que determinará a partir del Acta Unica el distinto peso de las Instituciones políticas comunitarias según el procedimiento vinculado a la base en cuestión) (22).

En el contexto de las omisiones comunitarias puede destacarse,

mentos, al «entertaining spectacle of two distinguished academic lawyers engaged in the tiring and unproductive exercise of lifting each other up by the bootstraps» —«In Praise of Judicial Activism. But What Does It Mean? And Has the European Court of Justice Ever Practised It?», en *Scritti in Onore di G. F. Mancini (Volume II-Diritto dell'Unione Europea)*, Ed. Giuffrè, Milán, 1998, págs. 507 y 535—; el trabajo de NEILL *es The European Court of Justice: A Case Study in Judicial Activism*, European Policy Forum, Londres, 1995, y el de HARTLEY, *The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union*, «Law Quarterly Review», 1995, págs. 95 y ss., posteriormente publicado, junto con otros estudios críticos hacia el activismo del Tribunal, bajo el título *Constitutional Problems of the European Union*, Ed. Hart Publishing, Oxford-Portland, 1999]. No menos fuerte y más irónica es la respuesta del Juez del Tribunal de Justicia EDWARD al trabajo recién mencionado de NEILL [señala Edward —que también rechaza la existencia de una agenda por parte del Tribunal—: «The —Neill's— Case Study is based, as its writer admits, on only a tiny proportion of the Court's case-law. To be precise, it examines in any detail 0.28 per cent of the Court's total output, spread over 30 years», «Judicial Activism: Myth or Reality», en *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in Honour of Lord Mackenzie Stuart*, Ed. Trenton Publishing, Hampshire, 1996, págs. 30-31]. Hace ya algunos años, en el marco del debate en torno a los límites del *judicial «policy-making»* atribuido al Tribunal de Justicia, tuvo igualmente lugar la fuerte respuesta de WEILER (*The Court of Justice on Trial*, «Common Market Law Review», 1987, págs. 555 y ss.) al conocido trabajo de RASSMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986 —vid. también al respecto CAPPELLETTI, *Is the European Court of Justice «Running Wild?»*, «European Law Review», 1987 (1), págs. 3 y ss.—.

(22) Puede verse al respecto mi *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 549 y ss.

por lo pronto, que la jurisprudencia del Tribunal en torno a las su-puestas vías alternativas de presión sobre los Estados miembros para forzar su intervención a través del Consejo se ha suavizado clara-mente (23), incluso con expreso *overruling* del Tribunal en el caso de la libre circulación de mercancías (24).

También se han barajado doctrinalmente varias explicaciones al respecto, que van desde la retirada, o como mínimo *self-restraint*, del Tribunal ante las presiones desde la propia Comunidad y desde los Estados (25), hasta la continuación de su política integradora —con-solidadas las bases de la integración e impulsada la consecución del mercado interior— hacia otros terrenos (26), entre los que destacaría la progresiva uniformización operada desde Luxemburgo respecto de las condiciones administrativas y jurisdiccionales (27) en que debe producirse la efectiva y prevalente aplicación del Derecho Co-munitario en los Estados miembros (28).

(23) En el terreno de las competencias exclusivas, permitiendo ya en 1981 la inter-vencción de los Estados miembros en cuanto «gestores del interés común»: asunto *Comi-sión v. Reino Unido*, 5 mayo 1981, 804/79, Rec. 1045; y en el del *treaty making power* de la Comunidad, procediendo a una interpretación restrictiva de los servicios en el contexto de la política comercial común (dictamen en el asunto *OMC*, 15 noviembre 1994, 1/94, Rec. I-5267), y exigiendo como cobertura para su ejercicio con carácter exclusivo una regulación íntegra de la materia en el plano intracomunitario o una caracterización como único me-dio posible para alcanzar algún objetivo marcado por el Tratado (dictamen en el asunto *OCDE*, 24 marzo 1994, 2/92, Rec. I-521).

(24) Asuntos *Keck y Mithouard*, 24 noviembre 1993 (267 y 268/91), Rec. I.6097.

(25) M. POIARES MADURO, *We The Court (The European Court of Justice & The Euro-pean Economic Constitution)*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 1998, pág. 34.

(26) M. SHAPIRO, «The European Court of Justice», ya citado, págs. 334 y ss.

(27) *Idem*, págs. 335, 342.

(28) Habiéndose incluso llegado a negar por KAKOURIS, cuando todavía era Juez del Tribunal de Justicia, que los Estados miembros hayan gozado alguna vez de autonomía ju-dicial procedimental: *Do the Member States Possess Judicial Procedural «Autonomy»?*, «Common Market Law Review», 1997 (6), págs. 1389 y ss. El debate sobre la progresiva configuración vía pretoriana de un Derecho Procesal uniforme a los efectos de la aplica-ción del Derecho Comunitario se ha intensificado con ocasión de dos decisiones del Tribu-nal, dictadas el mismo día (asuntos *Peterbroeck*, 312/93, y *Jeroen Van Schijndel*, 430 y 431/93, Rec. I-4705, ambos de 14 diciembre 1995), en las que aborda la cuestión de la apli-cación de oficio del Derecho Comunitario por los jueces nacionales —pueden verse al res-pecto G. CANIVET y J. G. HUGLO, *L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'of-fice le Droit Communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck*, «Euro-pe», 1996 (avril), 1 y ss.; M. HOSKINS, *Titling the Balance: Supremacy and National Procedural Rules*, «European Law Review», 1996 (5), págs. 365 y ss.; S. PRECHAL, *Communi-ty Law in National Courts: The Lessons from Van Schijndel*, «Common Market Law Re-view», 1998 (3), págs. 681 y ss.; C. SCHEPISI, *Sull'applicabilità d'ufficio delle norme comuni-tarie da parte dei giudici nazionali*, «Il Diritto dell'Unione Europea», 1997 (4), págs. 811 y ss.; E. SZYSZCZAK y J. DELICOSTOPOULOS, *Intrusions into National Procedural Autonomy: The French Paradigm*, «Common Market Law Review», 1997 (2), págs. 141 y ss.—.

Esta progresiva uniformización judicial dirigida desde Luxemburgo no ha estado, por lo demás, exenta de vaivenes. Valga como ejemplo la doctrina *Emmott* (asunto 25 julio 1990, 208/90, Rec. 4269), en la que el Tribunal negó al Estado la posibilidad de oponer a los particulares el transcurso del plazo para recurrir ante los tribunales nacionales mien-tras aquél no hubiese procedido a una correcta ejecución de la Directiva. Los términos de dicha doctrina fueron progresivamente suavizados por la jurisprudencia posterior, hasta

Pero ¿qué decir concretamente del juego que en la actualidad ofrece el recurso por omisión?

Si se lee el momento por el que está atravesando el Tribunal de Justicia en términos de retirada, poco alcance, desde luego, parece llamado a tener un mecanismo que hasta el momento ha tenido escasa incidencia en el terreno de la inactividad normativa (29).

Por el contrario, si el Tribunal se decide a asumir plenamente su naturaleza de jurisdicción constitucional en el marco de un proceso de integración a estas alturas bien asentado (30), aunque no por ello

el punto de arrinconarla, vinculándola a las específicas circunstancias de una imposibilidad absoluta del ejercicio de derechos dotados de eficacia directa conferidos por la Directiva en cuestión, conectada con un comportamiento por parte del Estado próximo a la mala fe: cfr. en un primer momento asuntos *Steenhorst-Neerings*, 27 octubre 1993, 338/91, Rec. I-5475, y *Johnson*, 6 diciembre 1994, 410/92, Rec. I-5483, y Conclusiones del Abogado general JACOBS en el asunto *Denkavit*, 11 junio 1996, 2/94, Rec. I-2827; posteriormente, como se ha señalado, el Tribunal intensificaría su hincapié en las circunstancias especiales de *Emmott*: cfr. asuntos *Texaco y otros*, 17 julio 1997, 114-115/95, Rec. I-4263; *Fantask*, 2 diciembre 1997, 188/95, Rec. I-6783; *Edis*, 231/96, y *Spac*, 260/96, ambas de 15 septiembre 1998, Rec. I-4951 y I-4979, y *Aprile Srl*, 17 noviembre 1998, 228/96, Rec. I-7091.

(29) Ello con independencia de que Maastricht introdujera algunos preceptos destinados a impulsar la actividad decisoria desde distintos ángulos. Así, con relación a la Comisión —por lo demás, quizás la Institución menos necesitada de impulso—, Maastricht amplió al Parlamento Europeo la posibilidad, hasta entonces reconocida expresamente sólo al Consejo, de dirigirse a aquélla exigiendo la activación del proceso decisorio (según el artículo 208 TCE —ex 152—, «el Consejo podrá pedir a la Comisión que proceda a efectuar todos los estudios que él considere oportunos para la consecución de los objetivos comunes y que le someta las propuestas pertinentes»; el artículo 192 TCE —ex 138 C—, por su parte, establece que «el Parlamento Europeo podrá solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera la elaboración de un acto comunitario para la aplicación del presente Tratado»).

También prevé el Tratado distintas técnicas, una vez iniciado el proceso decisorio, para combatir la inercia del Parlamento. Es el caso del silencio positivo si no se pronuncia en el plazo de tres meses sobre la posición común del Consejo —tanto en el marco de la codecisión como de la cooperación (arts. 251 y 252 TCE, ex 189 B y 189 C)—. A dicha técnica debe añadirse el principio de cooperación leal interinstitucional (previsto en el artículo 10 TCE —ex 5—), que, según lectura del Tribunal de Justicia, permite al Consejo, en el marco del procedimiento consultivo, continuar éste si el Parlamento, vulnerando el mencionado principio, no se pronuncia en plazo: asunto *Parlamento v. Consejo*, 30 marzo 1995, 65/93, Rec. I-643; posibilidad ésta que se ha extendido al terreno de los órganos comunitarios consultivos —Comité Económico y Social y Comité de las Regiones—, permitiéndose la continuación del procedimiento si no emiten el correspondiente dictamen en el plazo establecido, nunca inferior a un mes: arts. 262 y 265 TCE, ex 198 y 198 C).

No se prevén, sin embargo, mecanismos para reaccionar institucionalmente frente a la inercia del propio Consejo, más allá de, en el marco del —en vía de extinción— procedimiento de cooperación, la obligación de aprobar definitivamente el acto en proyecto si el Parlamento, en segunda lectura, respalda la posición común o no se pronuncia al respecto en el plazo de tres meses: art. 252 b TCE, ex 189 C b.

(30) Lo que le situaría en muchos aspectos en una posición similar a la de las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros, enfrentadas a problemas similares a los que aquí se están analizando. Vid. al respecto entre nosotros los recientes estudios, ambos bajo el título *La inconstitucionalidad por omisión*, de I. VILLAVERDE MENÉNDEZ (Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997) y J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Ed. Civitas, Madrid, 1998), y de M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997. Sobre la intensificación del control sobre el comportamiento

ajeno al dinamismo que representa la progresividad en la profundización integradora (31) unido a los nuevos retos que derivan de las sucesivas ampliaciones de la Unión (32), es posible que, suavizadas las vías alternativas de presión sobre la inactividad comunitaria (33)

activo del legislador, vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, ya citado.

(31) Comenzando por la extensión de sus propias competencias, tras Amsterdam, al tercer pilar, hasta entonces expresamente excluido de la jurisdicción del Tribunal: extensión que, por lo demás, se produce en el contexto de regímenes jurisdiccionales especiales (tanto con relación a la parte que ha permanecido en el tercer pilar como a la parte del mismo que ha resultado comunitarizada al incluirse como nuevo Título IV del TCE) respecto del tradicional comunitario —cfr. A. ALBORS-LLORENS, *Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam*, «Common Market Law Review», 1998 (6), págs. 1273 y ss.; M. WATHELET, «La Cour the Justice: acteur et objet des réformes du Traité d'Amsterdam», en *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions* (coord. Y. LEJEUNE), Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, págs. 128 y ss.—. A destacar, también, las complejidades que a la labor del Tribunal de Justicia puede aportar la operatividad de la unión monetaria —pueden verse al respecto F. SNYDER, «EMU Revisited: Are We Making a Constitution? What Constitution Are We Making?», en *The Evolution of EU Law* (CRAIG y DE BÚRCA, eds.), Ed. Oxford University Press, Oxford, 1999, págs. 417 y ss., y V. DI BUCCI, «La Corte di Giustizia, l'Unione economica e monetaria ed il passaggio alla moneta unica», en *Scritti in Onore di G. F. Mancini (Volume II-Diritto dell'Unione Europea)*, Ed. Giuffrè, Milán, 1998, págs. 307 y ss.—, así como del principio de diferenciación en el marco de la Unión, ya sea a través de la cooperación reforzada *stricto sensu* (nuevo Título VII del TUE —sin olvidar el Protocolo de Schengen, con la situación especial al respecto de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca—) en el contexto comunitario y en el del tercer pilar, ya a través de la autoexclusión constructiva del segundo pilar —pueden verse al respecto los trabajos de J. M. AREILZA CARVAJAL y A. DASTIS QUECEDO, *Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?*, «Revista de Derecho Comunitario Europeo», 1997 (1), págs. 9 y ss.; H. KORTENBERG, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, y G. GAJA, *How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty?*, ambos en «Common Market Law Review», 1998 (4), págs. 833 y ss., y 855 y ss.; A. G. TOTII, «The Legal Effects of the Protocols Relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark», y J. A. USHER, «Flexibility and Enhanced Cooperation», ambos en *The European Union after Amsterdam: A Legal Analysis* (HEUKELS, BLOKKER y BRUS, eds.), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, págs. 227 y ss. y 253 y ss.; H. BRIBOSIA, «De la subsidiariedad à la coopération renforcée», en *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions* (coord. Y. LEJEUNE), Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, págs. 24 y ss.; V. CONSTANTINESCO, *Les clauses de «coopération renforcée». Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», 1997 (4), págs. 751 y ss.; también, finalmente, el reciente estudio de F. TUYTSCHAEVER, *Differentiation in European Union Law*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 1999—.

(32) Pueden verse al respecto (en el sitio Internet del Tribunal de Justicia, www.curia.eu.int) las propuestas y reflexiones relativas al porvenir del sistema jurisdiccional de la Unión Europea presentadas por Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal, ante los Ministros de Justicia reunidos en su calidad de Consejo en Bruselas, los días 27 y 28 de mayo de 1999. También el ya clásico trabajo de JACQUÉ y WEILER, *On the Road to the European Union —A New Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference*, «Common Market Law Review», 1990 (2), págs. 185 y ss., así como las interesantes reflexiones, con vistas a la CIG'96, de W. VAN GERVEN, *The Role and Structure of the European Judiciary Now and in the Future*, «European Law Review», 1996 (3), págs. 211 y ss., y del EC Advisory Board of the British Institute of International and Comparative Law, presidido por Lord GORDON SYKES, *The Role and the Future of the European Court of Justice*, Londres, 1996.

(33) Pues al clima generalizado de desregulación económica (i.e., de integración negativa) acompaña ahora un clima favorable para la regulación (i.e., para la integración positiva) de valores sociales en alza con importante incidencia económica —medio ambien-

y sin descartar la aparición de otras nuevas (34), entremos en un período de mayor rigor jurídico, atento a la búsqueda de elementos reglados a través de los cuales romper la impunidad que rodea el margen de apreciación entendido en términos absolutos, intensificando así el control tanto sobre el «exceso» como sobre el «déficit» normativo comunitario.

2. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que, moviéndonos en un terreno estrictamente procesal, no es el recurso por omisión la única acción a través de la cual poder combatir la inactividad de las Instituciones comunitarias.

En efecto, no debe descartarse que las *omisiones relativas o de carácter parcial* puedan ser corregidas en mayor o menor medida a través de decisiones dictadas en el marco de cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, e incluso en el contexto procesal de recursos de anulación o de cuestiones prejudiciales de validez cuyo trasfondo sea la insuficiencia de la normativa comunitaria impugnada —posibilidad ésta de control de las omisiones a través de mecanismos destinados a combatir comportamientos activos que, por lo demás, es también objeto de debate en los Estados miembros con relación a sus respectivas jurisdicciones constitucionales (35)—.

te, salud, protección de los consumidores— (cfr. M. SHAPIRO, *op. cit.*, pág. 341; R. DEHOUSSE, *op. cit.*, pág. 79).

(34) Caso, por ejemplo, del *soft law* elaborado por la Comisión ante una actitud poco receptiva a legislar por parte del Consejo. El Tribunal, sin embargo, parece poco inclinado a respaldar la actividad de la Comisión en esa línea rodeada de tono imperativo. Tal fue el caso del asunto *Francia v. Comisión*, 20 marzo 1997, 57/95, Rec. I-1627, en el que el Tribunal anuló por incompetencia una Comunicación de la Comisión (relativa a la libertad de gestión e inversión de los fondos de las instituciones de pensiones) de la que se desprendían obligaciones para los Estados miembros, subrayando (FJ 21) que tales obligaciones se recogían ya en una propuesta de Directiva que la Comisión, como reconocía en la introducción a la propia Comunicación, se había visto obligada a retirar «debido al estancamiento de las negociaciones con los Estados miembros en el seno del Consejo».

Fuera del particular contexto del *soft law*, el Tribunal también anuló por incompetencia (asunto *Reino Unido v. Comisión*, 12 mayo 1998, 106/96, Rec. I-2729) una decisión de la Comisión contenida en un comunicado de prensa por el que se anunciaba la concesión de subvenciones en favor de proyectos europeos de lucha contra la exclusión social, advirtiendo que los proyectos en cuestión «no tenían por objeto preparar una acción comunitaria futura o emprender acciones piloto, sino que, por las actividades contempladas, los objetivos perseguidos y sus beneficiarios, estaban destinados a proseguir las iniciativas contempladas en el Programa Pobreza 3, en un momento en que era manifiesto que el Consejo no iba a adoptar la Propuesta Pobreza 4, dirigida a proseguir y extender la acción comunitaria de lucha contra la exclusión social» (FJ 34).

(35) Especialmente en Italia, donde las reflexiones al respecto se han extendido hasta los poderes del juez constitucional para dictar sentencias, cuya propia denominación ya dice bastante acerca de los términos del debate, «manipolative», bien en su versión de «sentenze additive», bien en la de «sentenze sostitutive». Vid. por todos L. PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Ed. Cedam, Padua, 1998, págs. 781 y ss.

2.1. Por visualizarlo con algún ejemplo reciente, citemos los asuntos *Safety Hi-Tech (284/95)* y *Bettati (341/95)*, ambos resueltos el 14 julio 1998 (36), que plantearon, en el marco procesal de la cuestión prejudicial de validez, la legalidad, en sentido amplio del término, del Reglamento comunitario 3093/94, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono; concretamente, la discusión se centraba en la legalidad de una prohibición de utilizar hidroclorofluorocarburos (HCFC) como sustancias destinadas a la lucha contra incendios.

Interesa aquí destacar que el ataque contra la legalidad de la mencionada prohibición sostenido por una de las partes en ambos litigios principales (37) se basaba, en última instancia, no tanto en lo que el Reglamento preveía como en lo que el Reglamento dejaba de prever, esto es, no tanto en una ilegalidad por acción como en una ilegalidad por omisión (situándose en algunos aspectos en el límite de la congruencia procesal). Más allá de la desestimación de las pretensiones de ilegalidad por motivos de fondo, interesa subrayar el hecho mismo de que el Tribunal procediera a llevar a cabo tal examen de fondo, admitiendo así implícitamente la posibilidad de controlar indirectamente un supuesto de déficit normativo partiendo del control de una actividad normativa insuficiente (38).

(36) Respectivamente, Rec. I-4301 y I-4355.

(37) La sociedad Safety Hi-Tech, productora de materiales para la extinción de incendios, cuyo producto de base estaba compuesto por un determinado tipo de HCFC.

(38) Los argumentos manejados por Safety Hi-Tech se centraban en la aproximación insuficiente por el Consejo a la protección medioambiental: en la medida en que éste se había limitado a establecer medidas contra el agotamiento de la capa de ozono (y, en consecuencia, se había limitado a manejar como único parámetro de protección el ODP —*Ozone Depletion Potential*—), había omitido garantizar un nivel elevado de protección del medio ambiente en su conjunto (dejando así a un lado otros dos parámetros fundamentales para la protección del medio ambiente, a saber, la incidencia de las sustancias en el calentamiento del planeta y su duración en la atmósfera, respectivamente, GWP —*Global Warming Potential*— y ALT —*Atmospheric Lifetime*—); ello había desembocado en la prohibición del uso de los HCFC, autorizando al tiempo la utilización de otras sustancias que, como los halones, resultaban, según Safety Hi-Tech, de haberse tenido en cuenta los mencionados parámetros de manera conjunta, mucho más nocivas para el medio ambiente que los HCFC.

Las alegaciones fueron rechazadas por el Tribunal sobre la base, en primer lugar, de que el Tratado no imponía al legislador comunitario que, cada vez que adoptara medidas de conservación, protección y mejora del medio ambiente dirigidas a tratar un problema ambiental específico, adoptara al mismo tiempo medidas relativas al medio ambiente en su conjunto; como tampoco le imponía un nivel máximo de protección (pues el propio Tratado preveía la posibilidad de que los Estados miembros pudieran mantener o adoptar medidas de mayor protección), sino un nivel elevado de protección, lo que conseguía el Reglamento discutido al incorporar medidas más estrictas que las derivadas de los convenios internacionales.

Más complejo resultaba el discurso comparativo entre los HCFC y los halones, abordado por el Tribunal en el marco del principio de proporcionalidad (una línea argumental similar puede advertirse en el asunto *Standley e.a.*, 29 abril 1999, 293/97, aún no publicado en la Recopilación del Tribunal, en el que se discutía la validez de una Directiva por, se

2.2. Amén de las posibilidades que frente a omisiones relativas o parciales ofrecen vías procesales directa o indirectamente dirigidas *ab initio* a atacar la ilegalidad de acciones, mencionábamos también la cuestión prejudicial de interpretación como posible cauce a través del cual suplir silencios o insuficiencias normativas, abstracción he-

alegaba, hacer recaer *únicamente* en los agricultores las cargas inherentes a la eliminación de la contaminación en las aguas).

«Habida cuenta», sostuvo el Tribunal de Justicia, «del hecho de que otras sustancias igualmente nocivas, o incluso más, para la capa de ozono, están autorizadas en el ámbito de la lucha contra incendios, procede comprobar si dicha prohibición no sobrepasa los límites que implica la observancia del principio de proporcionalidad» (FJ 58). Utilización ésta del principio de proporcionalidad que resultaba ineludible, pues como había advertido «con carácter preliminar» el Tribunal al comienzo de su razonamiento, «la inexistencia de la prohibición de la utilización de otras sustancias, suponiendo incluso que sea ilegal, no puede afectar *por sí sola* a la validez de la prohibición de utilización de los HCFC» (FJ 41). Ello implicaba que el análisis acerca de la posible ilegalidad de la no prohibición de los halones sólo podría tener lugar a efectos puramente argumentativos, esto es, a efectos de concretar el parámetro de proporcionalidad, determinante en su caso, éste sí, de la invalidez de la prohibición de los HCFC.

Así las cosas, el Tribunal descartó la vulneración del principio de proporcionalidad al asumir, por un lado, que los HCFC contaban con productos de sustitución eficaces menos nocivos para la capa de ozono —tales como el agua, el polvo y los gases inertes— y, por otro, que los halones poseían una capacidad de extinción insustituible, en particular para sofocar incendios en espacios reducidos (FJ 59).

Ahora bien, de haber constatado el Tribunal que, efectivamente, los halones resultaban ser productos sustituibles (por otros menos tóxicos), igual o más nocivos para la capa de ozono que los HCFC, ¿cuál habría sido el contenido del fallo?

Parece que una declaración formal de ilegalidad y nulidad, por desproporcionada, de la prohibición de los HCFC, acompañada de una consideración a título incidental, esto es, a efectos puramente argumentativos a lo largo de la fundamentación jurídica (sin llegar a trasladarse, por tanto, al fallo), de la ilegalidad de la no prohibición de los halones.

Pero fundamentada la desproporcionalidad en criterios comparativos, parece igualmente que la decisión contendría una recomendación al legislador, en el sentido de establecer una nueva regulación protectora de la capa de ozono que incluyera, entre las sustancias prohibidas, los halones, y, en su caso (presidida dicha regulación por el principio del nivel elevado de protección), los HCFC. Ello en el bien entendido de que una actitud —no razonable, pero posible— remisa del legislador hacia tal invitación del Tribunal difícilmente podría fundamentar, a su vez, una acción por omisión, dado el amplio margen de apreciación del legislador en cuanto a la intervención misma, unido a las restricciones en cuanto a la legitimación para ejercitar la correspondiente acción.

Más allá de la mencionada recomendación o invitación al legislador, la fundamentación de la decisión cobró un mayor tono imperativo respecto de la necesidad de futuras intervenciones del legislador al recordar el Tribunal cómo el preámbulo del Reglamento advertía «que es deseable revisar periódicamente... los usos permitidos de las sustancias que agotan el ozono», y «que es necesario seguir la evolución del mercado de las sustancias que agotan el ozono, en particular, a fin de garantizar un suministro suficiente para usos esenciales, así como los progresos realizados en el desarrollo de productos de sustitución adecuados, pero también en relación con la necesidad de mantener en un nivel mínimo las importaciones de sustancias que agotan el ozono, puras, recuperadas o regeneradas, con destino a la libre práctica en la Comunidad Europea» (FJ 52).

El problema que se plantearía sería, de nuevo, el de la legitimación para impulsar la actividad normativa comunitaria a la luz de los nuevos datos en su caso aportados por los adelantos científicos: tal impulso no plantearía especiales problemas a los efectos de solicitar exclusiones del radio de prohibición del Reglamento, pero sí a los efectos de solicitar nuevas inclusiones en dicho radio. Fuera del marco institucional privilegiado para activar la omisión (i.e., sin necesidad de demostrar un especial interés al respecto), el impulso por los particulares afectados, desde las asociaciones ecologistas a posibles competidores en el

cha de que tras esos silencios —o insuficiencias— haya o no una omisión en sentido estricto, esto es, una obligación jurídica de legislar.

Es el caso, por poner un ejemplo también reciente, del asunto *Belinda Jane Coote*, 22 septiembre 1998 (185/97) (39), en el que se debatía el alcance de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

En concreto, se debatía si, con arreglo a la Directiva, los Estados miembros estaban obligados a introducir en su Derecho nacional las medidas necesarias para permitir que una trabajadora ejerciera una acción judicial contra su antiguo empresario por haberse negado a proporcionarle referencias, útiles para la búsqueda de un nuevo empleo, basada tal negativa en que la trabajadora había utilizado en su contra, durante la relación laboral, un procedimiento por discriminación por razón de sexo.

Con otras palabras, lo que se planteaba era si la Directiva, más allá de imponer a los Estados miembros, como hacía expresamente, la obligación de adoptar medidas de protección de los trabajadores contra cualquier despido que constituyera una reacción del empresario a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato, les obligaba también a adoptar medidas de protección frente a otras reacciones del empresario, basadas en el mismo motivo, distintas del despido, cuestión que fue resuelta por el Tribunal en sentido afirmativo (40).

mercado de producción relacionado con esas sustancias, se vería prácticamente descartado sobre la base de las restricciones que rodean la legitimación para recurrir por omisión, cuestión ésta sobre la que volveremos.

(39) Rec. I-5199.

(40) Según el Abogado General MISCHO, en línea con la argumentación del Gobierno del Reino Unido, la respuesta a esta pregunta sólo podía ser negativa. «En efecto —sostuvo— el examen de las disposiciones de la Directiva pone de manifiesto con claridad que el legislador comunitario, aunque era perfectamente consciente del hecho de que la reivindicación de la igualdad de sexos puede irritar a ciertos empresarios, hasta el punto de reaccionar con represalias, sólo quiso tener en cuenta una única medida de represalia, la más grave pero quizás no la menos frecuente, *el despido*»; opción que, según MISCHO, se había plasmado en la Directiva al establecerse en su artículo 7 que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que constituya una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa, o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato».

«Cabría sostener —continuó el Abogado General— que el legislador comunitario se mostró tímido al no obligar a los Estados miembros a garantizar protección contra las otras formas de represalia que pueden suponer una tentación para los empresarios, ofuscados por haber tenido que responder ante un órgano jurisdiccional sobre su comportamiento respecto a la prohibición de la discriminación por razón de sexo».

«Sin embargo —concluyó— no es posible, partiendo de dicha apreciación y de los legítimos reproches que puede suscitar, construir un razonamiento jurídico que conduzca a

Queda claro, pues, que también puede el Tribunal suplir vía interpretativa los silencios o insuficiencias del legislador comunitario (41), e incluso declarar indirectamente la existencia de una omisión en sentido estricto del término.

En efecto, puede aquí traerse a colación el asunto *Política Común de Transportes* (1985), al que nos referimos al comienzo de este trabajo, en el que el Tribunal sí que estimó el recurso interpuesto por el Parlamento en lo referente a la omisión del Consejo a la hora de asegurar la libre prestación de servicios en el ámbito del transporte internacional y de sentar las condiciones en las que transportistas no residentes podrían prestar servicios de transportes en un Estado miembro (42).

Sucedió que, en noviembre de 1989, un órgano jurisdiccional alemán se dirigió al Tribunal de Justicia en el marco de un litigio que enfrentaba a una empresa establecida en Alemania, que pretendía encargar a otra empresa establecida en los Países Bajos servicios de transporte de mercancías a larga distancia dentro del territorio alemán, con la Oficina federal para el transporte de mercancías a larga distancia, que había denegado la licencia basándose en que los trans-

descubrir en la Directiva obligaciones a cargo de los Estados miembros que no figuran en ella».

Pues bien, sucede que esa claridad con la que el Abogado General asumió estar ante un supuesto de exclusión —de medidas de represalia distintas del despido— por silencio del legislador no fue compartida por el Tribunal de Justicia, para quien «habida cuenta del objetivo perseguido por la Directiva, que es lograr la igualdad efectiva de oportunidades entre hombres y mujeres, así como del carácter fundamental del derecho a una tutela judicial efectiva, a falta de una indicación clara en sentido contrario, del artículo 7 de la Directiva no se puede deducir que la intención del legislador consistiera en limitar la protección del trabajador contra las medidas de represalia decididas por el empresario únicamente al despido, que, si bien constituye una medida de especial gravedad, no es, sin embargo, la única que puede disuadir eficazmente a un trabajador de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional»; medidas disuasorias entre las que figurarían, «en particular, aquellas que, como en el litigio principal, se adoptan como reacción a una acción ejercitada en vía judicial contra el empresario y que están destinadas a obstaculizar las gestiones del trabajador despedido en su búsqueda de un nuevo empleo».

Consecuencia de ello, concluyó el Tribunal, «la Directiva obliga a los Estados miembros a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para garantizar una protección jurisdiccional al trabajador cuyo empresario, tras la extinción de la relación laboral, se niega a proporcionar las referencias como reacción a una acción judicial ejercitada para exigir que se respete el principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva».

(41) Ello teniendo en cuenta que con la normalización, a partir del Acta Unica, de la mayoría cualificada, no sólo se ha debilitado el dominio de los Estados miembros, a título individual, sobre el proceso decisorio, sino también la posición misma del Tribunal de Justicia en el control sobre dicho proceso, en la medida en que sus intervenciones podrán en muchas ocasiones (caso, por ejemplo, del asunto recién visto *Belinda Jane Coote*) ser corregidas a través de esa mayoría cualificada, sin exigirse, pues, el acuerdo de todos y cada uno de los Estados miembros (vid. al respecto M. SHAPIRO, «The European Court of Justice», cit., págs. 328, 342).

(42) Vid. *supra*, nota 5.

portes nacionales de mercancías sólo podían ser efectuados por empresas establecidas en Alemania —asunto *Wieger*, 7 noviembre 1991, 17/90 (43)—.

En tal contexto litigioso, el *Bundesverwaltungsgericht* planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «La omisión continuada del Consejo de las Comunidades Europeas, consistente en no garantizar la libre prestación de servicios en el ámbito de los transportes internacionales y en no establecer las condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes pueden prestar servicios de transportes en un Estado miembro, ¿da lugar a la aplicabilidad directa de los artículos 59 y 60 del Tratado CEE, de manera que no puede prohibirse a una empresa establecida en la República Federal de Alemania, aplicando las tarifas vigentes en ese país y utilizando para ello vehículos que cuentan con una licencia expedida en los Países Bajos para el transporte de mercancías?»

Interesa destacar no tanto la cuestión de fondo como que el Tribunal entró en el análisis de la «omisión continuada» referida en la cuestión prejudicial, rechazando que tal hubiera sido el caso dada la complejidad del sector del cabotaje por carretera, cuya liberalización en cuanto a la prestación de servicios no podía hacerse de manera ordenada más que en el marco de una política común de transportes, a lo que debía añadirse que, posteriormente a la petición de decisión prejudicial, el Consejo había adoptado un Reglamento por el que se determinaba, de manera transitoria, las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro, habiéndose comprometido al tiempo a adoptar un régimen definitivo al respecto en enero de 1993 (FFJJ. 10-13).

El Tribunal, pues, no tuvo reparo alguno en entrar en el examen de la cuestión planteada (44), admitiendo así la posibilidad de constatar omisiones comunitarias en sentido estricto en el marco prejudicial de interpretación, cuya subsanación podría abordarse bajo distintos ángulos según los casos, incluida, como pretendía la recurrente en el asunto *Wieger*, la eficacia directa o, como admitió el Tribunal en el asunto *Krohn*, 12 diciembre 1985 (165/84) (45), la analogía (46).

(43) Rec. I-5253.

(44) Como tampoco lo tuvieron el Abogado General DARMON y, también en el marco de la libre prestación de servicios en el sector de los transportes, el Abogado General JACOBS en el asunto *Lambregts*, 13 julio 1989, 4/88, Rec. 2583.

(45) Rec. 3997.

(46) «Los operadores económicos» —sostuvo el Tribunal (FJ 14)— pueden invocar la aplicación por analogía de un reglamento que no les sería normalmente aplicable si justifican que el régimen jurídico que les corresponde: por un lado, es estrechamente similar a aquel cuya aplicación por analogía demandan, y, por otro lado, comporta una omisión in-

3. Finalmente, en un terreno próximo a la omisión en cuanto a sus efectos, como es el de los vacíos que puede provocar en el ordenamiento una declaración judicial de nulidad, debe tenerse en cuenta, como posible técnica judicial a utilizar frente al déficit normativo provocado por la anulación, la de dotar de eficacia prospectiva a la decisión anulatoria, congelando los efectos de la nulidad hasta que, en ejecución de la sentencia, las Instituciones procedan a legislar de nuevo de conformidad con el ordenamiento jurídico; posibilidad que, también presente en las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros —así, en Alemania, Italia (47) y, más recientemente, España (48)—, se ha visto igualmente concretada en Luxemburgo.

Es el caso de su jurisprudencia frente a situaciones relacionadas con la continuidad del servicio público (49) o del régimen de remuneraciones (50), o con la anulación de una disposición por defecto y no por exceso (51) (supuesto éste en el que se intensifica aún más la conexión con el terreno específico de la omisión del legislador), situaciones que, vinculadas con el principio de seguridad jurídica, pueden, como he sostenido en otros trabajos, no ya aconsejar, sino exigir no sólo el mantenimiento de efectos ya producidos por la norma anulada, sino incluso la eficacia *pro futuro* de ésta en tanto no sea sustituida por otra acorde con el ordenamiento jurídico, corriendo el riesgo, de lo contrario, de caer en un remedio peor que la enfermedad.

4. Una última reflexión cabe hacer, manteniéndonos todavía en el terreno del déficit normativo imputable a las Instituciones comunitarias, referida a las escasas posibilidades que ofrece el sistema ju-

compatible con un principio general del Derecho Comunitario que tal aplicación por analogía permite remediar» (cfr. asuntos *Adolf Reich*, 20 febrero 1975, 64/74, Rec. 261, y *Union Française des Céréales*, 11 julio 1978, 6/78, Rec. 1675).

(47) Cuyos Tribunales Constitucionales manejan las declaraciones de inconstitucionalidad *sin nulidad*: pueden verse al respecto el estudio de A. WEBER en el libro, editado por E. AJA, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ed. Ariel, Barcelona, 1998, págs. 77 y ss., y el de A. PISANESCHI, *Le sentenze di «costituzionalità provvisoria» e di «incostituzionalità non dichiarata»: la transitorietà nel giudizio costituzionale*, «Giurisprudenza Costituzionale», 1989 (3, Parte II-2), págs. 601 y ss.

(48) STC 195/1998, 1 octubre, posponiendo la declaración inmediata de nulidad de la ley considerada inconstitucional o, lo que viene a ser lo mismo a efectos prácticos, los efectos de la nulidad inmediatamente declarada. Puede verse al respecto R. ALONSO GARCÍA, B. LOZANO y C. PLAZA MARTÍN, *El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: problemas competenciales y ultraeficacia protectora*, núm. 148 de esta REVISTA, 1999, págs. 110 y ss.

(49) Asunto *Consejo v. Parlamento*, 3 julio 1986, 34/86, Rec. 2155.

(50) Asuntos *Comisión v. Consejo*, 5 junio 1973, 81/72, Rec. 575; 6 octubre 1982, 59/81, Rec. 3329, y 28 junio 1988, 7/87, Rec. 3401.

(51) Asunto *Timex v. Consejo y Comisión*, 20 marzo 1985, 264/82, Rec. 849.

risdiccional comunitario a los ciudadanos de la Unión para impulsar vía impugnatoria la actividad normativa de la Comunidad, al excluir, por de pronto, su legitimación activa para combatir directamente tanto la actividad (que en su caso, como hemos visto, puede encerrar omisiones parciales contrarias al ordenamiento susceptibles de corrección a través de las técnicas recién mencionadas) como inactividad en el terreno de las disposiciones de carácter general.

4.1. Siendo discutible (52) la lectura restrictiva que el Tribunal sigue haciendo de la legitimación para recurrir en anulación (53), el

(52) Las críticas se remontan a los primeros años de funcionamiento de la Comunidad: vid., por ejemplo, R. KOVAR, *Chronique de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, «Journal de Droit International», 1966 (3), págs. 707 y ss., y E. STEIN y G. J. WINNING, *Citizen Access to Judicial Review of Administrative Action in a Transnational and Federal Context*, «American Journal of International Law», 1976 (2), págs. 219 y ss.

(53) Centrada en una lectura literal del artículo 230 TCE (*ex art.* 173), que se refiere a una afectación de naturaleza «directa e individual» del recurrente, excluyente, como norma, de la legitimación para impugnar disposiciones generales (lectura de tempranos orígenes —vid. asuntos *Producteurs de Fruits v. Consejo*, 14 diciembre 1962, 16 y 17/72, Rec. 901, y Conclusiones del Abogado General LAGRANGE— que se ha mantenido con el paso del tiempo —vid. asuntos *Parlamento v. Consejo*, 27 septiembre 1987, 302/87, Rec. 5615, y *Gibraltar v. Consejo*, 29 junio 1993, 298/89, Rec. I-3605— y que ha sido heredada por el Tribunal de Primera Instancia —vid. asuntos *Weber v. Comisión*, 10 julio 1997, 482/93, Rec. II-481; *Terres Rouges v. Comisión*, 4 abril 1997, 47/95, Rec. II-609, y *UEPEAME v. Consejo*, 17 junio 1998, 135/96, Rec. II-2335—). Con palabras del Abogado General SAGGIO —«Apunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento in base all'articolo 173, quarto comma, del Trattato CE», en *Judicial Protection of Rights in the Community Legal Order (Congrès de l'Union des Avocats Européens, Venezia 30-31/5 1/6 1996)*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 124-125—: «para que un individuo pueda impugnar una disposición general no basta con que ésta produzca efectos sobre su esfera jurídica; es necesario que, además, el interesado se encuentre, respecto de la disposición, en una situación particular que lo diferencie de cualesquiera otros sujetos cuya esfera jurídica resulte igualmente afectada, pero que, identificados sobre la base de criterios abstractos y objetivos, no pueden recurrir». Situación ésta que vendría determinada «por el hecho de que, en el proceso decisorio que ha conducido a la adopción de la disposición, la concreta situación del individuo en cuestión haya sido tenida en cuenta, en el sentido de que la disposición haya sido en cierta medida modelada a partir de las características de dicho individuo»; en consecuencia, «el efecto de la individualización deriva no sólo de la consideración de la efectiva situación de uno o más sujetos determinados, sino también, y según la misma lógica, de la ausencia de toma en consideración de las concretas condiciones de determinados individuos, condiciones que, viceversa, deberían haber sido evaluadas en el proceso decisorio para asegurar a los intereses de dichos individuos una protección adecuada» —obligación ésta que sería precisamente el trasfondo del asunto *Codorniu v. Consejo*, 14 mayo 1994, 309/89, Rec. I-1853, que generó en su momento expectativas en la doctrina en el sentido de un posible primer paso hacia una apertura por parte del Tribunal respecto de las condiciones para la impugnación por los particulares de disposiciones generales: vid., por ejemplo, el comentario a cargo de D. WAELBROECK y D. FOSSELARD en la «Common Marjet Law Review», 1995 (1), pág. 269, nota 13, y las reflexiones de N. NEUWAHL, en *Article 173 Paragraph 4 EC: Past, Present and Possible Future*, «European Law Review», 1996 (1), págs. 28-29.

El propio Tribunal, en su *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea (1996)*, se preguntaba 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

debate gana en intensidad cuando se pasa al terreno del recurso por omisión (54), puesto que en este caso, a diferencia de aquél, el sistema jurisdiccional comunitario no permite atacar abierta y frontalmente las omisiones a través de vías procesales indirectas.

En efecto, así como la falta de legitimación para impugnar disposiciones generales no impide discutir su legalidad con ocasión de la impugnación de sus actos de aplicación (55), activando la cuestión prejudicial de validez (56) o la excepción de ilegalidad (57), ningún remedio procesal alternativo, similar a los recién mencionados de impugnación indirecta, ofrece el sistema jurisdiccional comunitario

instituciones» (punto 20 *in fine*). SAGGIO, por su parte, se pregunta en el estudio recién citado si realmente sería necesaria una modificación del Tratado al respecto o si, por el contrario, bastaría con una interpretación de éste «más flexible y más atenta a garantizar a los individuos el acceso a la protección jurisdiccional» (pág. 126).

(54) Teniendo en cuenta que, con relación a la legitimación de los particulares —cuestión sobre la que volveremos—, las condiciones para recurrir en anulación son las mismas que las exigidas para recurrir por omisión, dado que, según el Tribunal, los artículos 173 y 175 son «la expresión de un único cauce procesal» (asunto *Chevalley v. Comisión*, 18 noviembre 1979, 15/70, Rec. 975), por lo que «al igual que el párrafo cuarto del artículo 173 permite a los particulares interponer un recurso de anulación contra un acto de una Institución del que no sean destinatarios, siempre que dicho acto les afecte directa e individualmente, debe interpretarse que el párrafo tercero del artículo 175 les otorga igualmente la facultad de interponer un recurso por omisión contra una Institución que no hubiese adoptado un acto que les afectase del mismo modo» (asunto *T. Port*, 26 noviembre 1996, 68/95, Rec. I-6065).

(55) Posibilidad ésta que es precisamente el principal argumento manejado por el Tribunal de Justicia en contra de la supuesta indefensión del particular: cfr. asuntos *Simmenthal v. Comisión*, 6 marzo 1979, 92/78, Rec. 777, y *Deutsche Lebensmittelwerke v. Comisión*, 21 mayo 1987, 97/85, Rec. 2265 [este último bien significativo, por cuanto el Tribunal abordó expresamente la cuestión del papel decisivo del juez nacional, y no de las partes, a la hora de activar el mecanismo prejudicial (FJ 12): «Por lo que se refiere al argumento según el cual ha lugar a admitir el presente recurso para que las demandantes puedan beneficiarse de una protección jurisdiccional completa, dicho argumento debe desestimarse. En efecto, conviene resaltar que el demandante puede alegar, en apoyo de un recurso contra una medida nacional de ejecución de un acto comunitario, la ilegalidad de dicho acto comunitario y obligar así al órgano jurisdiccional nacional a pronunciarse sobre el conjunto de los motivos formulados al respecto, previa remisión, en su caso, al Tribunal de Justicia para controlar la validez. El hecho de que el órgano jurisdiccional nacional tenga la facultad de determinar las cuestiones que planteará al Tribunal de Justicia es inherente al sistema de recursos previsto por el Tratado y, por consiguiente, no constituye un argumento que pueda justificar una interpretación extensiva de los requisitos de admisibilidad previstos en el Tratado —basados en la afectación directa e individual del recurrente—]. También en la doctrina hay quienes consideran, como NIHOUL, que la vía prejudicial sería idónea y suficiente para tutelar los derechos de los particulares, haciendo innecesaria una apertura en su favor del *locus standi* para recurrir directamente en anulación —*La recevabilité des recours en annulation intriduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», 1994 (2), págs. 171 y ss.—.

(56) Si el acto de aplicación procede de las autoridades nacionales, en cuyo caso su impugnación se sustanciará ante los tribunales nacionales, que deberán, si se dan las condiciones, activar el mecanismo de la cuestión prejudicial de validez de la norma comunitaria origen de la aplicación impugnada.

(57) Si el acto de aplicación procede de las Instituciones comunitarias, en cuyo caso la impugnación se sustanciará ante el Tribunal de Primera Instancia, ante el cual podrá alegarse la ilegalidad de la norma de cobertura del acto impugnado.

frente a la falta de reconocimiento de legitimación a los particulares para activar el recurso por omisión normativa: «el Tratado no ha previsto —sostuvo el Tribunal en el asunto *T. Port*, 26 noviembre 1996 (68/95) (58)— la posibilidad de una remisión mediante la cual un órgano jurisdiccional nacional pueda solicitar al Tribunal de Justicia que declare con carácter prejudicial la omisión de una Institución» (59), correspondiendo el control de la omisión «a la competencia exclusiva de la jurisdicción comunitaria» (FJ 53).

Negada (60), pues, la posibilidad de controlar abiertamente vía prejudicial las omisiones comunitarias (61), cabe plantearse si, reducidas las posibilidades de defensa de los particulares al terreno de la impugnación directa ante el Tribunal de Primera Instancia, no se intensificará la presión sobre la doctrina tradicional de Luxemburgo a los efectos de flexibilizar su restrictiva visión de la legitimación para activar el recurso por omisión; flexibilización que, a su vez, debería igualmente redundar en la legitimación para activar el recurso de anulación, en coherencia con su aproximación a ambos recursos, re-

(58) Rec. I-6065.

(59) En consecuencia, «los órganos jurisdiccionales —nacionales— no son competentes para ordenar medidas provisionales en espera de que la Institución —comunitaria— actúe». El pronunciamiento del Tribunal se produjo en un contexto en que el Tribunal alemán remitente, *asumiendo de entrada su competencia para adoptar medidas cautelares de carácter positivo ante una omisión comunitaria cuestionada por la vía prejudicial de validez*, solicitó del Tribunal de Justicia que, de confirmarle la invalidez de la omisión, le respondiera *en qué condiciones estaba facultado para ejercer tal competencia* hasta la adopción de la normativa correspondiente (FJ 23: «¿En qué condiciones está facultado el órgano jurisdiccional nacional para ordenar, en el marco de un procedimiento dirigido a otorgar una protección cautelar, medidas provisionales hasta la adopción de una normativa correctora...»). El Tribunal de Justicia, llegado el momento de pronunciarse al respecto, reformuló también de entrada la cuestión en términos de duda acerca de la existencia misma de la competencia del juez nacional para adoptar medidas cautelares frente a comportamientos comunitarios de naturaleza omisiva (FJ 46: «Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión desea que se dilucide si el Tratado autoriza a órganos jurisdiccionales a ordenar, en el marco de un procedimiento dirigido a otorgar una protección cautelar a los operadores económicos afectados, medidas provisionales hasta que la Comisión haya adoptado un acto jurídico para regular...»).

(60) Negación que probablemente tuvo mucho que ver con la desconfianza del Tribunal de Justicia hacia los tribunales alemanes dada su resistencia a asumir el marco general de fondo, a saber, la organización común de mercados en el sector del plátano, establecida por el Reglamento 404/1993/CEE del Consejo, cuya legalidad había sido muy discutida en Alemania, dando lugar a acciones ejercitadas ante —y desestimadas por— los jueces europeos tanto por el Gobierno alemán (asuntos *Alemania v. Consejo*, 29 junio 1993, 280/93 R, Rec. I-3667, y 5 octubre 1994, 280/93, Rec. I-4973) como por operadores privados —incluidas sociedades belgas y neerlandesas (asuntos *Van Parijs e.a. v. Consejo y Comisión*, 21 junio 1993, 257/93, Rec. I-3336, y *Chiquita Banana e.a. v. Consejo*, 21 junio 1993, 276/93, Rec. I-3345)—, así como a cuestiones prejudiciales cuestionando la validez del Reglamento (asuntos *Atlanta*, ambos de 9 noviembre 1995, 465/93, Rec. I-3761; 466/93, Rec. I-3799). Vid. al respecto los comentarios de S. PEERS, *Taking Supremacy Seriously* y *Constitutional Principles and International Trade*, ambos en «*European Law Review*», 1998 (2), págs. 146 y ss., y 1999 (2), págs. 185 y ss.

(61) Sin olvidar que dicha negación no se extiende, según hemos visto, hasta el punto de impedir el control indirecto también vía prejudicial en el caso de las omisiones relativas o de carácter parcial.

cordada en el propio asunto *T. Port*, en cuanto expresiones de un único cauce procesal (FJ 59).

De hecho, no es casualidad (62) que fuera precisamente el asunto *T. Port* el que, tras negar la vía prejudicial para discutir frontalmente las omisiones comunitarias, estableciera la primera clara apertura de la legitimación para impugnar directamente por omisión (hasta entonces circunscrita a la condición de destinatario potencial del acto omitido), admitiendo la posibilidad de recurrir, como en la anulación, actos dirigidos a terceros sobre la base de una afectación directa e individual.

Incluso en el caso concreto abordado por *T. Port*, puede advertirse una apertura del recurso por omisión a los particulares más allá de la tradicional lectura restrictiva por el Tribunal de la afectación directa e individual como *condictio sine qua non* para poder acceder a Luxemburgo.

En efecto, comenzó el Tribunal por admitir que el Reglamento 404/93/CEE del Consejo, por el que se establecía la organización común de mercados en el sector del plátano, no sólo facultaba, sino que «obligaba» a la Comisión a adoptar todas las medidas transitorias «que estimara oportunas» con el objeto de hacer frente a la perturbación del mercado interior que pudiera ocasionar la sustitución de los diferentes regímenes nacionales por la organización común de los mercados —FJ 34, recordando al respecto su doctrina en el asunto *Alemania v. Consejo*, 29 junio 1993, 280/93 R (63)—; medidas que exigirían, conforme preveía el Reglamento, dictamen previo del comité de gestión —llamado a pronunciarse por un representante de la Comisión o de un Estado miembro— y que, de no ajustarse a dicho dictamen, podrían ser sustituidas en un plazo de un mes por otras del Consejo.

Pues bien, aun insistiendo en la amplia facultad de apreciación de la Comisión al respecto (FJ 38), y tras señalar que «corresponde al Estado miembro interesado, ante quien el operador económico afectado puede si fuera necesario someter la cuestión, solicitar, en su caso, la aplicación del procedimiento del comité de gestión», el Tribunal sostuvo que un operador económico que afirmase encontrarse en una situación de rigor excesivo podría «también dirigirse directamente a la Comisión para solicitarle que adopte, con arreglo al procedimiento de comité de gestión, las medidas particulares exigidas por su situación», quedando tanto el uno como el otro habilitados para recurrir en omisión en ausencia de actuación de la Comisión (FF.JJ. 56-58).

(62) En esta línea. K. LENAERTS, «The 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-Diritto dell'Unione Europea)*, Ed. Giuffrè, Milán, 1998, pág. 613.

(63) Rec. I-3667.

Llama la atención que el Tribunal, por lo que al «operador interesado» se refiere, basara el reconocimiento de su legitimación en que «sería el destinatario del acto que la Comisión habría dejado de adoptar o, cuanto menos, estaría directa e individualmente afectado por él», ya que lo cierto es que por ningún lado se adivinaba en el Reglamento (ni en el mencionado auto *Alemania v. Comisión*, al que tantas veces remite el Tribunal en el asunto *T. Port*, guardando sin embargo silencio a este respecto) el impulso de la acción de la Comisión a instancia de los particulares, entendida ésta como auténtico derecho a iniciar el procedimiento (64).

4.2. Y es que la cuestión de la restricción del acceso al juez comunitario, como es evidente, resulta capital, no sólo porque puede quedar en entredicho el derecho a la tutela judicial efectiva y el Estado mismo de Derecho (65), sino también porque han sido principal-

(64) En este sentido, vid. también S. PEERS, *Taking Supremacy Seriously*, cit., pág. 151, quien además advierte que el reconocimiento por el Tribunal a los operadores económicos del referido derecho procedimental habría servido para atraer hacia su competencia jurisdiccional (vía recurso por omisión) un control sobre el respeto por las Instituciones comunitarias de los derechos fundamentales (en el caso, del derecho de propiedad y del derecho al libre ejercicio de actividades profesionales) que, de otra forma, habría podido recaer, en ausencia de vías de acción ante el juez europeo, sobre los jueces constitucionales nacionales (págs. 154-156). De hecho, asumido por el Tribunal (FJ 40) que «la intervención de las Instituciones comunitarias es obligatoria, en particular, cuando el paso a la organización común de mercados lesiona los derechos fundamentales protegidos por el Derecho Comunitario de determinados operadores comunitarios, tales como el derecho de propiedad y el derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales», no habría tenido más remedio que flexibilizar sus exigencias respecto del recurso por omisión, so riesgo, de lo contrario, de «hacer imposible o excesivamente difícil» (por utilizar la fórmula reiteradamente empleada por el Tribunal en el contexto del *principio de efectividad* en el que, junto con el *principio de equivalencia*, enmarca el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario ante los tribunales nacionales) el ejercicio de tales derechos fundamentales. Recordemos de nuevo, por lo demás, que el propio Tribunal, en su *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea (1996)*, se preguntó, en el marco de una reflexión que bien podría extenderse a la inactividad de las Instituciones comunitarias, 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» (punto 20 *in fine*).

(65) Derecho a la tutela judicial efectiva que, precisamente en cuanto manifestación del Estado de Derecho, ha sido recordado en diversas ocasiones por el propio Tribunal [por ejemplo, asuntos *Granaria*, 13 febrero 1979, 101/78, Rec. 623, y *Los Verdes v. Parlamento*, 23 abril 1986, 294/83, Rec. 1339; la consolidación de la Comunidad —en cuanto parte de la Unión— como «Estado de Derecho» quedó consagrada en el Preámbulo del TUE primero —Maastricht— y en su articulado (6.1) después —Amsterdam—]. Como se ha advertido, «la legitimación puede parecer a primera vista como un tema de procedimiento y, por tanto, de menor importancia que cuestiones relacionadas con el Derecho material. Tal visión de la legitimación, sin embargo, implica minusvalorar su significado central. Una aproximación generosa por los tribunales a la legitimación y un deseo por parte de los jueces de admitirla ante una alegación de ser *ilegalidad*, son esenciales si se quiere que el Estado de Derecho sea una regla viva y no una simple frase retórica conti-

mente los ciudadanos los que, a través del ejercicio de las correspondientes acciones, han estado en el origen de la actividad del Tribunal de Justicia quizás más notoria frente al déficit normativo comunitario, consistente en suplir los silencios o insuficiencias del Derecho Comunitario, incluso de rango constitucional, por la vía de los principios generales del Derecho, labor ésta especialmente visible en el terreno de las relaciones entre el Derecho Comunitario y los Derechos nacionales, y en el de los derechos y libertades fundamentales del individuo.

En efecto, fue un recurso interpuesto por el Sr. Flaminio Costa contra una factura de electricidad el origen de la proclamación por el Tribunal de Justicia del principio de primacía (66); y fueron acciones emprendidas por el Sr. Francovich y la Sra. Bonifaci contra sus respectivas empresas, por impago, las que están en el origen de la proclamación por el Tribunal del principio de responsabilidad de los Estados miembros frente a los particulares por infracción del Derecho Comunitario (67). Como también son particulares, personas físicas o jurídicas, los que están en el origen de la mayor parte de la jurisprudencia del Tribunal profundizando vía prejudicial en el alcance del principio de eficacia directa y consagrando a escala comunitaria los derechos y libertades fundamentales del individuo. Y si esta labor normativa del Tribunal, que, sobre todo por la vía —sobre la que vol-

nuamente repetida en discursos ceremoniales» (Report of the Committee of Justice-All Souls Review of Administrative Law, *Administrative Justice: Some Necessary Reforms*, 1988, págs. 179-180). Para el Juez del Tribunal de Justicia MOITINHO DE ALMEIDA, la posibilidad para los individuos de recurrir directamente actos de naturaleza abstracta y general no parecería constituir una exigencia propia del Estado de Derecho, como lo demostraría el hecho de que, salvo raras excepciones, los Derechos nacionales no permiten la impugnación directa de leyes por los particulares —«Le recours en annulation des particuliers (article 173 du Traité CE): nouvelles réflexions sur l'expression "la concernant...individuellement"», en *Festschrift für U. Everling —Band I* (DUE, LÜTTER y SCHWARZE, Hrsg.), Ed. Nomos, Baden-Baden, 1995, pág. 869—. Admite, no obstante, que los límites concernientes a las disposiciones adoptadas por el Consejo (junto, en su caso, el Parlamento) no deberían extenderse a los reglamentos de la Comisión, proponiendo que el Tribunal, *iure condendo*, reemplace la exigencia de la afectación individual por el simple interés en recurrir (pág. 870), aunque para ello, en su opinión, sería preciso un profundo estudio sobre la capacidad de respuesta del aparato judicial comunitario (pág. 874). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que los Derechos nacionales, más que prohibir en términos absolutos la impugnación directa de leyes por los particulares, lo que hacen es restringir fuertemente la legitimación para dicha impugnación, en términos que recuerdan a la restricción manejada por el Tribunal de Justicia *con carácter general*, i.e. abstracción hecha de la naturaleza legislativa o ejecutiva de la disposición en cuestión: puede verse al respecto D. WAELBROECK y A. M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, «Cahiers de Droit Européen», 1995 (3-4), págs. 399 y ss.; también las reflexiones críticas del Abogado General JACOBS en sus trabajos *Public Law: The Impact of Europe*, «Public Law», 1999-Winter, págs. 240-241, y *The Right to a Fair Trial in European Law*, «European Human Rights Law Review», 1999 (2), pág. 148.

(66) Asunto *Costa*, 15 julio 1964, 6/64, Rec. 585.

(67) Asunto *Francovich y Bonifaci*, 19 noviembre 1991, 6 y 9/90, Rec. 5351.

veremos— de los principios generales del Derecho, ha desempeñado y sigue estando llamada a desempeñar un papel esencial en el desenvolvimiento del ordenamiento jurídico comunitario, es en sí misma asumida por los operadores —públicos y privados— europeos, ¿tiene sentido el recelo hacia una actitud vigorosa del Tribunal tendente a impulsar que sean las propias Instituciones políticas las que pongan fin no ya a lagunas, sino a omisiones contrarias al ordenamiento jurídico comunitario?

Lo dicho, sin olvidar, por lo demás, que esa decisiva participación de los ciudadanos en la construcción del ordenamiento jurídico comunitario ha tenido lugar, sobre todo, en el contexto de cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, convertidas en «piedra angular» de la integración tanto en su vertiente objetiva de mantenimiento en el estadio aplicativo de la uniformidad que implica la norma comunitaria, como en su vertiente subjetiva de tutela judicial efectiva potenciada por las restricciones que rodean el acceso directo del ciudadano al juez europeo, lo que exige extrema cautela a la hora de afrontar los retos que para la arquitectura judicial representan, en un contexto de supuesta madurez del juez nacional en el manejo del Derecho Comunitario (68), la ampliación del radio competencial del juez europeo, bajo regímenes especiales, a nuevas materias (69), y el riesgo de colapso como consecuencia de futuras adhesiones (70).

(68) En el que se enmarca el debatido endurecimiento por el Tribunal de las condiciones de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales: pueden verse, entre las más recientes, las opiniones divergentes al respecto del Abogado General RUIZ-JARABO y de O'KEEFE, ambas en el antes citado libro-homenaje a MANCINI (respectivamente, «La cooperación entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales: límites del procedimiento prejudicial», págs. 847 y ss., y «Is the Spirit of Article 177 Under Attack? Preliminary References and Admissibility», págs. 695 y ss. —también publicado, revisado y puesto al día, en la «European Law Review», 1998 (6), págs. 509 y ss.).

(69) Me refiero en particular a la extensión de sus competencias al tercer pilar, incluidas tanto la parte comunitarizada (nuevo Título IV TCE) como la que allí ha permanecido. En ambos casos, dicha extensión se produce bajo regímenes jurisdiccionales especiales. En lo que toca a la cuestión prejudicial, y por lo que respecta al tercer pilar, se deja en manos de los Estados miembros el decidir si y qué órganos jurisdiccionales nacionales pueden plantear cuestiones prejudiciales, así como, en su caso, la obligatoriedad o no del planteamiento. El nuevo artículo 68 TCE, por su parte, prevé únicamente la obligatoriedad de su planteamiento respecto de los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno, privando así del acceso a Luxemburgo a los jueces y tribunales cuyas decisiones sean recurribles [para KAPTEYN, la valoración sería globalmente positiva —«half a loaf is better than none at all»—, dado que la discusión en Amsterdam se centró no tanto en la aplicación total o parcial del mecanismo de la cuestión prejudicial al nuevo Título IV como en si éste debía siquiera ser aplicable, en la medida en que, por un lado, se temía que el Tribunal, dado el elevado número de procesos nacionales relacionados con la extranjería y el asilo, pudiera quedar colapsado y, por otro lado, se consideraba que una suspensión de tales procesos en primera instancia en espera de la decisión prejudicial chocaría con los esfuerzos de los Estados miembros por acortarlos lo máximo posible en el bien del interés público y de las partes implicadas

5. La evolución de la integración europea, con un cada vez más complejo entramado institucional, cuya labor presenta una cada vez mayor penetración en los ordenamientos jurídicos internos (y, por ello mismo, una cada vez mayor incidencia en la esfera jurídica de los Estados miembros y, en última instancia, de los propios ciudadanos), se ha visto rodeada de lagunas e insuficiencias en el plano normativo que suelen ser colmadas por el Tribunal de Justicia por la vía de los principios generales del Derecho, configurados, como es sabido, a partir del análisis comparado del Derecho de los Estados miembros (71), generalizando así la metodología prevista en el artículo 288 TCE (*ex art.* 215) a los efectos de la configuración del régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea (72).

Por lo que al funcionamiento del entramado institucional se refiere, el Tribunal ha llegado incluso a sentar algún principio de rango constitucional, plasmado posteriormente en los propios Tratados constitutivos. Tal fue el caso del acceso directo del Parlamento Europeo al Tribunal de Justicia en el marco del recurso de anulación, proclamado en el asunto *Parlamento v. Consejo*, 22 mayo 1990 (70/88) (73) —también conocido como Chernobyl—, incorporado después en el Tratado por la reforma de Maastricht.

Aunque el Tribunal basó el mencionado acceso en el principio específicamente comunitario de equilibrio institucional, el Abogado General VAN GERVEN no dudó en manejar la tutela judicial efectiva como auténtico fundamento para el reconocimiento de su legitima-

—«The Court of Justice After Amsterdam: Taking Stock», en *The European Union after Amsterdam: A Legal Analysis* (HEUKELS, BLOKKER y BRUS, eds.), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, págs. 145-146—; pueden verse también al respecto los trabajos de M. WATHELET, «La Cour the Justice: acteur et objet des réformes du Traité d'Amsterdam», págs. 135 y ss., y de B. VAN SIMAEYS y J. Y. CARLIER, «Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice», págs. 274 y ss., ambos en *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions* (coord. Y. LEJEUNE), Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, y el de P. GIRERD, *L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», 1999 (2), págs. 239 y ss.].

(70) Que traerán consigo nuevos órganos jurisdiccionales y un correlativo aumento de cuestiones prejudiciales, a traducir en las demás lenguas oficiales. Vid. las ya mencionadas propuestas y reflexiones relativas al porvenir del sistema jurisdiccional de la Unión Europea presentadas por Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal, ante los Ministros de Justicia reunidos en su calidad de Consejo en Bruselas, los días 27 y 28 de mayo de 1999, así como las consideraciones al respecto de A. ARNULL, *Judicial Architecture or Judicial Folly? The Challenge Facing the European Union*, «European Law Review», 1999 (5), págs. 516 y ss., y de J. P. JACOUE, *L'avenir de l'architecture juridictionnelle de l'Union*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», 1999 (3), págs. 443 y ss.

(71) Me remito a mi trabajo *Derecho comunitario, Derechos nacionales, y Derecho común europeo*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, págs. 227 y ss.

(72) «En materia de responsabilidad extracontractual», establece el segundo párrafo del mencionado precepto, «la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus Instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.»

(73) Rec. I-2433.

ción activa para hacer valer sus prerrogativas (74); tutela judicial que, a su vez, sería una manifestación del principio general del derecho de acceso a la justicia, asumido por el Tribunal (75) como propio del ordenamiento comunitario a partir de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros (76).

A medida que se desciende del plano interinstitucional al de las relaciones entre el poder público comunitario y los ciudadanos, en particular en su condición de administrados, se acentúa el recurso por el Tribunal a los Derechos de los Estados miembros, tanto a los efectos de colmar las lagunas o insuficiencias normativas del Derecho Comunitario como, sencillamente, de marcar la interpretación de éste. Y es que, adentrados en la esencia del Derecho Público en general y del Derecho Administrativo en particular, poco varía, en úl-

(74) En la misma línea se había pronunciado el Abogado General DARMON en el asunto *Parlamento v. Consejo*, 27 septiembre 1988, 302/87, Rec. 5615 —también conocido como asunto *Comitología*—, en el que el Tribunal, apartándose de la propuesta de DARMON, negó con carácter absoluto la legitimación activa del Parlamento, doctrina parcialmente rectificada en los términos señalados por el asunto *Chernobyl*.

Cuestión distinta a la que ahora interesa destacar, que no es otra que la familiaridad en Luxemburgo de Jueces y Abogados Generales en la utilización de la metodología extraída del actual artículo 288 TCE, es la diferencia que deriva de fundamentar la legitimación del Parlamento, como el Tribunal hizo, en el principio de equilibrio institucional, o de hacerlo, como propusieron los Abogados Generales, especialmente VAN GERVEN, en el principio de tutela judicial efectiva. Así, la segunda perspectiva, a diferencia de la primera, conduciría inexorablemente, por ejemplo, a admitir la legitimación activa en el contexto del recurso de anulación a los órganos comunitarios consultivos —Comité Económico y Social y Comité de las Regiones— cuando se vulnerara su prerrogativa a ser obligatoriamente consultados.

(75) Asunto *Johnston*, 15 mayo 1986, 224/84, Rec. 1651.

(76) Puede también traerse a colación, en el contexto de las relaciones entre la Comunidad y los Estados, la exigencia dentro de la fase precontenciosa del recurso por incumplimiento (art. 226 TCE, *ex* 169) de que la Comisión conceda al Estado miembro afectado la oportunidad de presentar sus observaciones, lo cual se traduce en la necesidad de que, con anterioridad a la emisión de su dictamen motivado, deba la Comisión dirigir al Estado una carta de requerimiento formal que ha de incorporar sucintamente las quejas formuladas y que va a predeterminar el desenvolvimiento del resto del procedimiento; exigencia ésta que fue tempranamente considerada por el Tribunal como una «forma sustancial de la regularidad del procedimiento» («aun cuando el Estado miembro afectado no considere necesario prevalerse de la oportunidad de presentar observaciones»: asunto *Comisión v. Italia*, 17 febrero 1970, 31/69, Rec. 25), destinada a asegurar el respeto, como destacaría el Abogado General MANCINI, del principio general del Derecho, bien conocido en los Derechos de los Estados miembros, *audi alteram parte* (cfr. Conclusiones en los asuntos *Comisión v. Dinamarca*, 15 diciembre 1982, 211/81, Rec. 4547; *Comisión v. Reino Unido*, 31 enero 1984, 40/82, Rec. 283, y *Comisión v. Irlanda*, 31 enero 1984, 74/82, Rec. 317).

Por otro lado, debe destacarse que no faltan casos en que, como sucedió con el principio de subsidiariedad consagrado por el Tratado de Maastricht, el propio «constituyente», consciente de los riesgos inherentes a cláusulas constitucionales en exceso abiertas y con ambiguo respaldo en los Derechos nacionales —cfr. A. ESTELLA DE NORIEGA, *La paradoja de la subsidiariedad: reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B(2) del Tratado de la Comunidad Europea*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 1999 (101), págs. 71 y ss.—, se ha encargado de concretarlas en la primera oportunidad que ha tenido de hacerlo (cfr. *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, que, inspirado en las Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo de 1992, fue introducido por la reforma de Amsterdam).

tima instancia, su misma razón de ser, que gira, ya nos movamos en el escalón europeo o nacional, en torno a «la conciliación de la autoridad necesaria de la actuación administrativa con la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad» (77).

Es precisamente en el terreno de los límites de la intervención de los poderes públicos comunitarios frente a los derechos y las libertades de las personas físicas y jurídicas, no susceptibles de ser sacrificados, o únicamente bajo condiciones muy estrictas, en aras de la colectividad, donde el Tribunal llega a cubrir, siguiendo la metodología que preside su configuración de los principios generales del Derecho (78), no ya una laguna, sino un auténtico océano, ante la ausencia en el ámbito comunitario de un catálogo escrito de tales derechos y libertades (79).

Dos cuestiones merecen ser destacadas a este respecto: por un lado, el «constituyente» ha creído conveniente seguir confiando al Tribunal la labor de configuración de los derechos y las libertades de los individuos en el marco comunitario (80); por otro lado, aun cuando se produjera una intervención del «constituyente» o del legislador en este terreno, es evidente que la intervención del Tribunal seguiría siendo decisiva a la hora de fijar el alcance y encauzar la evolución de los derechos y las libertades positivados (81).

(77) J. RIVERO, «Vers un Droit Commun Européen: nouvelles perspectives en Droit Administratif», en *New Perspectives for a Common Law of Europe. Nouvelles perspectives d'un Droit Commun de l'Europe*, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 1978, pág. 401. Basta al respecto con comparar la cita de RIVERO con las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ en su *Curso de Derecho Administrativo I* (Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 46), a su vez muy similares a las de WADE en su *Administrative Law* (Ed. Clarendon Press, Oxford, 1988, pág. 15) y a las del Abogado General LAGRANGE en el asunto *Hoo-govens* (12 julio 1962, 14/61, Rec. 485): «El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías. En último término, todos los problemas jurídico-administrativos consisten en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos.»

(78) Con la matización de que en el terreno de los derechos y libertades cobran especial relevancia los tratados y convenios internacionales sobre la materia, en especial el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950).

(79) Puede verse al respecto, entre las más recientes, la obra colectiva, coordinada por P. ALSTON, *The EU and Human Rights*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1999.

(80) Pues no se ha incorporado con la reforma de Amsterdam previsión alguna para amparar, conforme exigió el Tribunal en su poco afortunado *Dictamen 2/94, 1996*, Rec. I-1759, una posible adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que aunque con los límites —que no son de poco alcance— derivados de las cláusulas de «orden público» y de «salvaguardia del interés general y de la seguridad interior» (actuales arts. 68.2 TCE y 35.4 TUE), el Tribunal ha visto ampliadas sus competencias al tradicionalmente «núcleo duro» en materia de derechos humanos, a saber, la justicia penal, así como la inmigración y el asilo.

(81) De hecho, son normales las intervenciones del Tribunal perfilando el alcance de principios, derechos o libertades por él ya consagrados.

Y, en tal contexto, vuelve a resultar esencial el acceso de los ciudadanos al juez europeo, incluida la vía prejudicial. Ello no sólo porque resulta difícilmente sostenible un elenco europeo de derechos y libertades carente de una protección jurisdiccional a escala europea, sino también porque, en su labor de configuración pretoriana, Luxemburgo está en mejores condiciones que el juez nacional para llevar a cabo los análisis de Derecho Comparado que exige dicha configuración (82).

III

6. Cuando el déficit normativo en el marco jurídico comunitario tiene su origen en la inercia de los Estados miembros respecto de sus obligaciones de ejecución, sabido es que la vía más directa para hacer frente al mismo es el recurso por incumplimiento a activar por la Comisión (art. 226 TCE, *ex* 169) o por los demás Estados miembros (art. 227 TCE, *ex* 170) —respaldado en su caso, tras la reforma de Maastricht, con la posibilidad de imposición por parte del Tribunal de multas y sanciones pecuniarias a los Estados recalcitrantes (art. 228 TCE, *ex* 171)—, a la que acompaña la vía indirecta de la cuestión prejudicial a plantear por los órganos jurisdiccionales nacionales (art. 234 TCE, *ex* 177) (83).

(82) Por de pronto, porque en el Tribunal de Justicia confluyen a través de cada Juez todas y cada una de las concepciones jurídicas de los Estados miembros. Comparto, pues, la opinión del propio Tribunal de Justicia, que, en su *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea (1996)*, sostuvo que «la presencia de todos los sistemas jurídicos nacionales en el seno del Tribunal de Justicia reviste cierta —mucho, diría yo— utilidad para el desarrollo armonioso de la jurisprudencia comunitaria, al tenerse en cuenta las concepciones fundamentales admitidas en los diferentes Estados miembros y al facilitarse de este modo la aceptación de las soluciones adoptadas» (punto 16). Sobre los pros y los contras, con vistas a futuras ampliaciones de la Unión, respecto de la presencia en el Tribunal de Justicia de jueces provenientes de todos los Estados miembros (implicando así a la totalidad de los sistemas jurídicos nacionales en la configuración de los principios generales de Derecho Comunitario), puede verse T. KENNEDY, «Thirteen Russians! The Composition of the European Court of Justice», en *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in Honour of Lord Mackenzie Stuart*, Ed. Trenton Publishing, Hampshire, 1996, págs. 81 y ss.

(83) Aunque el artículo 234 TCE parece circunscribir la cuestión prejudicial a la existencia de una duda razonable que surja con relación a la interpretación del Derecho Comunitario, abstracción hecha, pues, del Derecho interno, lo cierto es que desde los mismos comienzos de funcionamiento de la Comunidad pudo constatarse que la cuestión prejudicial de interpretación era con frecuencia planteada en un contexto de conflicto entre los ordenamientos comunitario e interno, de manera que la pretensión del juez remitente a través de la cuestión prejudicial era, en definitiva, obtener del Tribunal de Justicia una respuesta a los efectos de poder resolver el mencionado conflicto. Así las cosas, ya en el asunto *Van Gend & Loos*, 5 febrero 1963 (26/62), Rec. 1, el Tribunal abonaría el terreno para una máxima explotación de las posibilidades que abría la cuestión prejudicial de interpretación con relación a los incumplimientos de los Estados miembros, al afirmar que

Ahora bien, la sentencia declarativa de incumplimiento carece por sí sola de efectos terapéuticos inmediatos (esto es, a efectos de la plena vigencia y efectividad del Derecho Comunitario ante la ausencia de desarrollo interno), limitándose a servir de llave para, de ser inejecutada, activar la posibilidad de imposición de multas coercitivas, mecanismo de presión para un efectivo ejercicio —obligado— de los poderes normativos por parte de las Instituciones nacionales.

Como también carece por sí sola de efectos terapéuticos inmediatos la técnica de la responsabilidad de los Estados frente a los particulares por los daños y perjuicios que a éstos ocasionen las inejecuciones normativas de aquéllos, que debe, en su caso, acompañar a la eficacia aplicativa (o eficacia directa, como gusta denominar al Tribunal de Justicia) para un completo cumplimiento del Derecho Comunitario; ésta, a su vez, no exime a los efectos de una plena satisfacción de las exigencias derivadas del ordenamiento jurídico comunitario, el complemento, cuando obligado, de la norma interna de ejecución.

Dicho lo cual, debe resaltarse que tanto por lo que respecta a la eficacia aplicativa como a la responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario, principios de rango constitucional a través de los cuales se suavizan las perniciosas consecuencias derivadas de la inercia de los poderes normativos nacionales y se presiona a éstos indirectamente para una correcta ejecución del Derecho Comunitario, el Tribunal no se ha limitado a proclamarlos vía pretoriana en ausencia de una previsión expresa en los Tratados, sino que ha participado activamente —y sigue haciéndolo— en su operatividad cotidiana a través de las pautas que va marcando a los jueces nacionales en el marco de las cuestiones prejudiciales de interpretación por éstos planteadas.

«la vigilancia de los individuos afectados en orden a proteger sus derechos equivale a una efectiva supervisión que se suma a la confiada por los artículos 169 y 170 a la diligencia de la Comisión y de los Estados miembros». Y al año siguiente, en el asunto *Flaminio Costa*, 15 julio 1964 (6/64), Rec. 585, preguntado directa y frontalmente por el juez remitente acerca de la compatibilidad entre determinada legislación italiana y el Tratado CEE, el Tribunal de Justicia admitiría la cuestión prejudicial, consagrando una aproximación al *ex* artículo 177 que aparecerá reiteradamente en su jurisprudencia posterior, a saber, que aunque dicho precepto no le permite decidir sobre la interpretación, alcance o validez del Derecho interno en su relación con el Comunitario, cuestiones éstas circunscritas al marco de una acción por incumplimiento, sí le permite, por el contrario, deducir de las cuestiones prejudiciales planteadas aquellos elementos que entran en el ámbito de la interpretación del Derecho Comunitario con el propósito de permitir al juez nacional resolver el problema jurídico al que se enfrenta, o de permitirle apreciar los efectos de la normativa interna o, sin más, la conformidad de la legislación nacional con la comunitaria.

7. De una escala de mayor a menor efectividad del Derecho Comunitario pese al déficit normativo interno (84), habría que comenzar hablando de la eficacia aplicativa, técnica que permite aplicar la norma comunitaria pese a la ausencia de su debida ejecución por los Estados miembros y que reviste una especial relevancia en el marco de un sistema que, como el comunitario, presenta como una de sus fuentes más características la Directiva, instrumento que exige por definición su incorporación al Derecho interno.

7.1. A través de una jurisprudencia muy elaborada y bien conocida (85), con un claro trasfondo sancionador (86), el Tribunal de Justicia admitió la posibilidad de que los particulares —víctimas de la infracción— pudieran invocar a su favor contra los Estados —autores de la infracción— (87) aquellas disposiciones de las Directivas que fueran precisas e incondicionales (88) en caso de falta de ejecución normativa interna —o ejecución incorrecta— dentro del debido

(84) Subrayo el hecho de que el marco de análisis sea el del déficit normativo interno, quedando fuera del mismo los supuestos en que no existe obligación de ejecutar normativamente la norma comunitaria, que excluyen por definición reflexiones en torno a las vías de reacción frente a la inercia nacional más allá del terreno formal de la depuración, en virtud del principio de seguridad jurídica, de las normas internas incompatibles con las comunitarias.

(85) Vid. por todos S. PRECHAL, *Directives in European Community*, Clarendon Press, Oxford, 1995, así como las ponencias del 18.º Congreso de la Federación Internacional de Derecho Europeo (Estocolmo, 1998), dedicadas a los efectos, la eficacia y la justiciabilidad de las Directivas comunitarias.

(86) En esta línea se pronuncia también TIMMERMANS en el informe comunitario (punto I.1) presentado en el 15.º Congreso de la Federación Internacional de Derecho Europeo (Lisboa, 1992), en el marco de las ponencias dedicadas a la sanción de las infracciones del Derecho Comunitario.

(87) «El Estado miembro que no ha adoptado a su debido tiempo las medidas de ejecución impuestas por la directiva no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que le impone la directiva» (asunto *Ratti*, 5 abril 1979, 148/78, Rec. 1629).

(88) En algunas decisiones el Tribunal de Justicia se refirió también a la «claridad» de las Directivas como carácter necesario para admitir su eficacia directa (así, asunto *Auer*, 22 septiembre 1983, 271/82, Rec. 2727). Tal referencia, sin embargo, acabó, por puro sentido común, por desaparecer (aunque ha reaparecido en el diferente contexto de la responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario a los efectos de la calificación de la infracción como «suficientemente caracterizada»), ya que la labor del juez consiste precisamente en interpretar las posibles «oscuridades» de las normas, como señalaba ya en el siglo pasado nuestro Código Civil de 1888 (cuyo artículo 6, párrafo primero, establecía que «el tribunal que rehúse fallar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad»), inspirado en el Código Civil napoleónico de 1804 (conforme a cuyo artículo 4, «le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice»). En dicha labor, por lo demás, el juez nacional se encuentra respaldado por la posibilidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (como recordó el propio Tribunal en el asunto *Van Duyn*, 4 diciembre 1974, 41/74, Rec. 1337: «si el sentido y el alcance exacto de la disposición pueden plantear cuestiones de interpretación, estas cuestiones son susceptibles de ser resueltas por los tribunales, teniendo en cuenta también el procedimiento previsto en el artículo 177» —FJ 14—).

plazo (89). Las autoridades públicas, a su vez, no podrían, en principio, aplicar directamente las Directivas en contra de los particulares (negándose, pues, la eficacia vertical inversa), debiendo proceder a su correcta ejecución y, a partir de ahí, a la aplicación del Derecho interno (90). Finalmente, en la medida en que sería el propio autor de la infracción que provoca la entrada en juego de la eficacia directa en el caso de las Directivas el que debiera sufrir las consecuencias de ésta, no cabría su directa aplicación en los litigios horizontales o *inter privatos* (91).

En el contexto específico de la inercia del legislador interno —y no, por tanto, de su actividad normativa que resulte finalmente ser incompatible con el Derecho Comunitario (92)—, vamos a centrar nuestras reflexiones en los problemas que plantea la doctrina del Tribunal, por un lado, con relación a las inejecuciones internas de Directivas que dejan margen de apreciación a los Estados miembros (93) y, por otro, con relación a las insuficiencias que para una plena operatividad del Derecho Comunitario representa el mencionado trasfondo sancionador que preside la conceptualización de la eficacia directa en el particular caso de las Directivas.

Por lo que se refiere a las Directivas que dejan margen de apreciación en su ejecución por los Estados miembros, el Tribunal admitió, en una jurisprudencia que se remonta a la década de los setenta, la posibilidad de invocarlas «ante un tribunal nacional en orden a que éste determine si las autoridades nacionales competentes, al ejercitar la elección que les corresponde en cuanto a las formas y medios de ejecutar la Directiva, se han mantenido dentro de los límites de la discrecionalidad establecidos por la Directiva» (94). Dicha jurisprudencia (95), que

(89) Asunto *Becker*, 19 enero 1982, 8/81, Rec. 53.

(90) Asunto *Marshall*, 26 febrero 1986, 152/84, Rec. 723.

(91) Asunto *Faccini Dori*, 14 julio 1994, 91/92, Rec. I-3325.

(92) En cuyo contexto se plantea, por ejemplo, la posibilidad de aplicar las Directivas aun antes de haber finalizado el plazo de ejecución: asunto *Inter-Environnement Wallonie*, 18 diciembre 1997, 129/96, Rec. I-7411.

(93) Que debía ser la regla general en el caso de todas las Directivas a la luz de la letra y del espíritu del antiguo artículo 189 TCE (actual 249). Existe, pues, una paradoja insoslayable en la doctrina del Tribunal de Justicia: a medida que una Directiva es más precisa e incondicional y, por tanto, más apta para producir efectos aplicativos, más se aleja de la letra y del espíritu del Tratado. De ahí que, aun siendo obvio, no venga de más el recordatorio del Protocolo de Amsterdam sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (apartado 6): «La Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco —noción ésta un tanto tautológica— a las medidas detalladas. Las directivas, tal y como se definen en el artículo 189 del Tratado, aunque obliguen al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejarán a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.»

(94) Asunto *VNO*, 1 febrero 1977, 51/76, Rec. 113.

(95) Cfr. asuntos *Delkvist*, 29 noviembre 1978, 21/78, Rec. 2327; *Grunert*, 12 junio 1980, 88/79, Rec. 1827, y *Smit Transport*, 25 enero 1983, 126/82, Rec. 73.

permaneció en cierta medida arrinconada como consecuencia de la insistencia en la precisión e incondicionalidad (96) como caracteres por antonomasia para una aplicación directa de las Directivas, y que ha sido debidamente recuperada por el Tribunal a mediados de los noventa (97), presenta importantes interrogantes en el terreno en el que nos estamos moviendo de las ausencias de ejecución.

En efecto, asumida la aplicabilidad de una Directiva si el Estado sobrepasa el margen de apreciación permitido, se plantea qué sucede en aquellos supuestos en que las acciones ejercitadas por los particulares revisten no una naturaleza puramente reaccional, sino que van dirigidas a exigir una determinada actuación de los poderes públicos internos en un contexto de vacío normativo provocado por la inejecución de la Directiva correspondiente.

Como he sostenido en otro lugar (98), el Tribunal de Justicia parece en tales casos asumir que el juez nacional no podría sustituir al poder normativo de los Estados miembros en la concreción del margen de apreciación permitido, cuando lo cierto es que, según el propio Tribunal, «la obligación de los Estados miembros, derivada de la directiva, de conseguir el resultado en ella previsto, y su deber, conforme al artículo 5 TCE, de adoptar todas las medidas apropiadas, generales o particulares, para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, vincula a todas las autoridades de los Estados miembros incluidos, en materia de su competencia, los tribunales» (99). Y si la expresión «en materia de su competencia» se interpreta, como creo que debe hacerse, en el sentido de competencia para conocer y resolver los asuntos ante ellos planteados, los tribunales nacionales deberían, en el marco de los litigios concretos en que intervienen, proceder a una integración judicial de la Directiva aun en presencia de margen de apreciación siempre que el resultado a conseguir aparezca perfectamente delimitado, sin perjuicio de que dicha integración judicial sea posteriormente sustituida por la correspondiente ejecución normativa (100) y sin que tenga en tal caso por qué existir coin-

(96) O, lo que es igual, en la ausencia de margen de apreciación, que se traduce en disposiciones «no sujetas a ninguna condición, ni subordinadas, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros» (incondicionalidad) y que impongan «una obligación en términos inequívocos» (precisión): asunto *Difesa della Cava*, 23 febrero 1994, 236/92, Rec. I-483.

(97) Asunto *Kraaijeveld*, 24 octubre 1996, 72/95, Rec. I-5403. Vid. últimamente asuntos *World Wildlife Fund*, 16 septiembre 1999, 435/97, y *Comisión v. Irlanda*, 21 septiembre 1999, 392/96, aún no publicados en la Recopilación del Tribunal.

(98) *Community and National Legal Orders: Autonomy, Integration and Interaction*, Collected Courses of the Academy of European Law, Volume VII, Book 1, Kluwer Law International, 1999, pág. 120.

(99) Asunto *Von Colson y Kamann*, 10 abril 1984, 14/83, Rec. 1891.

(100) Como exige, como veremos, una completa y correcta ejecución de las Directivas.

cidencia entre ambas, bien entendido que tanto la una como la otra deberán en todo caso moverse dentro del margen permitido (101).

Por lo que respecta a las insuficiencias que para una plena operatividad del Derecho Comunitario derivan de la filosofía sancionadora que subyace en la conceptualización de la eficacia directa en el particular caso de las Directivas (102), especialmente las derivadas de la negación de su eficacia horizontal, el propio Tribunal ha ido introduciendo sucesivas matizaciones, en lo que constituye una aproximación a la cuestión del alcance de estos instrumentos de armonización jurídica desde un prisma más cercano a su propia condición de normas jurídicas.

7.2. Dejando a un lado, como adelanté, matizaciones cuyo terreno de expresión natural se sitúa no en las inejecuciones normativas, sino en las ejecuciones normativas dudosamente correctas o claramente incorrectas (103), merece mención especial, por su progre-

(101) Cfr. asunto *FNV*, 4 diciembre 1986, 71/85, Rec. 3855, con relación a la Directiva del Consejo sobre la prohibición de toda discriminación por razón de sexo en materia de Seguridad Social. Alegaba el Gobierno holandés que el artículo 4 de la Directiva «no tiene eficacia directa porque no señala a los Estados los medios con los que poner en práctica el principio de igualdad de trato». Así, sostenía, la normativa nacional incompatible con el mencionado precepto «puede modificarse por lo menos de cuatro maneras distintas, pero idóneas todas ellas para hacer efectiva la igualdad hombre-mujer pretendida por la Directiva», de manera que «semejante abanico de soluciones demuestra cuán amplio es el margen de apreciación concedido a los Estados». El Abogado General MANCINI, sin embargo, consideró que si bien era cierto que la supresión de la discriminación admitía, efectivamente, diversas modalidades de ejecución, lo cual no era sino una manifestación del margen de apreciación permitido a los Estados miembros, debía rechazarse en todo caso la posibilidad de aplicar un régimen discriminatorio, de manera que las mujeres víctimas de la discriminación tenían el derecho a oponerse a la misma y a reclamar el mismo tratamiento previsto para los hombres, «lo que no implica, desde luego, que esta solución sea obligatoria». «Así —continuó—, el Estado que la juzgue demasiado onerosa podrá modificar su propio ordenamiento previendo modalidades diversas, si bien conformes al resultado querido por la fuente comunitaria», en cuyo caso «el legislador no hará otra cosa que dar cumplimiento a la obligación que le ha sido impuesta».

(102) No ya de insuficiencias, sino de incoherencias, habría que hablar en relación con la globalización del concepto de «Estado» a los efectos de la invocabilidad de las Directivas por los particulares o, desde la otra cara de la moneda, a los efectos de no poder utilizarlas en contra de éstos, considerándose «Estado», por ejemplo, una empresa en la que existe una participación o control estatal (asunto *Foster*, 12 julio 1997, 188/89, Rec. 3313), y admitiéndose al mismo tiempo que municipios puedan invocar una directiva a favor de su no sujeción al IVA respecto de las actividades desempeñadas en el ejercicio de funciones públicas (asunto *Comune di Carpaneto Piacentino*, 17 octubre 1989, 231/87 y 129/88, Rec. 3233). Los Abogados Generales, por su parte, han insistido, por un lado, en lo absurdo que resulta en muchas ocasiones hacer sufrir las consecuencias del incumplimiento estatal a organismos que absolutamente nada tienen que ver con dicho incumplimiento y, por otro lado, en el riesgo de distorsiones no sólo entre los Estados miembros, sino dentro de los propios Estados miembros, como consecuencia de la aplicación de un régimen distinto en función del mayor o menor grado de privatización interna del sector sobre el que incidan las Directivas (cfr. las Conclusiones de VAN GERVEN en *Marshall II*, 2 agosto 1993, 271/91, Rec. I-4367, de JACOBS en *Le Foyer*, 3 marzo 1994, 316/93, Rec. I-763, y de LENZ en *Faccini Dori*, 14 julio 1994, 91/92, Rec. I-3325).

(103) Terreno en el que, por ejemplo, se sitúa la doctrina *Inter-Environnement Walloonie* (cfr. M. BELLIDO BARRIONUEVO, *La eficacia de las Directivas durante el plazo de transposi-*

siva consolidación en escena, la denominada *eficacia indirecta*, expresión con la que se pretende englobar aquellos supuestos en los que un particular solicita la directa aplicación de una Directiva frente a una autoridad pública, a resultas de la cual deriva un perjuicio para un tercero.

ción, pendiente de publicación). O la doctrina de la eficacia interpretativa, que impone a los jueces nacionales forzar al límite del *contra legem* la interpretación de las normas internas en la búsqueda de su plena compatibilidad con las comunitarias (asunto *Von Colson y Kamann*, 10 abril 1984, 14/83, Rec. 1891), hasta el punto de difuminar la frontera entre una aplicación de la norma interna a la luz de la Directiva y una directa aplicación de ésta (asunto *Marleasing*, 13 noviembre 1990, 106/89, Rec. 4135, que puntualizó, respecto de *Von Colson y Kamann*, que la mencionada obligación se extendía al Derecho nacional preexistente a la Directiva). La cuestión a debatir en este marco de la eficacia interpretativa es si aquí también subyace el trasfondo sancionador presente en la eficacia directa. Esto es, si, como propuso el Abogado General MISCHO en el asunto *Kolpinghuis Nijmegen*, 8 octubre 1987, 80/86, Rec. 3969, «el juez no puede basarse en una Directiva para modificar en un sentido desfavorable para el particular la interpretación que se desprenda de criterios de apreciación nacionales». Con otras palabras, ¿estaría obligado el juez a forzar la interpretación del Derecho nacional hasta el límite del *contra legem*, cuando dicho esfuerzo interpretativo tendría como consecuencia empeorar la posición del particular que litiga contra la Administración respecto de la posición en que dicho particular quedaría situado si ese mismo Derecho nacional se interpretara aisladamente, esto es, abstracción hecha de la Directiva en cuestión? En el asunto *X*, 12 diciembre 1996, 74 y 129/95, Rec. I-6609, el Tribunal sostuvo que el esfuerzo interpretativo de conformación del Derecho interno con el comunitario, según la doctrina *Marleasing*, era también plenamente operativo en el contexto de las relaciones verticales, operatividad que sólo resultaría limitada como consecuencia de la entrada en juego de principios generales del Derecho; en ausencia, pues, de tales principios, el juez está obligado a interpretar el Derecho interno a la luz de las Directivas, por mucho que tal interpretación pueda desembocar en una situación para el particular más desfavorable que la que resultaría de una interpretación aislada de ese mismo Derecho interno.

Fue esta eficacia interpretativa, por cierto, la que en realidad entró en juego en el asunto *Ruiz Bernáldez*, 28 marzo 1996, 129/94, Rec. I-1847, mal interpretado por la doctrina europea, que lo ha comentado (vid. *infra* la bibliografía citada con relación al asunto *CIA Security International*) como un caso de directa aplicación de una Directiva en contra de un particular, generándole supuestamente una clara obligación jurídica. El asunto principal versaba sobre una apelación por el Ministerio Fiscal español (a la que se adhirió el condenado) contra una sentencia de un Juzgado de lo Penal que había condenado al autor de unos daños causados en un accidente de tráfico a hacerse cargo de la responsabilidad civil, liberando de tal responsabilidad a la entidad aseguradora. La sentencia se basaba en legislación española según la cual los daños causados por un conductor en estado de embriaguez estaban excluidos de la cobertura del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de automóviles. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Sevilla se dirigió al Tribunal de Justicia, y cito textualmente las Conclusiones del Abogado General LENZ, sin ocultar «su criterio —aplicado también en procedimientos anteriores— según el cual es necesaria una interpretación del Derecho español que sea conforme con las Directivas, de manera que, aunque en su caso, la exclusión de responsabilidad sea válida respecto a las relaciones internas entre aseguradora y tomador de seguro, en ningún caso puede oponerse a la víctima. Por consiguiente, en principio, no cabe duda de que la aseguradora está obligada a responder frente a la víctima, sin perjuicio del derecho de repetición frente al autor de los daños». «El Tribunal remitente —continúa el Abogado General— se muestra convencido de que tal criterio es satisfactorio y lo fundamenta detalladamente, pero llama la atención sobre el hecho de que otra Sección de la Audiencia Provincial ya se ha pronunciado en distinto sentido sobre la misma cuestión litigiosa, por lo que, en aras de una aplicación uniforme del Derecho, debe considerarse que existen dudas sobre la interpretación del Derecho Comunitario.» Planteada la cuestión prejudicial en este y no otro contexto, el Tribunal se limitó a confirmar lo que ya intuía la Sección remitente de la Audiencia, señalando que la Directiva en

El terreno tradicional ha sido el de la contratación pública, en el que la vulneración de las Directivas comunitarias reguladoras de la materia, invocable en contra del organismo público adjudicador, puede tener evidentes consecuencias perjudiciales sobre el adjudicatario (104).

Pero la riqueza de la práctica ha comenzado a mostrarnos nuevos terrenos propicios para este tipo de eficacia.

Es el caso de la ejecución del Derecho Comunitario medioambiental, y en particular de la ejecución de obligaciones vinculadas al sometimiento de proyectos a evaluaciones de impacto ambiental. Así, el Tribunal ha admitido la invocabilidad por los particulares de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en el marco de impugnaciones contra actividad pública contraria a las exigencias derivadas de la misma; invocabilidad que bien puede traducirse en consecuencias desfavorables para, por ejemplo, los titulares de proyectos autorizados sin la por hipótesis obligada evaluación de impacto ambiental (asunto *World Wild Fund*, 16 septiembre 1999, 435/97) (105).

También puede traerse a colación, moviéndonos de terreno, el asunto *Smith & Nephew Pharmaceuticals*, 12 noviembre 1996 (201/94) (106), en el que el Tribunal admitió que el titular de una autorización de comercialización original concedida según el procedimiento contemplado en una Directiva (relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre especialidades farmacéuticas) pudiera ampararse directamente en ella, en el marco de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional nacional, con el fin de impugnar la validez de una autorización concedida por la autoridad pública competente, sobre la base de la Directiva en cuestión, a uno de los competidores para una especialidad patentada de igual denominación; y lo mismo debía sostenerse, añadió el Tribunal, cuando la autorización impugnada, aunque concedida en el marco de otro procedimiento nacional, debiese haber sido concedida sobre la base de la Directiva.

Ahora bien, ¿qué habría sucedido si, en lugar de impugnar direc-

cuestión «se opone a que el asegurador pueda invocar disposiciones legales o cláusulas contractuales para negarse a indemnizar a los terceros víctimas de un accidente causado por el vehículo asegurado» (FJ 20), añadiendo después que, en cambio, «no se opone a que disposiciones legales o cláusulas contractuales prevean, en ciertos casos, el posible derecho de repetición del asegurador frente al asegurado» (FJ 22).

(104) Asuntos *Fratelli Constanzo*, 22 junio 1989, 103/88, Rec. 1839; *Furlanis*, 26 octubre 1995, 134/94, Rec. I-3633, y *Hera*, 16 octubre 1997, 304/96, Rec. I-5685.

(105) Aún no publicado en la Recopilación del Tribunal de Justicia.

(106) Rec. I-5846.

tamente actividad administrativa contraria a la Directiva (107), el titular de la autorización de comercialización original hubiera intentado discutir la validez de la autorización incorrectamente concedida al competidor en el marco de un hipotético litigio que enfrentara a ambos de manera frontal, i.e. en el marco de un litigio *inter privatos*?

Veamos cómo operó el Tribunal en el asunto *CIA Security International*, 30 abril 1996 (194/94) (108), en el que las partes litigantes eran tres empresas competidoras cuya actividad comercial era principalmente la fabricación y venta de sistemas y centrales de alarma.

Una de ellas (*CIA Security International*) solicitó ante el Tribunal de Comercio de Lieja que se condenara a las otras dos (*Signalson* y *Securitel*) a poner fin a supuestas actividades desleales consistentes en haberla difamado imputándole que un sistema antirrobo por ella comercializado no cumplía con los requisitos establecidos por la legislación belga en materia de sistemas de seguridad; las sociedades demandadas, por su parte, propusieron reconveniones dirigidas a que se prohibiera a la demandante proseguir sus actividades, alegando que comercializaba un sistema de alarma no homologado.

Pues bien, en dicho contexto (109), el Tribunal de Justicia sostuvo que la legislación belga sobre las empresas de seguridad constituía reglamentación técnica que, antes de su adopción, debía haber sido notificada a la Comisión con arreglo a la Directiva 83/189/CEE, por la que se establece un procedimiento de información en materia de comercialización de sistemas y centrales de alarma; y, al no haber procedido Bélgica a la mencionada notificación, los particulares (en el caso, *CIA Security International*) podían invocar el incumplimiento de dicha obligación precisa e incondicional ante los órganos juris-

(107) Podría también traerse aquí a colación el asunto *Pafitis e.a.*, 12 marzo 1996, 441/93, Rec. I-1347, cuyo origen era un litigio entre un banco y los nuevos accionistas, por una parte, y los antiguos accionistas, por otra, que impugnaban los aumentos de capital social del banco realizados mediante una decisión del Gobernador del Banco de Grecia y un acto del administrador provisional del banco, adoptados en virtud de un Decreto Presidencial, sosteniendo el Tribunal de Justicia que la Segunda Directiva sobre Sociedades se oponía a que pudiera acordarse, como permitía la legislación griega, el aumento de capital social mediante un acto administrativo y sin el acuerdo de la junta general de accionistas. Debe matizarse, no obstante, cómo ante las alegaciones de los demandados de que una solución como la finalmente adoptada por el Tribunal supondría admitir la eficacia horizontal (dado que en la época de los hechos controvertidos el banco en cuestión era privado), el Abogado General TESAURO consideró, en la línea de *Smit & Nephew Pharmaceuticals*, que «es suficiente destacar que el acto impugnado por las demandantes ante el Juez nacional es un acto administrativo, adoptado por un administrador provisional designado por el Gobernador del Banco de Grecia, cuyo nombramiento y conducta están (y en realidad estuvieron) sujetos a ratificación legislativa».

(108) Rec. I-2201.

(109) Sobre la imposibilidad de oponerse a la aplicación de reglamentaciones técnicas no notificadas fuera del específico contexto de la liberalización de los intercambios de mercancías entre los Estados miembros, vid. asunto *Lemmens*, 16 junio 1998, 226/97, Rec. I-3711.

dicionales nacionales a los efectos de oponerse a la aplicación de la normativa belga (110).

Asumió así el Tribunal el razonamiento del Abogado General ELMER, para quien la cuestión clave era que debía admitirse en todo caso que un particular pudiera oponerse a la aplicación de normativa nacional (adoptada, pues, por el *Estado*) no notificada que previera sanciones o prohibiciones con independencia de que dicha aplicación se suscitara entre un particular y el Estado (actuando éste, por ejemplo, como fiscal o defensor del consumidor) o entre particulares.

Diversas explicaciones han sido presentadas por la doctrina al respecto. Así: 1) que se trató de un caso no tanto de imposición a particulares (Signalson y Securitel) de obligaciones jurídicas, en el sentido estricto del término, derivadas directamente de una Directiva, como de asunción por éstos de simples efectos desfavorables o desventajosos al liberar a otro particular (CIA Security International) de una obligación que, a su vez, no podía imponérsele al derivar de Derecho nacional contrario (111) a la Directiva (112); 2) que el asunto era en última instancia de naturaleza pública, y no privada, en la medida en que la demandante (CIA Security International) lo que perseguía era el cumplimiento por las demandadas (Signalson y Securitel) de una obligación de Derecho Público (y no de Derecho Privado), a saber, el debido respeto de la legislación belga sobre prácticas comerciales (113); 3) que el demandante (CIA Security International) no basó su pretensión *directamente* en la Directiva,

(110) Sobre las distintas consecuencias que a efectos de su invocabilidad por los particulares derivan de vincular o no la obligación de comunicar a la Comisión los proyectos de normativa nacional con una subordinación de su entrada en vigor a la aprobación o a la no oposición de la Comisión, en un contexto de control comunitario con participación de los demás Estados miembros, vid. las consideraciones del Tribunal (FF.JJ. 49 y 50) y del Abogado General en torno a las diferencias entre *CIA Security International* y el asunto *Enichem Base*, 13 julio 1989, 380/87, Rec. 2491.

Sobre la posibilidad de oponerse a la aplicación de normas nacionales que, sobre la base del apartado 4 del antiguo artículo 100 A TCE (actual 95.4), establezcan excepciones a las normas armonizadas, sin haber obtenido su confirmación por la Comisión, vid. asunto *Kortas*, 1 junio 1999, 319/97, aún no publicado en la Recopilación del Tribunal de Justicia (cfr. al respecto el nuevo apartado 6, añadido por Amsterdam, según el cual se considerarán aprobadas las excepciones notificadas sobre las que la Comisión no se haya pronunciado en un plazo de seis meses).

(111) En el caso, por cuanto no notificado a la Comisión.

(112) P. CRAIG y G. DE BÜRCA, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 1998, págs. 207-208, 210. Cfr. el concepto de efecto horizontal «pasivo» manejado por J. STUYCK y P. WYNTICK en su comentario a *Marleasing* en la «Common Market Law Review», 1991 (1), págs. 212 y ss., que, ligado a la generación de inconvenientes, que no obligaciones jurídicas *stricto sensu*, conduciría a la admisión de que un particular pueda invocar una Directiva a los efectos de oponerse a la aplicación de disposiciones nacionales invocadas por otro particular.

(113) J. STUYCK, en su comentario a *El Corte Inglés, Ruiz Bernáldez y Pafitis e.a.*, en la «Common Market Law Review», 1996 (6), pág. 1271.

limitándose a invocarla *indirectamente* a los efectos de oponerse a una aplicación de normativa nacional con ella incompatible (114).

Si alguna conclusión clara puede extraerse al respecto es que la doctrina del Tribunal en cuanto a la eficacia de las Directivas muestra, en todo caso, una tendencia hacia una progresiva ampliación de sus posibilidades aplicativas (115), sugiriendo nuevas complejidades conceptuales (116) que, cabría plantearse, quizás deberían trasladarse al terreno de la vía indemnizatoria por los daños y perjuicios que ocasionen las infracciones por los Estados del Derecho Comunitario, la cual podría ser aprovechada, y no precisamente a costa de una plena y efectiva aplicación del Derecho Comunitario, por particulares víctimas de dicha plena y efectiva aplicación cuando procedente de Directivas (particulares que, titulares o no de derechos en sentido estricto del término, no tendrían, por hipótesis, la obligación jurídica de soportar la carga de una directa aplicación de las Directivas).

7.3. Interesa finalmente destacar la jurisprudencia consolidada del Tribunal, vinculada al principio de seguridad jurídica, en el sentido de que la eficacia directa no constituye más que una «garantía mínima» frente a la anómala situación provocada por el incumplimiento por los Estados miembros de su obligación de ejecutar, y de hacerlo correctamente, las Directivas en el plazo fijado, situación que no se corrige hasta que efectivamente se produce tal ejecución (117).

(114) P. J. SLOT, en su comentario a *CIA Security International*, en la «Common Market Law Review», 1996 (5), pág. 1049.

(115) TIMMERMANS, en el informe comunitario (punto 31) presentado en el 15.º Congreso de la Federación Internacional de Derecho Europeo (ya citado), considera que el progresivo aumento de matizaciones a la falta de eficacia horizontal de las Directivas no hace sino allanar el camino hacia la admisión final de dicha eficacia.

Tal apertura puede chocar, no obstante, con la doctrina de algunas altas jurisdicciones nacionales que, como el Consejo de Estado francés, se mantienen reacias a admitir que se difuminen las fronteras entre los Reglamentos y las Directivas (cfr. *Le Conseil d'Etat Français et le Droit Communautaire*, Ponencia presentada en I Jornadas de Letrados de los Consejos de Estado francés y español, Madrid, 4 y 5 junio 1999).

A destacar también que, por lo demás, los Estados miembros tomaron la precaución en Amsterdam de negar expresamente eficacia directa a las *decisiones marco* a adoptar en el contexto del tercer pilar.

(116) Cfr. M. RUFFERT, *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View*, «Common Market Law Review», 1997 (2), págs. 307 y ss.; K. LACKHOFF y H. NYSSENS, *Direct Effect of Directives in Triangular Situations*, «European Law Review», 1998 (5), págs. 397 y ss.; D. EDWARD, «Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations», en *Scritti in Onore di G. F. Mancini (Volume II-Diritto dell'Unione Europea)*, Ed. Giuffrè, Milán, 1998, págs. 423 y ss.; C. HILSON y T. DOWNES, *Making Sense of Rights: Community Rights in EC Law*, «European Law Review», 1999 (2), págs. 121 y ss.

(117) En este sentido, últimamente, asunto *Comisión v. Alemania*, 1995 (433/93),

Con otras palabras, por mucho que las Directivas sean precisas e incondicionales, susceptibles en consecuencia de una directa aplicación en ausencia de ejecución normativa interna, tal posibilidad de directa aplicación en modo alguna exime a los Estados miembros de su interiorización, llegado el caso a través de una labor de estricta transposición (118) mediante instrumentos dotados de fuerza jurídica vinculante y de publicidad adecuada (119).

Digno de mención resulta el progresivo estrechamiento del margen de maniobra de los Estados miembros a la hora de considerar que su Derecho se adecuaba de antemano al comunitario, eximiéndole por ello de una intervención normativa, posibilidad ésta admitida por el Tribunal de Justicia siempre y cuando exista completa seguridad jurídica sobre las situaciones amparadas por el Derecho Comunitario, lo que requerirá un examen puntual y concreto al respecto no sólo desde una perspectiva material, sino también formal (120).

Por lo demás, la asunción de que el Derecho interno preexistente se adecua al comunitario, si no se acompaña de algún tipo de declaración formal acerca de la conexión entre ambos ordenamientos, puede producir una serie de disfunciones susceptibles de afectar, en última instancia, a su misma aplicación por los jueces nacionales.

Rec. I-2303. Ello teniendo en cuenta que «la transposición de una Directiva no exige necesariamente la incorporación formal y textual de sus reglas en una disposición legal expresa y específica y puede, en función de su contenido, cumplirse en un contexto jurídico general, siempre y cuando éste asegure efectivamente la plena aplicación de la Directiva de una manera suficientemente clara y precisa, con el fin de que, si la Directiva persigue crear derechos a favor de los particulares, éstos estén en situación de conocer la plenitud de sus derechos y prevalerse de ellos, en su caso, ante las jurisdicciones nacionales» (asunto *Comisión v. Alemania*, 28 febrero 1991, 131/88, Rec. I-825).

(118) Cfr. Conclusiones del Abogado General REISCHL en el asunto *Comisión v. Italia*, 21 septiembre 1978, 69/77, Rec. 1749. En este sentido, a título de ejemplo, vid. asunto *Comisión v. Alemania*, 2 mayo 1996, 253/95, Rec. I-2423.

(119) Lo que excluye, según jurisprudencia consolidada del Tribunal, el recurso a simples prácticas administrativas: valga como ejemplo el asunto *Comisión v. Italia*, 3 marzo 1988, 116/86, Rec. 1323.

(120) Así, por ejemplo, los principios generales del Derecho, de naturaleza en muchas ocasiones imprecisa y no siempre al alcance del conocimiento de los ciudadanos –sobre todo de los ciudadanos de otros Estados miembros–, son considerados por el Tribunal *ab initio*, que no por definición –debiendo analizarse meticolosamente la particularidad de cada caso–, como instrumentos poco idóneos para la plena integración del Derecho Comunitario en el ámbito interno: cfr. asunto *Comisión v. Alemania*, 13 mayo 1985 (29/84), Rec. 1661. Otro tanto sucede con la posibilidad de considerar el contexto global del ordenamiento jurídico interno como apto para la mencionada plena integración: “la transposición de una Directiva -ha sostenido el Tribunal- no exige necesariamente la incorporación formal y textual de sus reglas en una disposición legal expresa y específica y puede, en función de su contenido, cumplirse en un contexto jurídico general, siempre y cuando éste asegure efectivamente la plena aplicación de la Directiva de una manera suficientemente clara y precisa, con el fin de que, si la Directiva persigue crear derechos a favor de los particulares, éstos estén en situación de conocer la plenitud de sus derechos y prevalerse de ellos, en su caso, ante las jurisdicciones nacionales”: asunto *Comisión v. Alemania*, 28 febrero 1991, 131/88, Rec. I-825.

Así, de no constar claramente la vinculación de la norma interna con la posterior comunitaria, puede obviarse, en primer lugar, la utilización de ésta como parámetro de interpretación de aquélla. Y no debe olvidarse que «al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, está —el juez nacional— obligado a hacerlo en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva para alcanzar el resultado a que se refiere la misma» (121).

En segundo lugar, lo que sería aún más grave, puede obviarse la igualmente obligada utilización del Derecho Comunitario como parámetro de validez de la norma interna, impidiendo aflorar las posibilidades aplicativas que aquél ofrezca y, en definitiva, la plena efectividad en el plano interno de las situaciones jurídicas amparadas por el ordenamiento comunitario.

Finalmente, se corre el riesgo de que la aproximación al Derecho nacional desde una perspectiva puramente interna altere el correcto funcionamiento del control jurisdiccional sobre el propio Derecho Comunitario. Así, no debe olvidarse que el control por los tribunales nacionales de la normativa nacional puede esconder en última instancia un control indirecto de la normativa comunitaria, cuyo enjuiciamiento en términos de invalidez está monopolizado por el Tribunal de Justicia (122).

En este contexto, resulta curioso advertir cómo el Tribunal se ha mostrado flexible con la cuestión de la motivación de la actividad de los Estados miembros conectada con el ordenamiento comunitario (motivación que podría resultar crucial a los efectos recién expuestos de evitar aproximaciones aisladas —i.e., omisión hecha de su conexión con el Derecho Comunitario— a la normativa nacional) (123), habiendo sido el legislador comunitario el que ha ido consolidando en la última década la práctica de incluir en las Directivas la denominada *cláusula de interconexión*, que obliga a los Estados miembros a indicar en las normas internas de ejecución la Directiva en cuestión de la que traen causa; cláusula de interconexión que, a la luz de dos decisiones del Tribunal dictadas a finales de 1997, parece excluir (124) que deba

(121) Asunto *Marleasing*, ya citado.

(122) Asunto *Foto-Frost*, 22 octubre 1987, 314/85, Rec. 4199.

(123) Así, en el asunto *Sodemare*, 17 junio 1997, 79/95, Rec. I-3395, preguntado vía prejudicial acerca de la existencia o no de la obligación de motivar la normativa nacional incluida en el radio de acción del Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia sostuvo que la obligación de motivación sólo alcanzaba a las decisiones nacionales de carácter individual, no a las disposiciones generales.

(124) Cfr. en esta línea el informe español, a cargo de DIEZ-HOCHLEITNER (punto III), presentado en el 18.º Congreso de la FIDE (Estocolmo, 1998). No parece opinar lo mismo TIMMERMANS en el informe comunitario (punto 13) presentado en el mismo Congreso.

descartarse, sin más y *a priori*, toda labor de ejecución normativa del Derecho Comunitario sobre la base de una supuesta adecuación a éste de la legislación interna preexistente (125).

También vinculada al principio de seguridad jurídica debe mencionarse la obligación de intervención de los poderes normativos nacionales a los efectos no ya de interiorizar el Derecho Comunitario, sino de eliminar, en el terreno formal, las situaciones de incertidumbre que pudieran derivar del mantenimiento, como consecuencia de la inercia de esos poderes normativos, de disposiciones internas incompatibles con las comunitarias (126).

Lo dicho, según ha destacado recientemente el Tribunal (127), incluso en aquellos casos en que la norma interna incompatible con la comunitaria tenga posibilidades de aplicación fuera del marco comunitario: «en el caso —señaló en el asunto *ICI, 16 junio 1998 (C-264/96)* (128)— de que una misma disposición —nacional— debiera dejar de aplicarse en una situación comprendida dentro del ámbito del Derecho Comunitario, aun cuando pueda aplicarse a una situación que no entre en dicho ámbito, correspondería al órgano competente del Estado de que se trate suprimir tal inseguridad jurídica en la medida en que pueda lesionar los derechos que se deriven de normas comunitarias» (129).

(125) Se trata de los asuntos *Comisión v. Alemania, 27 noviembre 1997, 137/86*, Rec. I-6749, y *Comisión v. España, 18 diciembre 1997, 369/95*, Rec. I-7337. En el primero de ellos, relativo al incumplimiento por Alemania de la obligación de transposición de una determinada Directiva, el Tribunal estimó «suficiente indicar que no puede considerarse en modo alguno que la legislación alemana vigente suponga una adaptación a la Directiva 91/414/CEE, cuyo artículo 23, en el párrafo 2 del apartado 1, obliga expresamente a los Estados miembros a adoptar disposiciones que contengan una referencia a dicha Directiva o que vayan acompañadas de tal referencia» (FJ 8). En el segundo, el Tribunal sostuvo, en la misma línea, que «por lo que se refiere a las disposiciones de la Directiva 91/371/CEE a las que el Reino de España considera adaptado el Derecho interno mediante normas vigentes, ha de hacerse constar que en el presente asunto es necesario adoptar un acto positivo de adaptación del Derecho interno, ya que el párrafo a) prevé expresamente la obligación de los Estados miembros de asegurar que las disposiciones de adaptación del Derecho interno a la citada Directiva hagan referencia a esta última o vayan acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial» (FJ 13).

(126) Doctrina que, sostenida en el asunto *Comisión v. Francia, 4 abril 1974 (167/73)*, Rec. 359, se consolidaría en la década de los ochenta (el mencionado asunto, por cierto, ha dado lugar más de veinte años después a un nuevo pronunciamiento del Tribunal de Justicia constatando la inejecución por Francia de la sentencia de 1974: *Comisión v. Francia, 7 marzo 1996, 334/94*, Rec. I-1307). Dicha doctrina implica que los Reglamentos comunitarios, en principio excluyentes de la intervención de los poderes normativos internos al ser por definición —artículo 249 TCE, ex 189— normas directamente aplicables, pueden llegar a exigir tal intervención a los efectos de depuración del ordenamiento jurídico nacional, conformándolo con el comunitario.

(127) Frente al silencio guardado al respecto en sus Conclusiones por el Abogado General TESAURO.

(128) Rec. I-4695.

(129) Esta doctrina parece impulsar la necesidad de una intervención normativa más allá de la judicial declarando la inaplicabilidad en el terreno comunitario, en caso de in-

8. Si la eficacia aplicativa de las Directivas permite que el ordenamiento jurídico comunitario despliegue efectos a pesar de la inactividad normativa interna, ello no exime, como hemos visto, de la intervención normativa interna, y, a este respecto, vuelven a ser los particulares los protagonistas de la presión que sobre los Estados supone la apertura de acciones de responsabilidad derivadas de su inactividad —acciones de responsabilidad que, además, pueden entrar en juego en ausencia de eficacia directa y como complemento de la misma (130)—.

Que ello es así lo demuestra el propio contexto de infracción que estaba en el origen de la proclamación por el Tribunal en 1991 del principio de responsabilidad: la Directiva incumplida tenía que haber sido ejecutada en Derecho interno el 23 de octubre de 1983; ante su inejecución, la Comisión inició contra el Estado italiano un proceso ex artículo 169 TCE (actual 228), que concluiría con una sentencia del Tribunal de Justicia constatando el incumplimiento el 2 de febrero de 1989; al tiempo de proclamar el Tribunal el principio de responsabilidad en el asunto *Franco v. Italy*, 19 noviembre 1991 (6 y 9/90) (131), Italia seguía sin ejecutar la Directiva (casi tres años

compatibilidad, de la norma interna que presente al tiempo un radio de aplicabilidad extracomunitario: necesidad de intervención normativa que parecería así sumarse a los supuestos en que el sistema jurisdiccional nacional, que tiene la última palabra al respecto (asunto *IN.CO.GE'90*, 22 octubre 1998, 10-22/97, Rec. I-6307), excluya, más allá de la pura inaplicación (asuntos *Simmmenthal*, 9 marzo 1978, 106/77, Rec. 629, y *Ford España*, 11 julio 1989, 170/88, Rec. I-2339), la depuración *erga omnes* de las normas internas incompatibles con las comunitarias. Pueden aquí traerse a colación, por lo que a nosotros respecta, las posibilidades abiertas por la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículos 26-27 y 123-126, y punto V de la Exposición de Motivos) a los efectos de una depuración de normas reglamentarias incompatibles con el Derecho Comunitario (en relación con la cual deberán los jueces actuar con extremo cuidado precisamente ante reglamentos con radio de acción extracomunitario) en el marco de impugnaciones indirectas que tienen su origen en recursos interpuestos contra actos de aplicación. Sobre los problemas que nuestro ordenamiento presenta a los efectos de una depuración de normas con rango de ley contrarias al Derecho Comunitario, puede verse mi estudio junto con GARCÍA DE ENTERRÍA en la obra colectiva, coordinada por SCHWARZE, *European Constitutional Law*, de próxima publicación por Nomos, Baden-Baden.

(130) Asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, 5 marzo 1996, 46 y 48/93, Rec. I-1029. «Indiscutiblemente —sostuvo el Abogado General TESAURO—, la violación de una norma crea un desequilibrio, consistente en la reducción o la anulación de la situación jurídica afectada, en este caso, la situación jurídica de la que es titular un particular; también es indudable que toda situación jurídica subjetiva, todo *derecho*, si se prefiere, tiene un contenido sustancial y un contenido patrimonial normalmente cuantificable. Garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional en caso de violación de la norma que atribuye una posición jurídica subjetiva equivale a garantizar el efectivo reequilibrio entre las situaciones jurídicas, esto es, el restablecimiento del contenido del derecho lesionado por la violación de la norma.» Partiendo de tal premisa, TESAURO consideró que «anular el acto contrario a Derecho o no aplicar la ley incompatible con un parámetro superior de legalidad es necesario en un Estado de Derecho. A veces, sin embargo, esto no es suficiente para hacer real y efectiva la tutela, y puede resultar necesario también reequilibrar el contenido patrimonial del derecho lesionado y, por tanto, garantizar el resarcimiento del daño».

(131) Rec. I-5351.

después de la sentencia de 1989 declarativa del incumplimiento). Pues bien, a partir de la sentencia *Francovich* y *Bonifaci*, el Estado italiano tardaría poco más de dos meses (¡con las vacaciones navideñas por medio!), recurriendo a la técnica del Decreto-ley, en adaptar su Derecho interno a las exigencias de la Directiva.

Dos cuestiones merecen ser destacadas con relación a la vía de la responsabilidad frente a las omisiones de los poderes normativos internos.

Por un lado, sabido es que la doctrina del Tribunal se ha ido deslizando desde un régimen de responsabilidad de corte objetivo hacia un régimen de corte subjetivo, que gira en torno al concepto de «violación suficientemente caracterizada» a los efectos de que la infracción en cuestión del Derecho Comunitario sea susceptible de generar responsabilidad a cargo del Estado infractor (132).

Sucede, no obstante, que en el terreno específico de las infracciones identificadas con omisiones normativas, sobre todo con las de naturaleza total, el régimen de responsabilidad se objetiviza desde el momento en que el Tribunal asume que, por definición, la inejecución normativa del Derecho Comunitario —en particular, de las Directivas— constituye *per se* una violación suficientemente caracterizada (133).

Por otro lado, y en íntima conexión con lo anterior, debe señalarse que el recurso por incumplimiento, pieza esencial, si no en la teoría, sí en la práctica, a los efectos de respaldar acciones de responsabilidad frente a comportamientos de los Estados miembros que pudieron plantear dudas de compatibilidad con el Derecho Comunitario (134), pero que dejaron de plantearlas, para el futuro, una vez que el Tribunal de Justicia constató —en la correspondiente sentencia declarativa de incumplimiento— la situación de incompatibilidad (135), pierde parte de tal esencialidad en el marco de las inejecuciones, al no plantear éstas, por lo general, dudas acerca de la situación ac-

(132) Me remito al respecto a mi trabajo *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Ed. Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1997.

(133) Asunto *Dillenkofer e.a.*, 8 octubre 1996, 178-179 y 188-190/94, Rec. I-4867.

(134) Dudas cuya sola presencia excluirían en la práctica, como regla general, la existencia de una «violación suficientemente caracterizada»; habría, pues, que esperar en su caso a una constatación judicial —disipando las dudas en cuestión— de la situación de infracción, para poder calificarla, a partir de ese momento, de «suficientemente caracterizada», susceptible, sólo a partir de entonces, de generar responsabilidad.

(135) Momento a partir del cual, como acabamos de ver en la nota anterior, el Estado se coloca en situación de «violación suficientemente caracterizada» mientras no corrija la infracción. En este contexto, es obvio que la constatación de la situación de infracción en el marco precisamente de un recurso por incumplimiento respalda de manera particularmente intensa acciones futuras de responsabilidad.

tual, que no potencial, de «violación suficientemente caracterizada».

No obstante lo cual, el recurso por incumplimiento continúa desempeñando un papel esencial a los efectos de respaldar las acciones de responsabilidad frente a inejecuciones parciales o relativas, así como frente a inejecuciones que pretenden ampararse en una supuesta adecuación a la Directiva del Derecho nacional preexistente (136).

Como también esencial es su papel a los efectos de poder activar el mecanismo sancionador frente al Estado recalcitrante, incorporado al sistema comunitario por el Tratado de Maastricht (137) como nuevo apartado 2 del artículo 171 TCE (actual art. 282.2) (138).

(136) Y hay que tener cuidado a este respecto con los posibles movimientos fraudulentos de los Estados en el marco del proceso por incumplimiento. De ahí que considere criticable la posición adoptada por el Tribunal en el asunto *Comisión v. Luxemburgo*, 25 abril 1996, 274/93, Rec. I-2019, en el que rechazó que, ante la falta de comunicación de la normativa adoptada en ejecución de una Directiva y posterior silencio del Estado miembro en la fase precontenciosa, basada en la ausencia de ejecución de aquélla, pudiera la Comisión, iniciada la fase judicial y ante la comunicación por el Estado demandado de normativa anterior a la Directiva con ella supuestamente conforme, alterar su demanda, transformando la imputación de ausencia de ejecución en ejecución incorrecta. Rechazo que, además, se produjo asumido por el Tribunal que la Comisión había procedido a analizar la compatibilidad entre la norma interna tardíamente traída a colación y la Directiva en cuestión. Esta posición adoptada por el Tribunal adolece de inconsistencia, pues el razonamiento en que se apoya es que el Tribunal sólo podría controlar la contradicción entre el Derecho interno y el comunitario una vez permitido al Estado demandado pronunciarse en la fase precontenciosa acerca de las imputaciones de la Comisión, posibilidad que habría quedado excluida al haberse basado las imputaciones no en la contradicción de la legislación luxemburguesa con la comunitaria, sino en la pura ausencia de ejecución; razonamiento éste que supone obviar, como acertadamente advirtió el Abogado General JACOBS, que la insatisfactoria situación en que habría quedado situado el Estado, al reducirse a la fase judicial —sin llegar, pues, a la eliminación— sus posibilidades de defensa respecto de las imputaciones de contradicción, derivaría precisamente de su propio incumplimiento del deber de cooperar con la Comisión. Además, las consecuencias de tal doctrina pueden resultar nefastas para el funcionamiento del sistema al favorecer el silencio inicial de los Estados miembros frente a los incumplimientos imputados, obligando a la Comisión a reiniciar el procedimiento por incumplimiento —transformando la imputación de ausencia de ejecución en ejecución incorrecta— por el solo hecho de que posteriormente el Estado rompa su silencio trayendo a colación Derecho preexistente supuestamente compatible con el comunitario. Por ello debe saludarse que unos meses después el Tribunal, apartándose de la propuesta del Abogado General FENNELLY, admitiera que un proceso iniciado por inejecución pudiera continuarse en términos de ejecución defectuosa, cuanto menos ante el reconocimiento por el Estado afectado de que las medidas internas tardíamente comunicadas a la Comisión no constituirían una ejecución completa de las Directivas en cuestión (asunto *Comisión v. Italia*, 26 septiembre 1996, 117/95, Rec. I-4689).

(137) Sobre la génesis de esta incorporación puede verse E. TECZAN, *Les sanctions prévues par l'article 171, alinéa 2, du Traité CE en cas de non exécution d'un arrêt de la Cour de Justice par un Etat membre et les développements récents à ces propos*, «Revue Européenne de Droit Public», 1998 (1), págs. 42-52.

(138) Como es sabido, hasta Maastricht, el artículo 171 TCE constaba de un único apartado (mantenido tras Maastricht como apartado 1), que establecía: «Si el Tribunal de Justicia declare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las me-

9. Sabido es que el Tribunal de Justicia reconoce absoluta discrecionalidad a la Comisión en el marco del proceso por incumplimiento (139), tanto a los efectos de activar la fase precontenciosa como de iniciar la fase contenciosa a través del correspondiente recurso ante el Tribunal (140).

Con independencia de que, por lo que respecta en particular a los supuestos de inejecución, la Comisión suele activar sistemáticamente el proceso por incumplimiento (141), cabe plantearse con carácter general si debe el Tribunal continuar manteniendo tal doctrina a la luz de la evolución del ordenamiento jurídico comunitario, a resultas de la cual aquél se presenta actualmente como paso previo cuasi imprescindible *de facto* para el éxito de las acciones de responsabilidad por infracción del Derecho Comunitario ejercitadas por los particulares contra los poderes públicos internos, e imprescindible *de iure* para el ejercicio por la propia Comunidad de su potestad sancionadora contra los Estados recalcitrantes; potestad sancionadora en cuyo contexto resulta a su vez aún más discutible la discrecionalidad de la que parece gozar la Comisión ex artículo 228.2 TCE, si presidida analógicamente su lectura a la luz de la doctrina sentada por el

didadas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia.» Fue precisamente el incumplimiento de dicha obligación de «adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia» el que dio lugar en 1972 al primer proceso de «incumplimiento por incumplimiento» (asunto *Comisión v. Italia*, 13 julio 1972, 48/71, Rec. 529), a partir de ese momento normalizado como única vía posible para reaccionar frente a las inejecuciones de decisiones del Tribunal ex artículo 169.

(139) Lo que se traduce en imposibilidad de recurrir en omisión su abstención y en anulación su decisión expresa de no iniciar el procedimiento, imposibilidad que se extiende a todos y cada uno de los actos adoptados a lo largo de la fase precontenciosa (cfr. asuntos *Lütticke v. Comisión*, 1 marzo 1966, 48/65, Rec. 19, y *Star Fruit Company*, 14 febrero 1989, 247/87, Rec. 291).

(140) Así, el Tribunal ha sostenido que no le corresponde controlar si la discrecionalidad de la que goza la Comisión en el marco del proceso por incumplimiento (que puede ser activado sin necesidad de que la Comisión tenga que demostrar la existencia de interés alguno al respecto: asunto *Comisión v. Alemania*, 11 agosto 1995, 431/92, Rec. I-2189) ha sido o no oportunamente ejercitada (asunto *Comisión v. Grecia*, 27 noviembre 1990, 200/88, Rec. 4299). Lo dicho teniendo en cuenta que la discrecionalidad no se extiende al objeto del litigio, el cual queda estrictamente «reglado» con la carta de requerimiento y el dictamen motivado (asunto *Comisión v. Reino Unido*, 8 febrero 1983, 124/81, Rec. 203).

(141) C. W. A. TIMMERMANS, «Judicial Protection against the Member States: Articles 169 and 177 Revisited», en *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of H. G. Schermers (Volume II)*, Ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1994, pág. 395. Las ventajas que TIMMERMANS ve en este automatismo de la Comisión en la activación del proceso por incumplimiento frente a las inejecuciones son: 1) a pesar de tratarse de casos en que la declaración de incumplimiento poco viene a añadir a lo que de antemano se presenta como notorio y evidente, a los Estados no les gusta ser llevados ante el Tribunal, por lo que la activación del procedimiento tiene claros efectos disuasorios; 2) los jueces nacionales se sienten respaldados por una declaración de incumplimiento en el marco de los litigios internos a los que tienen que hacer frente; 3) la declaración ampara el, en su caso, ulterior procedimiento sancionador; y 4) el automatismo refuerza la visión de un trato igualitario para todos los Estados miembros.

Tribunal en torno al artículo 226 TCE (*ex art.* 169), tal y como parece reclamar *ab initio* la similitud en la redacción de ambos preceptos (142).

Más allá de consideraciones en torno a la mayor aptitud de un sistema de integración a medida que mayor es su consolidación para moverse en estrictos términos jurídicos en detrimento de aproximaciones diplomáticas cuando de lo que se trata es de hacer efectivo el Estado de Derecho (143), determinadas cuestiones merecen ser destacadas al respecto.

Por un lado, debe tenerse en cuenta el riesgo evidente que corre el sistema jurídico comunitario en cuanto al control de su debido respeto por los Estados miembros si a la tradicional discrecionalidad de la Comisión para activar el proceso por incumplimiento se va añadiendo, sin alterarla, un progresivo endurecimiento de las condiciones para activar ese mecanismo de control indirecto sobre los Estados que es la cuestión prejudicial (144).

Por otro lado, aun cuando importante viene siendo la homogeneización vía pretoriana, según vimos, de las condiciones para el ejercicio en el ámbito interno de acciones basadas en el ordenamiento jurídico comunitario (acciones que, en última instancia, están en el origen de las cuestiones prejudiciales, que constituyen —según acabamos de señalar— una vía indirecta esencial de control del respeto del Derecho Comunitario por los Estados), tanto la diversidad en cuanto a la vigilancia misma sobre el correcto funcionamiento de la cuestión prejudicial, abandonada *de facto* a cada Esta-

(142) «Si la Comisión estimare —establece el artículo 226— que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviera a ese dictamen en el plazo determinado por la Comisión, *ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia.*»

El artículo 228.2, por su parte, establece: «Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas —en ejecución de la sentencia declarativa del incumplimiento—, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia. Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, *ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia.* La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado. Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.»

(143) Puede verse al respecto mi trabajo *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea: Solución de controversias e interpretación uniforme*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 139 y ss.

(144) Vid. *supra*, nota 68, así como las consideraciones de P. CRAIG y G. DE BÜRCA bajo la rúbrica «The Reference to the ECJ: Case-load, Docket Control, and the Judicial Architecture of the EC», en su obra *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 1998, págs. 446 y ss.

do miembro (145), como la diversidad, dentro de la generalizada debilidad (146), en cuanto a los remedios internos que los Derechos nacionales ofrecen frente a la inercia de los propios poderes normativos, constituyen factores potenciales de quiebra en el control uniforme del respeto del ordenamiento comunitario.

A ello debe añadirse la falta de plenitud de la eficacia directa de las Directivas, en los términos analizados, para corregir las disfunciones que derivan de su incumplimiento por los Estados miembros, así como las limitaciones del principio de responsabilidad de éstos por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento genere en los particulares; limitaciones que están ligadas a la esencia misma de la técnica de la responsabilidad (que entra en juego, precisamente y al igual que la eficacia directa, como *mecanismo corrector de situaciones contrarias a Derecho*) y a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, la cual, deslizándose hacia la subjetivización de un régimen en origen claramente objetivo, trae consigo su correlativo debilitamiento a los efectos de operar como vía de presión para una intervención de los Estados recalcitrantes conformando su situación, con carácter general, a los parámetros comunitarios.

De hecho, podría pensarse que no es casualidad que los primeros procedimientos sancionadores abiertos por la Comisión a lo largo de 1997 contra varios Estados (147) estuvieran casi todos relacionados con infracciones del Derecho Comunitario medioambiental (148),

(145) Me remito a mi trabajo ya citado *Community and National Legal Orders*, págs. 100-102.

(146) Sin ir más lejos, en España, donde el esfuerzo doctrinal por impulsar los remedios frente a la inercia legislativa (vid. *supra*, nota 30) no se ha visto acompañado en el terreno normativo por la previsión de remedios frente a la inercia reglamentaria (vid. al respecto M. CALVO CHARRRO, *Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa*, en el núm. 137 de esta REVISTA, 1995, págs. 239 y ss.), excluida del novedoso recurso por inactividad de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 29 y punto V de la Exposición de Motivos).

(147) Siguiendo las pautas marcadas por la propia Comisión en su *Comunicación sobre la aplicación del artículo 171 del Tratado CE* («DOCE», 1996, C 242/6) y su *Método de cálculo de multa coercitiva prevista en el artículo 171 del Tratado CE* («DOCE», 1997, C 63/2).

(148) No opinan lo mismo J. CANDELA CASTILLO y B. MONGIN, quienes autorizadamente (en cuanto miembros de la Unidad «Control de la aplicación del Derecho Comunitario» adscrita a la Secretaría General de la Comisión) sostienen que no existe ninguna voluntad premeditada de la Comisión en la selección de los expedientes, obedeciendo la coincidencia en cuanto a las infracciones del Derecho medioambiental a que éste se encuentra entre los sectores comunitarios con mayor grado, en número y antigüedad, de incumplimiento por los Estados miembros —*La loi européenne, désormais mieux protégée. Quelques réflexions sur la première décision de la Commission demandant à la Cour de Justice de prononcer une sanction pécuniaire au sens de l'article 171 du Traité à l'encontre de certains États membres pour violation du Droit Communautaire*, «Revue du Marché Unique Européen», 1997 (1), págs. 24-25—. Si que consideran, en cambio, digno de destacar el hecho de que en las infracciones puedan estar involucrados entes regionales con competencias de ejecución del Derecho Comunitario en un marco constitucional federal o cuasi federal en el que

pues precisamente es éste un terreno donde aflora con asiduidad toda la complejidad, incluidas insuficiencias, de la doctrina del Tribunal acerca de la eficacia de las Directivas y de la responsabilidad de los Estados por su incumplimiento, así como la falta de contornos precisos respecto de los derechos e intereses en juego a los efectos de sustentar acciones tanto en vía administrativa como judicial (149).

Todo lo cual conduce, parece, a la necesidad de replantearse la flexibilidad que rodea el proceso por incumplimiento; necesidad que se acentúa si a ello se añade que la discrecionalidad de la Comisión en el marco del artículo 226 TCE puede llegar a extenderse, como entiende la propia Comisión (150), a sus poderes en el marco del artículo 228.2 TCE. Llegados a este punto, cabe incluso plantearse si resulta siquiera jurídicamente correcto tal extensión que parece reclamar la similitud en la redacción de ambos preceptos y la discrecionalidad reconocida por el Tribunal a los efectos de activar, en la situación pre-Maastricht, un proceso por incumplimiento del artículo 171 TCE (actual 228.1), habida cuenta del salto cualitativo que su-

el Estado puede no disponer de poderes de corrección (debe tenerse en cuenta a estos efectos que la ejecución interna del Derecho Comunitario en régimen de centralización o descentralización sigue siendo una cuestión a decidir por el Derecho Constitucional de los Estados miembros, incluida la imputabilidad —al Estado o al ente descentralizado— de la responsabilidad frente a los particulares en caso de incumplimiento: cfr. asunto *Klaus Konle*, 1 junio 1999, 302/97, pendiente de publicación en la Recopilación del Tribunal).

(149) Puede verse al respecto C. PLAZA MARTÍN, *La eficacia del Derecho comunitario medioambiental*, pendiente de publicación.

(150) En su *Comunicación sobre la aplicación del artículo 171 del Tratado CE*, antes citada, puede leerse (punto 3): «En el marco de este procedimiento —sancionador—, la Comisión dispone de potestad discrecional para decidir si somete el asunto al Tribunal de Justicia, pero si así lo decide, le corresponde tomar posición sobre la sanción y su importe al presentar la demanda. Sin embargo, la Comisión considera que esto no significa que deba obligatoriamente solicitar que se imponga una sanción en todos los casos. Cuando las circunstancias lo justifiquen (carácter menor de la infracción, inexistencia de riesgo de reincidencia, etc.) la Comisión podrá abstenerse de solicitar la imposición de una sanción. En ese caso, tendrá, sin embargo, que justificar su posición.» Es decir, que, según la Comisión, ésta gozaría de discrecionalidad no ya para activar tanto la fase precontenciosa como la fase contenciosa ex artículo 228.2, sino incluso para decidir si activar el mismo artículo 228.2 o, *de facto*, el artículo 226 (pues no otra cosa supondría, en realidad, la solicitud de una mera declaración de incumplimiento de la obligación de ejecutar una previa sentencia declarativa de incumplimiento, sobre todo si se asume que el Tribunal no podría imponer una sanción no solicitada). A favor de esta discrecionalidad se muestra el Abogado General RUIZ-JARABO en el asunto *Comisión v. Grecia*, 387/97 (vid. *infra*). También D. RITLÉNG en su comentario al artículo 171 en *Traité sur l'Union Européenne. Commentaire article par article* (dirs. V. CONSTANTINESCO, R. KOVAR y D. SIMON), Ed. Economica, París, 1995, págs. 577-580, y P. MORI, *Le sanzioni previste dall'articolo 171 del Trattato CE: i primi criteri applicativi*, «Il Diritto dell'Unione Europea», 1996 (4), págs. 1017-1018. J. DÉZ-HOCHLEITNER, en cambio, considera que la discrecionalidad sólo es predicable, y con limitaciones derivadas de la exigencia de transparencia para evitar tratos discriminatorios, respecto de la activación de la fase contenciosa —*Le Traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de Justice par les États membres*, «Revue du Marché Unique Européen», 1994 (2), págs. 157-158; en línea similar, A. BONNIE, *Commission Discretion under Article 171.2 EC*, «European Law Review», 1998 (6), págs. 541-544.

pone hacer ejecutar lo juzgado en términos sancionadores. La respuesta, procedente del propio Tribunal de Justicia, está al caer, presentadas ya, en septiembre de 1999, las Conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO en el primer asunto (151) (*Comisión v. Grecia*, 387/97) (152) en que el Tribunal deberá pronunciarse sobre el alcance del procedimiento sancionador frente a un Estado recalcitrante.

10. Más a allá de las vías de reacción frente a la inercia de los poderes normativos nacionales a través de las técnicas analizadas, debe tenerse en cuenta que éstos deben actuar en muchas ocasiones impulsados por las exigencias que derivan de los principios generales del Derecho, configurados vía pretoriana por el Tribunal de Justicia ante las insuficiencias o silencios del legislador comunitario.

Es el caso del acceso a la justicia en conexión con la necesidad de proveer a los ciudadanos de acciones a través de las cuales hacer operativos los derechos que les confiere el ordenamiento comunitario (153), a partir del cual se han abierto las puertas, como vimos, hacia la «armonización judicial» en origen y destino, por cuanto pro-

(151) La Comisión, en su *Decimosexto Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario*, COM (1999) 301 final, considera que «la eficacia del mecanismo —de multa coercitiva— se confirma, puesto que la mayoría de las decisiones de segundo recurso condujeron al Estado miembro interesado a ajustarse rápidamente al Derecho Comunitario, bien antes incluso de la presentación de la solicitud ante el Tribunal, bien con posterioridad a la misma» (pág. 10).

(152) Que también versa, por cierto, sobre infracción del Derecho Comunitario ambiental. Las Conclusiones de RUIZ-JARABO parecen chocar, por de pronto, con las del Abogado General FENNELLY (asumidas por la Comisión en su *Decimocuarto Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario* («DOCE», 1997, C 332/16)— en el asunto *Comisión v. Francia*, 7 marzo 1996, 334/94, Rec. I-1307 (asunto en el que el Tribunal, a diferencia del Abogado General, no abordó el alcance del art. 171.2 respecto del principio de irretroactividad). En efecto, FENNELLY consideró que el principio de irretroactividad impedía computar a los efectos de fijar el importe de la sanción el período de tiempo de incumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia anterior a 1 de noviembre de 1993 (fecha de entrada en vigor de la reforma de Maastricht), mientras que RUIZ-JARABO negó, con carácter general, la aplicabilidad del mencionado principio en el contexto del procedimiento ex artículo 171.2, por él considerado como un procedimiento a enmarcar no en el terreno sancionador *stricto sensu* —i.e., de penalización de conductas ilícitas—, sino en el de ejecución judicial de sentencias («las medidas coercitivas —sostiene RUIZ-JARABO— han de considerarse como instrumentos procesales accesorios de la primera sentencia declarativa de infracción, no como normas de carácter penal o asimilables»). Llama la atención que tras haber configurado así la naturaleza del actual artículo 228.2, recalando su juridicidad en cuanto instrumento para la realización de uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho como es el cumplimiento de lo juzgado, RUIZ-JARABO impregne poco después dicha naturaleza de consideraciones políticas a los efectos de reconocer a la Comisión «la más completa discrecionalidad, en el sentido de que ninguna obligación se le impone para que reaccione frente a una infracción del primer apartado del artículo 171» (dado que, «a la hora de decidir sobre la interposición o no del recurso, la Comisión deberá tener en cuenta no sólo consideraciones jurídicas, sino también elementos de oportunidad política»).

(153) Cfr. asuntos *Jonhston*, 15 mayo 1986, 224/84, Rec. 1651, y *Heylens*, 15 octubre 1987, 222/86, Rec. 4097.

cedente, por el momento, de la doctrina del Tribunal de Justicia, y dirigida a aproximar las reglas materiales y formales que deben presidir los procesos judiciales internos en conexión con el Derecho Comunitario (154).

Y es que debe recordarse que los principios —incluidos derechos y libertades— que el Tribunal de Justicia va consagrando a golpe de sentencia vinculan, con carácter general, no sólo a las Instituciones comunitarias, sino también a los poderes públicos internos en cuanto ejecutores del Derecho Comunitario.

Así se desprende de la doctrina del Tribunal (155), que considero vigente a pesar de la posible confusión que al respecto haya podido aportar el Tratado de Amsterdam, el cual, reconociendo formalmente su competencia para controlar el respeto de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea, ciñe dicho control «a la actuación de las Instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado» —de la Unión— (art. 46 d de la versión consolidada del TUE).

Tal puntualización, que ha causado cierta perplejidad en la doctrina (156), más que destinada a excluir la competencia del Tribunal sobre la actuación de los Estados miembros cuando exista afectación del ámbito comunitario (exclusión que carecería de sentido, pues los derechos fundamentales son ya parte esencial del acervo comunitario), parece dirigida a recalcar que el Tribunal sólo podrá velar por el respeto de los derechos fundamentales por las Instituciones comunitarias en aquellos ámbitos del Derecho de la Unión donde tenga reconocida competencia para controlar la actividad de las Instituciones (que no son todos, excluido el segundo pilar) y en el marco del sistema de recursos establecido en cada caso (que varía del tradicional contexto comunitario a los especiales del tercer pilar, tanto en la

(154) Armonización judicial que es además potencialmente apta para, presidida por una europeización voluntaria (vid. *infra*), generalizarse más allá de las acciones basadas en Derecho Comunitario. Así lo consideran, por mencionar algunas opiniones ilustres, los Abogados Generales JACOBS. «Remedies in National Courts for the Enforcement of Community Rights», en *Hacia un nuevo orden jurídico internacional y europeo. Homenaje a DIEZ DE VELASCO*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 983, y W. VAN GERVEN, *Bridging the Gap Between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Protection*, «Common Market Law Review», 1995 (3), págs. 199-701, y el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 1999 (103), págs. 410-411.

(155) *Asuntos Wachauf*, 13 julio 1989, 5/88, Rec. 2609, y *ERT*, 18 junio 1991, 260/89, Rec. 2925.

(156) Incluido el Presidente del Tribunal de Justicia: cfr. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Scritti in Onore di G. F. Mancini (Volume II-Diritto dell'Unione Europea)*, Ed. Giuffrè, Milán, 1998, pág. 845.

parte comunitarizada —nuevo Título IV TCE— como en la que allí ha permanecido —nuevo Título VII TUE—).

Sucede, por lo demás, que estos principios, derechos y libertades, a medida que los operadores jurídicos nacionales van familiarizándose con ellos, comienzan a ser manejados en cuestiones ajenas al Derecho Comunitario, a modo de *ius commune* (157), llegando incluso, con el paso del tiempo, a ser asumidos por el legislador nacional como auténtico *ius proprium*.

Un buen ejemplo de ello, y que además nos atañe, es el principio de confianza legítima, arraigado en los Derechos alemán y holandés y, a partir de ahí, asumido tempranamente por el Tribunal de Justicia como propio del ordenamiento jurídico comunitario (158).

Por lo que a nosotros respecta, ya en 1988 el Consejo de Estado (159) supo ver las posibilidades que ofrecía la entonces reciente incorporación a las Comunidades Europeas tanto dentro como fuera de la vida jurídica comunitarizada, sugiriendo una atemperación de la doctrina del Tribunal Constitucional con relación al problema de la anticipación de la edad de jubilación (160), «que bien puede fun-

(157) En el sentido, como he señalado en otro lugar (*Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, cit., pág. 279), de que el Derecho Comunitario también actuaría fuera de los sectores comunitarizados, «como un molde al que los Derechos nacionales se irían acomodando progresivamente, de manera que éstos seguirían elaborando y aplicando su *ius publicum proprium*, pero ya no de forma aislada, sino a la luz de ese *mos europaeus*», producto, como inspiradamente ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, de «la libre circulación de las ideas y de las técnicas jurídicas que esta segunda mitad de siglo ha consagrado, junto a la libre circulación de las personas, los bienes, los capitales y los servicios» —*Un paso capital en el Derecho constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho comunitario*, «Revista de Instituciones Europeas», 1994 (3), pág. 743—. Y es que si se tiene en cuenta que el destinatario último de la actividad del poder público nacional, ya sea en ejecución o no del Derecho Comunitario, es el mismo ciudadano en ambos casos, como también lo es el juez encargado de controlar dicha actividad, resultará difícil mantener una rígida demarcación de ordenamientos, comunitario integrado y exclusivamente interno, lo que parece conducir a una apertura, hoy por hoy casuística y asistemática, del Derecho nacional globalmente considerado —i.e., con independencia de su grado de comunitarización— a los principios generales de Derecho Público elaborados en el escalón europeo: cfr. en esta línea la opinión de MANCINI, citando a FROWEIN, en sus Conclusiones en el asunto *Bond van Adverteerders*, 26 abril 1988, 352/85, Rec. 2085.

(158) El Tribunal, según nos informa R. GARCÍA MACHO —*Contenido y límites del principio de confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 1987 (56), pág. 564—, lo mencionó por vez primera en el asunto *Lemmerz-Werke*, 13 julio 1965, 111/63, Rec. 835.

(159) *Memoria del año 1988*, pág. 82.

(160) Al que tuvo que enfrentarse en una serie de sentencias que arrancan de la *STC 108/1986*, 29 julio, que desembocaron en la práctica carencia de virtualidad jurídica de la expectativa —que no derecho— a la edad de jubilación, circunscrita a la vaga fórmula de que su modificación «origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación» (*STC 99/1987*, 22 junio); debe advertirse, sin embargo, que son precisamente las expectativas el terreno abonado para la aplicación del principio de confianza legítima —pudiendo recordarse al respecto que el ordenamiento anglosajón, habiendo incorporado en un pri-

darse en la eventual introducción de categorías dogmáticas intermedias (como la de derechos expectantes, entre derechos consolidados y meras expectativas)», a cuyo fin, añadió el Consejo, «puede acreditar especial relevancia y fecundidad el principio de protección de la confianza legítima, con origen en el Derecho alemán (concretamente en la jurisdicción contencioso-administrativa) y aceptado por el Tribunal europeo de Justicia» (161).

De hecho, poco después, el Tribunal Constitucional afirmaría en su *STC 150/1990, 4 octubre*, que «el principio de seguridad jurídica, aun cuando no pueda erigirse en un valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente (STC 126/1987), ni deba tampoco entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 27/1981 y 6/1983), sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios que nos sean razonablemente previsibles».

No se quedó atrás ni la doctrina (162) ni la jurisdicción contencioso-administrativa (163), con el Tribunal Supremo recordando en 1991 (164) que «el principio constitucional de seguridad jurídica no

mer momento el principio con la denominación de *protection of legitimate confidence*, tardó poco en modificarlo en favor de la expresión *legitimate expectations*: cfr. J. USHER, *The Influence of National Concepts on Decisions of the European Court*, «European Law Review», 1976 (1), pág. 363—. Tal, en palabras del Consejo de Estado, «remisión —quizá una invitación— al legislador» (*Memoria del año 1988*, p. 82), sería orientada hacia un tratamiento en el régimen de las clases pasivas en la *STC 70/1988, 19 abril*.

(161) Y matizó: «No es, desde luego, un principio de valor absoluto capaz de bloquear todo intento de modificación o reforma: pero sí protege eficazmente frente al cambio brusco y por sorpresa, frente a la alteración sensible de una situación en cuya durabilidad podía legítimamente confiarse, sin dar tiempo ni medios al afectado para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación. Este principio tiene un carácter general —aunque suela operar con preferencia en el campo económico y en el funcional—, está vinculado a los principios de seguridad jurídica, buena fe, interdicción de la arbitrariedad y otros, con los que suele combinarse y, por supuesto, no exige la preexistencia de derechos subjetivos perfectos, que tienen otras vías de protección».

(162) En la misma línea que el Consejo se pronunciaban GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ en la quinta edición de su *Curso de Derecho Administrativo I* (Ed. Civitas, Madrid, 1989, pág. 88). Entre los estudios más recientes puede verse el de F. A. CASTILLO BLANCO, *La protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

(163) Cuyos Magistrados, debe resaltarse, también se adentran en la investigación de las derivaciones del Derecho Comunitario en nuestro ordenamiento jurídico: cfr. la obra, coordinada por S. MENÉNDEZ PÉREZ, *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

(164) *STS 7 octubre 1991* (Ar. 7520). Aunque no siempre ha resultado coherente la manera en que se ha traído a colación su inspiración en el Tribunal de Justicia, caso de la *STS 13 febrero 1992* (Ar. 1699), que, en línea ya apuntada por la *STS 28 febrero 1989* (Ar. 1458) —y también similar a la que parece presidir el funcionamiento del ordenamiento holandés: cfr. el informe a cargo de R. WIDDERSHOVEN y R. DE LANGE, en *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtssysteme in der Europäischen Union* (coord. J. SCHWARZE), Ed. Nomos, Baden-Baden,

puede defraudar el principio jurisprudencial de confianza legítima, proclamado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y asumido por la jurisprudencia de esta Sala que ahora enjuicia» (165).

Y de ahí, el principio de confianza legítima ha saltado finalmente al terreno del Derecho positivo de la mano de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya Exposición de Motivos destaca su incorporación (como segundo párrafo del art. 3.1 de la Ley 30/1992) en cuanto principio que, «bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa», debe presidir con carácter general la actuación de las Administraciones Públicas.

1996, págs. 569-570—, hizo una lectura del principio de confianza legítima en caso de contradicción con el principio de legalidad mucho más generosa para aquél que la que parece desprenderse de la doctrina del Tribunal de Justicia: cfr. asunto *Krücken*, 26 abril 1988, 316/86 (Rec. 2213). Lo cual, dicho sea de paso, puede llegar a plantear interesantes interrogantes cuando el principio se maneja en sectores de la vida jurídica comunitarizados, pues difícilmente estarán los operadores jurídicos, incluidos en última instancia los jueces nacionales, muy dispuestos a rebajar en dichos sectores el grado de protección ofrecido por el principio en cuestión *ad intra*, esto es, en sectores de la vida jurídica —cada vez menores, hay que reconocer, en número e importancia— desconectados del ordenamiento comunitario.

(165) La confianza legítima, volvería a recordar el Consejo de Estado en su *Memoria del año 1994* (págs. 146-146), es un «principio —invocado originariamente por la jurisprudencia alemana, asumido después por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y aceptado también por nuestro Tribunal Supremo— que, sin estar expresamente proclamado en la Constitución, se halla vinculado a otros recogidos en el artículo 9.3 de la misma, tales como la seguridad jurídica, la buena fe y la interdicción de la arbitrariedad».

Sobre la penetración del principio de confianza legítima en Francia a modo de *ius commune*, cfr. la decisión del Tribunal Administrativo de Estrasburgo —especialmente la opinión del Comisario del Gobierno— de 8 diciembre 1994 (Req. 931085), publicada en la «Actualité Juridique Droit Administratif», 1995 (7/8), págs. 555 y ss.