

ALONSO GARCÍA, R. Y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA
MARÍA, P. (2022). *EL SISTEMA EUROPEO DE FUENTES*.
MADRID: FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO
EUROPEO

Roberto GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE

Doctor por la Universidad del País Vasco
Profesor de Derecho Administrativo y de la Unión Europea
en la Universidad Complutense de Madrid
Letrado-Jefe de la Asesoría Jurídica de la Asamblea de Madrid
<https://orcid.org/0000-0002-9207-7480>

En este libro el profesor Alonso García y la profesora Andrés Sáenz de Santa María realizan un muy inteligente estudio acerca de las sombras, lagunas e imperfecciones en el plano de las fuentes del Derecho de la Unión Europea. Si bien expresamente mencionan que no tiene vocación de exhaustividad, resulta cierto que se contemplan los aspectos de mayor relevancia en la materia.

El profesor Alonso García es catedrático de Derecho Administrativo y de la Unión Europea, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y doctor *honoris causa* por un gran número de universidades. Por su parte, la profesora Andrés Sáenz de Santa María es catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y consejera permanente de Estado.

El origen de este estudio radica en las intervenciones de los autores en el Seminario de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo del pasado 1 de diciembre de 2021, en el que el profesor Alonso García participó como ponente y la profesora Andrés Sáenz de Santa María intervino como contraponente.

La obra se estructura en dos partes, en consonancia con su origen. La primera parte, a cargo del profesor Alonso García, es la relativa al «sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas e imperfecciones» y la segunda parte, de la profesora Andrés Sáenz de

Santa María, comprende las «variaciones sobre el sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas e imperfecciones». Cada una de las partes se divide en una pluralidad de apartados en los que se desarrolla el objetivo de la obra, partiendo de la lógica propia de la sistemática de un estudio de un sistema de fuentes en la que se sigue su ordenación jerárquica, comenzando, en el plano del Derecho de la Unión, con el Derecho originario o primario.

Los distintos apartados de la obra comienzan por la exposición de los conceptos, su origen y la exposición del régimen jurídico vigente, lo cual facilita la comprensión de la obra y permite su seguimiento ya no solo al lector avezado en la materia, lo cual es muy loable. Por otra parte, el desarrollo de los apartados es completado con el análisis de las cuestiones más recientemente suscitadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), los posicionamientos de los tribunales constitucionales y supremos de los Estados respecto del ordenamiento europeo y, asimismo, con una muy rica y notable referencia a los dictámenes del Consejo de Estado.

I

En la **introducción** a la obra el profesor Alonso García, tras referirse al escaso número de alteraciones que se ha producido en el sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea desde el origen del proceso de integración europeo, circunscribe el objeto de este inteligente estudio a las sombras, lagunas e imperfecciones que subsisten, pese a la clarificación que las sucesivas reformas han producido, lo cual permite afirmar, parafraseando al profesor Martín-Retortillo Baquer, y extrapolándolo al plano del sistema de fuentes del Derecho de la Unión, que no es, en efecto, bucólico o pastoril el actual panorama del sistema de fuentes del Derecho de la Unión.

En el **primer apartado** de la obra, el profesor Alonso García se refiere al Derecho originario, atendiendo a la cuestión relativa al valor jerárquico de las normas que lo integran. Es una cuestión no baladí tanto por el abultado número de instrumentos normativos como por su heterogeneidad.

El profesor Alonso García analiza, en primer término, el posible control por el TJUE del Derecho originario, y recuerda que el

TJUE en el célebre *asunto Pringle*, de 2012, afirmó su competencia en los supuestos en que la reforma constitucional del Derecho de la Unión tenga su origen formal en un acto de sus instituciones.

La equiparación del valor jurídico de los instrumentos jurídicos incardinados en el marco del Derecho originario es examinada por el profesor Alonso García, con especial referencia a los Protocolos.

Finalmente, el profesor Alonso García atiende a los embates a la idea de superioridad del Derecho primario con origen en los tribunales constitucionales de los Estados miembros, con especial referencia al caso del Tribunal Constitucional polaco.

El **segundo apartado** versa sobre la compleja evolución conceptual y práctica de los reglamentos y las directivas. Con relación a esta cuestión, como recuerda el profesor Alonso García, pese a la claridad del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en lo que respecta a la diferenciación entre ambos tipos de actos jurídicos, la práctica no ha transcurrido en ese sentido.

Así, el profesor Alonso García se refiere, de modo pormenorizado, a las muy extendidas prácticas de reglamentos que requieren de medidas nacionales de transposición y de directivas que carecen de margen de apreciación; a la combinación de ambos instrumentos normativos; al supuesto de directivas implementadas en el nivel europeo mediante reglamentos de ejecución; a las cuestiones más tradicionales, pero no menos relevantes, de la «eficacia horizontal» y «eficacia vertical ascendente» de las directivas; a la posibilidad de aplicar directivas que concreten principios generales del Derecho de la Unión; a la eficacia de las directivas en el período que intermedia entre su entrada en vigor y la fecha límite para su transposición y, finalmente, a la compleja cuestión de la delimitación en algunos supuestos entre la interpretación conforme y la aplicación directa de la directiva.

El **apartado tercero** del libro se dedica al rol de los principios generales del Derecho, en particular en su vertiente de derechos fundamentales. No se puede pasar por alto que el profesor Alonso García es una de las voces más autorizadas acerca de los principios generales del Derecho de la Unión toda vez que su tesis doctoral, dirigida por el profesor Tomás Ramón Fernández, versaba acerca de su estudio.

Los principios generales del Derecho de la Unión tienen origen en la responsabilidad extracontractual (artículo 340 del TFUE). Frente a la posición del TJUE (por todos, *asunto Audioflux e.a.*, de 2009) estableciendo su rango constitucional, el profesor Alonso García explica que la riqueza conceptual de la categoría impide su reconducción a una unicidad.

El profesor Alonso García se refiere a la posibilidad de ampliar el ámbito de actuación de los derechos fundamentales en lo que se refiere a los Estados, acudiendo, a tal efecto, a su consideración como principios generales, *ex art.* 6.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Posteriormente, el profesor analiza la posibilidad de que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) despliegue efectos en el ámbito interno sin reunirse las condiciones a tal efecto sobre la base de la propia CDFUE. Supuesto que, como recuerda el profesor, ha sido asumido por nuestro Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo y que precisa de moderación.

Concluye este apartado el profesor Alonso García con la cuestión relativa a las relaciones de la CDFUE y las Constituciones nacionales, tal y como fueron definidas en la doctrina del TJUE, en función de que se trate de situaciones regladas o no por el Derecho de la Unión (*asuntos Melloni y Akerberg*, de 2013, respectivamente), si bien demandando, para el correcto funcionamiento del sistema, «que el engranaje prejudicial funcione engrasado».

En el **apartado cuarto**, relativo al alcance del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) en el contexto del sistema de fuentes de la Unión, aborda una serie de interrogantes que se plantean respecto a la articulación como fuente inspiradora del TJUE del CEDH cuando se han formulado reservas por parte de algunos Estados en relación a determinados Protocolos del CEDH, lo cual se agudiza, como señala el autor, sobre la base de que el CEDH es elemento para la interpretación de la CDFUE y, asimismo, constituye estándar mínimo en materia de derechos fundamentales (artículo 52.3 de la CDFUE).

Finalmente, el profesor Alonso García se refiere a la cuestión relativa al rol otorgado por el TJUE al CEDH en el contexto de los principios de equivalencia y efectividad, discrepando de la posición

del TJUE (*asunto XC e.a.*, de 2018), y la considera excesivamente autocomplaciente ante las acreditadas carencias que se han puesto de manifiesto en lo que se refiere a los posibles mecanismos de corrección en la vía prejudicial.

En el **apartado quinto**, relativo a la impugnabilidad del *soft law*, tras referirse a sus funciones, el profesor Alonso García se centra en su control jurisdiccional. Así, partiendo de la doctrina consolidada del TJUE, contenida en el *asunto Grimaldi*, de 1989, recuerda que habría que esperar hasta el *asunto BT*, de 2021, a que el TJUE no ya solo examinara la validez de un acto de *soft law*, sino a que lo invalidara.

Sin embargo, el profesor Alonso García considera necesaria la apertura del recurso de anulación a la impugnación de los actos de *soft law*, a efectos de unificar el control de la legalidad de los actos de la Unión. A tal efecto, realiza una contundente argumentación basada tanto en la posibilidad de prescindir de la literalidad del artículo 263 del TFUE, con fundamento en célebres asuntos del TJUE (*asuntos Foto-Frost*, de 1987 y *Comisión v. Francia*, de 2005), como en la posibilidad de ajustarse a la misma.

El **apartado sexto** atiende a la inaplicación, invalidez, anulación de normas europeas. Con relación a los efectos de la técnica invalidatoria (artículo 267 del TFUE) y los de la anulatoria (artículo 263 del TFUE), el TJUE ha difuminado la diferencia entre una y otra, con origen en el *asunto International Chemical Corporation*, de 1981. Asimismo, la equiparación entre anulación e invalidez se ha producido en el contexto de la presunción de legalidad. Considera, por tanto, el profesor que la diferencia entre la invalidación y la anulación es algo meramente nominal.

Finalmente, se refiere a la excepción de ilegalidad, regulada en el artículo 277 del TFUE, que solo produce efectos jurídicos entre las partes del litigio previo. El profesor Alonso García propone que el TJUE, prescindiendo de la literalidad del artículo 277 del TFUE, tenga la posibilidad de que la estimación de una excepción de ilegalidad pueda ir acompañada de una declaración de nulidad.

En el **apartado séptimo**, relativo a la frontera entre los actos delegados y los actos de ejecución, el profesor Alonso García recuerda que el artículo 290 se referiría al reparto horizontal del poder en el

seno de la propia Unión y, por su parte, el artículo 291 versaría acerca de la distribución del poder en términos verticales, entre la Unión y los Estados miembros.

Sin embargo, el TJUE no siguió esta línea y tampoco las instituciones políticas por lo que la frontera entre uno y otro tipo de actos se ha difuminado, tal y como el profesor expone con detalle. Especialmente, el TJUE también ha contribuido a esa difuminación, toda vez que fuera de los supuestos en que claramente quedarían excluidos del artículo 290 del TFUE, deja al legislador la decisión acerca de cuándo acudir a unos u otros, circunscribiendo el control jurisdiccional a errores manifiestos de apreciación.

En cualquier caso, el profesor Alonso García, en la medida en que se trata de una cuestión que ostenta «importancia de naturaleza constitucional», considera que la jurisprudencia del TJUE tenderá con el tiempo a un mayor refinamiento.

En el **apartado octavo**, relativo a aclaración final, el profesor Alonso García se refiere al propósito y ámbito de la obra.

II

La segunda parte de la obra, realizada por la profesora Paz Andrés Sáenz de Santa María, en la **introducción**, tras aclarar el propósito de su trabajo como contraponente del profesor Alonso García, ardua labor, como bien señala, y referirse al objetivo común de poner de manifiesto las lagunas, sombras e imperfecciones del sistema de fuentes del Derecho, con coincidencias y discrepancias con el profesor Alonso García, parte de la crítica al concepto de «sistema de fuentes», atendiendo a las peculiaridades del sistema de producción normativa de la Unión, prefiriendo la denominación de «sistema de normas y actos jurídicos de la Unión Europea». Y concluye la introducción exponiendo el contenido de su parte de la obra.

En el **apartado primero**, referido a cuestiones en torno al Derecho originario, la profesora Andrés Sáenz de Santa María considera que ni la existencia de bases jurídicas en los Tratados que habilitan la labor del TJUE con respecto al control de las reformas simplificadas de los Tratados (artículos 48.6 y 7 del TUE y 86.4 y 281 del TFUE), ni la *sentencia Pringle* (en la que, recuerda la profesora, «el objeto

de control es el acto de la institución»)), pueden ser un fundamento para superar la clásica afirmación de que el TJUE no puede examinar la validez de los Tratados.

Aborda la cuestión, analizada previamente por el profesor Alonso García, relativa a si todas las normas del Derecho originario ostentan el mismo valor jurídico y, refiriéndose a los Protocolos, descarta que puedan colisionar con los Tratados sobre la base de que su lectura se ha de realizar a la luz de éstos. Es entonces cuando la profesora Andrés Sáenz de Santa María entra en el análisis de la Sentencia del TJUE de 16 de noviembre de 2021, que confirma la interpretación estricta de los Protocolos que reconocen excepciones a algún Estado miembro.

La posición de primacía del Derecho primario en lo que atiene a los tribunales constitucionales de los Estados es también analizada por la profesora, que alude al desafío del Tribunal Constitucional Polaco. Finalizando con una visión optimista sobre la base del pronunciamiento de la Corte Costituzionale italiana de 8 de febrero de 2022.

El **apartado segundo** de la profesora Andrés Sáenz de Santa María se refiere a la relación entre reglamentos y directivas. A efectos de ilustrar supuestos de medidas internas de desarrollo de determinados reglamentos, la profesora acude, conforme a su dilatada experiencia en el Consejo de Estado, a importantes e interesantes ejemplos, como el dictamen 757/2017.

Con relación a las directivas detalladas, esta práctica contribuye, como recuerda la profesora, a su vez, a otra: los reglamentos que modifican parcialmente directivas. Con ello se quiebra la regla del paralelismo de formas, enunciada por el TJUE en el *asunto Parlamento/Ripa de Meana*, de 2004. Asimismo, no es una buena técnica normativa. El Consejo de Estado se ha referido a este supuesto, así, cita la profesora el Dictamen, también analizado por el profesor Alonso García, 249/2021. Concluye la profesora Andrés Sáenz de Santa María refiriéndose a si detrás de esta criticable práctica no se esconderá el objetivo de evitar una nueva obligación de transposición con la carga que ello supone para el Estado miembro y, del mismo modo, para la Comisión, que debe controlarla.

En el **apartado tercero**, relativo a la presencia del Derecho Internacional en el sistema de fuentes, la profesora parte de cómo

el TJUE (*asunto Eslovenia/ Croacia*, de 2020) ha reconocido su vinculación a todo el Derecho Internacional, tanto el Derecho Internacional general como el contenido en los convenios internacionales, analizando primero los Tratados para referirse después al Derecho Internacional general, y finalizando con el protagonismo del Derecho Internacional Público en los asuntos ante el TJUE.

En el **apartado cuarto**, relativo a la inimpugnabilidad de las decisiones de los representantes de los Estados miembros, la profesora Andrés Sáenz de Santa María señala que tal ausencia de un control de legalidad no resulta tan clara cuando los Tratados contemplan expresamente que los Estados miembros adoptarán decisiones en materias relacionadas con la Unión, con supuestos tales como los contenidos en los artículos 253 y 254 del TFUE.

De acuerdo con ello, la profesora recoge los pronunciamientos del TJUE y las opiniones de los abogados generales exponiendo el estado de la cuestión. Especial referencia hace, en lo que se refiere al primer supuesto, a la gran litigiosidad derivada del fin anticipado del mandato de la Advocate General (AG) Sharpston. Con relación al segundo, relativo a la sede de las instituciones, la profesora Andrés recoge las muy interesantes afirmaciones del AG Bobek en su escrito de conclusiones de 6 de octubre de 2021, que diferencia en función de que la actuación de los Estados miembros sea dentro del marco de los Tratados o bien fuera de tal marco. Esta posición del AG Bobek ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2022, *asunto Comisión/Consejo*.

El **apartado quinto** de la parte de la obra de la profesora Andrés Sáenz de Santa María se refiere a la cuestión del papel del TJUE ante las sombras, lagunas e imprecisiones del sistema de fuentes de la Unión. Así, el TJUE, como recuerda la profesora, ha llevado una labor de integrar actos atípicos o bien de descifrar la naturaleza de actos respecto de los que los Tratados no se pronuncian con claridad.

Finalmente, la profesora Andrés Sáenz de Santa María se refiere a los límites e insuficiencias del control jurisdiccional y, en concreto, respecto de los dos supuestos planteados por el profesor Alonso García relativos a la ausencia de posibilidad de impugnación en anulación de los actos de *soft law* y, asimismo, con relación a la

excepción de ilegalidad, mostrando sus coincidencias y discrepancias con la posición expuesta por el profesor Alonso García.

En el **apartado sexto**, relativo a unas variaciones atípicas, señala la profesora Andrés Sáenz de Santa María, tras recordar el concepto de «variación» en el plano musical, que las variaciones de su parte de la obra respecto a la del profesor Alonso García son atípicas toda vez que no existe una identidad de las cuestiones tratadas y tampoco existe en todo caso coincidencia en ellas.

III

Como **recapitulación**, se trata de un laborioso estudio realizado por dos especialistas, del máximo nivel en la materia, que atiende a los problemas de mayor relevancia en la actualidad en el marco de las fuentes del Derecho de la Unión Europea, con un prolijo estudio de la doctrina más reciente del TJUE. Por todo ello, y en definitiva, constituye una obra de referencia.