

La Sentencia UPA (C-50/2000), los particulares y el activismo inactivo del Tribunal de Justicia*

Daniel Sarmiento

Becario de Investigación
Departamento de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: I. El contexto normativo y jurisprudencial de la sentencia: 1. Los particulares ante la impugnación de actos comunitarios generales: el artículo 230.4 TCE y su interpretación jurisprudencial; 2. Las vías alternativas al recurso de anulación. II. La Sentencia UPA (C-50/2000) de 25 julio 2002: 1. Marco fáctico y jurídico del caso; 2. La resolución de TJ de 25 julio 2002; 3. Las cuestiones resueltas por la Sentencia. III. Crítica a la Sentencia: 1. Cuestiones no resueltas por el Tribunal; 2. Los órganos jurisdiccionales como garantes del derecho (comunitario) a la tutela judicial efectiva: ¿de la cooperación leal a la cooperación forzosa?: A. Problemas de argumentación en la construcción de la cooperación leal: la crítica a las contradicciones argumentativas; B. La efectividad de los remedios nacionales y su control por el Tribunal de Justicia: la crítica a las contradicciones en los pronunciamientos; C. El juez nacional como juez comunitario y los límites de la cooperación leal: la crítica a las contradicciones de política judicial; 3. La quiebra interna de la Sentencia: de la interpretación sistemática y teleológica a los dominios de la literalidad; 4. El activismo inactivo del Tribunal de Justicia: las razones del imperialismo gramatical y su crítica: A. El formalismo como método; B. La argumentación gramatical y la falsedad aplicativa de la máxima «*in claris non fit interpretatio*». IV. Conclusiones: detrás del activismo inactivo

El 25 de junio de 2002 el Tribunal de Justicia zanjó, de una vez por todas, una polémica que venía siendo parte del debate «clásico» en los foros comunitaristas: la legitimación de los particulares para impugnar actos generales en recursos de anulación¹. A pesar de ser uno de los puntos más oscuros y

* Este trabajo se ha visto enriquecido por los comentarios de Ricardo Alonso García, que leyó varias veces el borrador del mismo e hizo numerosas aclaraciones de forma y fondo que han ayudado a mejorar notoriamente el resultado final del texto. Igualmente quiero agradecer a Leonor Moral Soriano y a Carol Harlow por mantenerme alerta durante los casi cinco meses de «procesión procesal» que ha conocido el *asunto UPA*, desde la presentación de las Conclusiones del Abogado General hasta la publicación de la Sentencia en unas fechas sospechosamente estivales. Cualquier error u omisión es sola y exclusiva responsabilidad de quien suscribe estas líneas.

¹ Recuérdese que el concepto de «acto comunitario» es un término que engloba la totalidad de actos jurídicos con carácter normativo de la Comunidad Europea enumerados en el artículo 249 TCE (antiguo art. 189). No debe confundirse con la tan extendida noción de «acto administrativo» prevista en el Derecho español y también presente en otras tradiciones jurídico-públicas europeas. Sobre esta cuestión y las confusiones que puede generar, cfr. ALONSO GARCÍA R.: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*. Madrid, 1994, pgs. 208 a 212.

criticados de la redacción del Tratado de la Comunidad Europea, la cuestión venía siendo resuelta por parte del Tribunal de Justicia (en adelante TJ) con un pragmatismo muy lejano a las exigencias de una buena administración de justicia, ofreciendo resoluciones a favor de la admisibilidad, en algunos casos, y en contra en otros, a través de *tests* de legitimación aleatorios, contradictorios y poco razonables. Si en ocasiones el TJ decía que los requisitos de «afectación individual y directa» del artículo 230.4 TCE (antiguo art. 173.4 TCE) eran acumulativos, no tardaba pocos meses en afirmar que su carácter era alternativo. Cuando se abría la puerta a la legitimación de recurrentes titulares de derechos subjetivos, poco esperaba el Tribunal en recordar que esos casos eran excepcionales, incluso desestimando recursos en supuestos idénticos a los admitidos con anterioridad. Con todo, la ambigua redacción del artículo 230.4 TCE no ha sido aprovechada por el alto intérprete para crear un sistema acorde con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva. Buena prueba de ello es el contexto en que se ha desarrollado el caso que a continuación comentamos: el asunto C-50/2000, *Unión de Pequeños Agricultores contra Consejo*², cuya tramitación procesal ha conocido dos acontecimientos del máximo interés: el primero, unas Conclusiones del Abogado General Jacobs³ proponiendo un cambio jurisprudencial en la interpretación de la exigencia de «afectación individual» prevista en el artículo 230.4 TCE; y el segundo, una Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, en el asunto T-177/2000, *Jégo-Quéré et Cie SA contra Comisión*⁴, donde el TPI contradice frontalmente la jurisprudencia del TJ, alegando la incompatibilidad del *case law* del Alto Tribunal con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Para añadir más interés al asunto, el TJ decidió resolverlo en Pleno, levantando una gran expectación y, a su vez, la esperanza de un vuelco jurisprudencial.

El TJ no ha ofrecido nada parecido. Quizá la única alegría que haya dado sea la celeridad en resolver, si consideramos la importancia del asunto y las dificultades que las discusiones en Pleno suelen conllevar. A lo largo de doce párrafos el TJ se ha limitado a reafirmar, con una dureza inhabitual, la jurisprudencia clásica en materia de legitimación de actos generales por particulares. Reafirmando la vigencia de la doctrina *Plaumann* y la excepcionalidad de los asuntos *Codorniú* y *Extramet*⁵, la Sentencia *UPA* cierra con rotundidad un debate que expresamente delega a favor de los Estados y sus órganos jurisdiccionales. Según el TJ, la noción de «afectación individual» a la hora de impugnar actos generales se ha de interpretar conforme a los criterios de la doctrina *Plaumann*⁶, aunque reconociendo la posibilidad de

² Asunto *Unión de Pequeños Agricultores contra Consejo*, de 25 julio 2002 (C-50/2000).

³ Conclusiones presentadas el 21 marzo 2002.

⁴ Asunto *Jégo-Quéré et Cie SA contra Comisión*, de 3 mayo 2002 (T-177/2001).

⁵ Respectivamente, asunto *Plaumann*, de 15 julio 1963 (25/1962); *Codorniú*, de 18 mayo 1994 (C-309/1989); *Extramet Industrie contra Consejo*, de 16 mayo 1991 (C-358/1989).

⁶ La Sentencia *Plaumann* estableció los criterios básicos para la determinación de la afectación «individual» prevista en el artículo 230.4 TCE, pero también ha sido conocida por su tajante pronunciamiento a favor del principio «pro actione». Sin duda se trata de

que ciertos particulares, en atención a sus circunstancias excepcionales, vean las vías abiertas para acceder al recurso de anulación. Estas excepciones, siempre según el TJ, son exclusivamente las que ya previó en casos donde existían derechos subjetivos previamente reconocidos (*Codorniu*) o respecto de Reglamentos anti-dumping (*Extramet*). El carácter pleno del sistema de garantías previsto en los Tratados, afirma el TJ, incluye la posibilidad de impugnar actos generales a través de dos vías indirectas: la cuestión prejudicial de validez y la excepción de ilegalidad. Aunque no lo mencione expresamente el Tribunal, también queda abierta la acción de responsabilidad contemplada en el art. 288 TCE. En el caso de autos, la asociación UPA defendía la imposibilidad de plantear la cuestión prejudicial de validez, puesto que no existía acto nacional de aplicación recurrible en vía interna. Sin embargo, el TJ no consideró este factor lo suficientemente relevante y remite la cuestión al juez nacional, recordándole que está *obligado*, «en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional».

A lo largo de este comentario criticaremos la resolución del Tribunal en el asunto C-50/2000, tanto desde un punto de vista retrospectivo como prospectivo. Para comenzar describiremos los principales problemas que planteaba la jurisprudencia en la materia, y que el Tribunal no ha querido resolver. A continuación analizaremos el contenido de la Sentencia y destacaremos sus principales carencias, entre las que se halla su incongruencia argumentativa, ambigüedad y falta de motivación. Consideramos que la Sentencia no sólo ignora conscientemente los principales problemas del caso, sino que lo hace de una forma contradictoria con su propia doctrina, tensando las ya difíciles relaciones con las jurisdicciones nacionales. Posteriormente realizaremos una serie de reflexiones sobre el papel del TJ en el actual contexto institucional de la UE, su relación con los Tribunales nacionales y el problema sempiterno de las acusaciones de activismo judicial. Consideramos que el activismo no es una característica exclusiva del TJ, sino de toda alta jurisdicción, máxime cuando sus funciones son híbridas (constitucional, internacional y contenciosa). Sin embargo, el TJ puede incurrir, como aquí ha hecho, en una forma de activismo igualmente criticable: el *self-restraint*. El activismo, como otros muchos actos, puede ser tanto activo como omisivo. En la Sentencia UPA el Tribunal ha optado por una restricción voluntaria en la protección de garantías individuales, a cambio de mostrar su vertiente más fiel al contenido de los Tratados. Ahora bien, si la intención era no incurrir en un activismo que pusiera en alerta a los Estados e Instituciones, el resultado, a la luz del contenido de la resolución, ha sido todo lo contrario. No sólo el Tribunal se muestra evasivo, ambiguo

una resolución con un futuro paradójico, puesto que sus considerandos en materia de afectación individual serán empleados por el TJ para cerrar, en la medida de lo posible, el acceso de los particulares a la justicia comunitaria, reduciendo el principio «pro actione» a unos extremos que a continuación examinaremos.

Daniel Sarmiento

y contradictorio, sino que arroja más luz en su propio papel «político» que en el jurisdiccional. Si los años ochenta y noventa fueron los tiempos del famoso activismo judicial, el Tribunal ha iniciado una nueva etapa, más discreta, más conformista, más orgullosa de su pasada obra, caracterizada, por llamarlo de alguna forma, por un humilde activismo inactivo⁷. Sólo el tiempo nos dirá qué precio tendrá esta *nouvelle vogue* de la que tanto parece presumir el Tribunal.

I. EL CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA

I. LOS PARTICULARES ANTE LA IMPUGNACIÓN DE ACTOS COMUNITARIOS GENERALES: EL ARTÍCULO 230.4 TCE Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

El Tratado de la Comunidad Europea ofrece un sistema de protección jurisdiccional integral basado en la figura del juez nacional como juez «ordinario» comunitario. A partir de la consolidación de la Comunidad como una Comunidad de Derecho y la creación de un vínculo jurídico relacional entre las Instituciones y el individuo, el Derecho comunitario ha conocido un proceso de judicialización en el que cobran un papel especial los órganos jurisdiccionales nacionales⁸. En este sistema de garantías asume un lugar excepcional el máximo intérprete de los Tratados, el Tribunal de Justicia, especialmente a través de su competencia prejudicial, pero también mediante su competencia para conocer del enjuiciamiento de la validez de actos comunitarios. Siguiendo una lógica que procede de las tradiciones jurídico-públicas de los Estados miembros, a partir de la Sentencia *Foto-Frost* el TJ se declaró titular del monopolio jurisdiccional para declarar la invalidez de actos comunitarios, una función articulada procesalmente por medio

⁷ Tomo prestado el término de Leonor Moral Soriano, que habla, en ocasiones, de *activist self-restraint*.

⁸ Este vínculo relacional ha sido destacado recientemente, como clave de bóveda del constitucionalismo europeo, por POIARES MADURO, M.: *We, the Court*. Oxford, 1998. Como destaca MADURO, el asunto *Van Gend en Loos*, de 5 febrero 1963 (26/1962), supone un acontecimiento histórico que une, de forma relacional, a las Instituciones europeas con los individuos, rompiendo la tradicional concepción del Derecho Internacional como Derecho «entre Estados»: «[...] ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales, que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan en su patrimonio jurídico». (la cursiva es nuestra). Respecto del papel del juez nacional, cfr. RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El juez nacional como juez comunitario*. Madrid, 1993; SLAUGHTER, A.-M., STONE A. & WEILER J. H. H., (eds.): *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*. Oxford, 1998; KILPATRICK, NOVITZ & SKIDMORE (eds.): *The Future of Remedies in Europe*. Oxford, 2000.

del recurso de anulación, previsto en los artículos 230 y 231 del TCE⁹. Como resulta bien conocido, los sujetos legitimados pueden tener una condición privilegiada (las Instituciones, el Banco Central Europeo y los Estados Miembros) que les permite impugnar toda disposición que afecte a sus prerrogativas, mientras que los particulares quedan situados en un segundo plano: sólo cuando se trate de un acto del que sean destinatarios podrán impugnarlo ante el Tribunal mediante el instrumento de anulación. Cuando se trate de un acto general, el párrafo cuarto del artículo 230 TCE establece que los particulares sólo podrán recurrir «*las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente*». Cuando no reúnan tales requisitos, el sistema del TCE obliga al particular a buscar otras vías de tutela judicial a través de la cuestión prejudicial de validez, la excepción de ilegalidad y/o la acción de responsabilidad¹⁰.

Desde el nacimiento del sistema comunitario se han vertido críticas a esta situación claramente desventajosa para el particular, especialmente si se compara con su difunto homólogo, el sistema CECA. Como término comparativo, era evidente que en el sistema CECA los particulares podían acudir a la vía del recurso de anulación contra disposiciones generales porque estaba previsto expresamente en su Tratado, lo cual, «sensu contrario», estimulaba una interpretación en sentido negativo en referencia a la entonces CEE¹¹. El Tribunal de Justicia no tardó en confirmar esta postura, e incluso la afianzó, de manera contradictoria, durante los años en que construía un sistema jurídico en línea directa entre la Comunidad y los ciudadanos. Si el TJ no tenía empacho en romper siglos de tradición jurídico-internacional construyendo principios como los de efecto directo y primacía, cuya previ-

⁹ No obstante, el asunto *Foto-Frost*, de 22 octubre 1987 (214/1985), no fue tan fácil de resolver, puesto que el Tratado en absoluto dejaba claro que fuera el TJ el único órgano con facultades para enjuiciar los actos comunitarios, tal como destaca ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario*, op. cit., pgs. 394 a 396.

¹⁰ Arts. 234 b), 241 y 288 TCE, respectivamente. Aunque no sea una vía *activa* de depuración, es también posible acudir al recurso de omisión (art. 232 TCE) cuando no exista una actuación por parte de las Instituciones de firme depuración de actos ilegales. Cfr. ALONSO GARCÍA, R.: «Actividad judicial v. Inactividad normativa», *RAP*, núm. 151, 2000; MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: *Evolución jurisprudencial en materia de acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria*. Granada, 1991, pgs. 67 a 72; ALBORS-LLORENS, A.: *Private Parties in EC Law*. Oxford, 1995, pgs. 209 y ss.

¹¹ El artículo 33 TCECA reservaba la legitimación de actos comunitarios a las «empresas» o «asociaciones» de empresas que realizaran actividades en el ámbito CECA, incluyendo la impugnación contra actos comunitarios individuales y generales. El TJ no tardó en abrir los criterios aparentemente restrictivos del Tratado CECA para facilitar la impugnación de actos generales (asuntos *Assider*, 3/1954, de 11 febrero 1955; y *Fédéchar*, 8/1955, de 16 julio 1956); una interpretación que no fue ajena a la redacción que los Estados miembros otorgaron al actual artículo 230.4 TCE, entonces 173.4 TCEE, según detalla ISAAC, G.: *Manual de Derecho Comunitario General*. Barcelona, 1999, pg. 360, ALBORS-LLORENS, A.: *Private parties...*, op. cit., pgs. 40 y ss.; SCHERMERS, G. & WAELEBROECK D.: *Judicial Protection in the European Communities*. Leiden, 1987, pgs. 201 a 205.

sión en los Tratados era dudosa¹², todo lo contrario ocurría cuando se trataba de abrir las vías de impugnación de los particulares contra actos comunitarios generales. Pocos meses después de dictar la histórica Sentencia 26/1962 en el asunto *Van Gend & Loos*¹³, el TJ aportó su primer pilar interpretativo al artículo 230.4 TCE (entonces 173.4) por medio del asunto *Plaumann*¹⁴. Si bien la doctrina *Plaumann* iba dirigida a especificar cuándo resultaban impugnables Decisiones dirigidas a otra persona distinta al recurrente, el TJ no tardó en extrapolar esta jurisprudencia para determinar cuándo un Reglamento (acto general) afectaba individualmente a particulares. Según la Sentencia, puede considerarse que un acto formalmente general tiene carácter materialmente individual cuando «afecta a una persona física o jurídica debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que la caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, la individualiza de manera análoga a la de un destinatario». Esta doctrina se ha confirmado con el tiempo, y una vez traspasada la competencia para conocer de los recursos de anulación interpuestos por particulares al Tribunal de Primera Instancia, éste la ha seguido con extremo rigor¹⁵.

Si nos atenemos al tenor literal del Tratado y la Sentencia *Plaumann*, el TJ desglosa los requisitos del artículo 230.4 TCE en tres partes: por un lado, el acto debe ser materialmente individual, aunque su cobertura tenga apariencia de generalidad. Para determinar ante qué tipo de acto estamos, el TJ aporta una serie de criterios basados en la generalidad y abstracción de la disposición¹⁶. Una vez determinada la naturaleza del acto, el segundo requisito exige que éste afecte al particular de manera «individual», entrando en juego la doctrina *Plaumann* antes citada. El tercer requisito, la afectación directa, supone que el acto no requiera actos de ejecución, pero no es una cuestión que quedara resuelta en *Plaumann*, sino en sentencias posteriores¹⁷.

¹² Téngase en cuenta que sí se preveía la eficacia directa de los Reglamentos, lo cual, «a contrario sensu», admitiría que los demás actos y el Derecho originario *no* tendrían efecto directo. Sobre esta cuestión, cfr. ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario*, op. cit., pg. 252.

¹³ Cit. *supra*, núm. 8.

¹⁴ Cit. *supra*, núm. 5.

¹⁵ No se cumplen, pues, las esperanzas que apuntaba ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario*, op. cit., pg. 360.

¹⁶ El caso principal sobre esta cuestión es el asunto *CALPAK*, de 17 junio 1980 (asuntos acumulados 789 y 790/1979), seguido de los asuntos *Beaufort contra Consejo y Comisión*, de 18 enero 1979 (asuntos acumulados 103-109/1978) y *Alexander Moksel Import-Export GmbH & Co*, de 25 marzo 1982 (45/1981); *Gibraltar contra Consejo*, de 29 junio 1993 (C-298/1989), entre otros muchos.

¹⁷ El *leading case* sobre la cuestión es la STJCE *Toepfer contra Comisión*, de 25 junio 1964 (106-107/1963), donde por primera vez se pronuncia el TJ sobre el requisito. Cfr., asimismo, el asunto *International Fruit Company contra Comisión*, de 13 mayo 1971 (41-44/1970); *NTN Toyo*, de 29 marzo 1979 (113/1977); *Nippon Seiko*, de 29 marzo 1979 (119/1977); *Koyo Seiko*, de 29 marzo 1979 (120/1977); *Nachi*, de 29 marzo 1979 (121/1977); el TPI ha seguido esta misma línea, como demuestran los asuntos *CCE de la Société Générale des Grandes Sources y otros contra Comisión*, de 15 diciembre 1992 (T-96/1992); *AAC y otros contra Comisión*, de 27 abril 1995 (T-442/1993).

No obstante, de *Plaumann* podemos destacar un problema que ha perseguido a la jurisprudencia del Tribunal hasta el día de hoy: el primer requisito, relativo al carácter materialmente especial del acto general, en ocasiones no resulta tan fácil de separar del segundo requisito, la afectación individual. Es más, el TJ maneja ambas categorías a su mejor conveniencia, hasta el punto de exigir ambos requisitos acumulativamente, englobar el segundo dentro del primero, o enjuiciar únicamente el segundo sin hacer alusión alguna a la naturaleza del acto¹⁸. De esta manera el TJ emplea el criterio sentado en *Plaumann* a su libre albedrío, unas veces en sentido estricto (naturaleza del acto y afectación individual), pero otras veces con cierta liberalidad, entrando únicamente en alguno de los *tests*¹⁹. Existen supuestos en los que el TJ es consciente de la situación e intenta recuperar el orden, pero meses más tarde vuelve a incurrir en la técnica del «totum revolutum» con una encomiable soltura. La doctrina defendió la existencia de un criterio tras esta extraña aplicación del artículo 230.4: cuando la impugnación se efectuaba contra Reglamentos dirigidos a categorías cerradas de personas, entonces se aplicaba el requisito de la afectación individual²⁰. Efectivamente, la jurisprudencia mostraba que en tales supuestos el TJ tendía a decidir con más apertura, pero en breve fue el propio Tribunal el encargado de romper esta línea, imponiendo el doble requisito en supuestos donde se cuestionaban Reglamentos de tales características²¹. Con todo,

¹⁸ En la STJCE *Confédération Nationale des Producteurs de Fruits et Légumes contra Comisión*, de 14 diciembre 1962 (16-17/1962), incluso con anterioridad a la Sentencia *Plaumann*, el TJ marcó una línea entre el requisito de la naturaleza del acto y la afectación individual, que posteriormente fue afinada por la Sentencia *Zuckerfabrik Watenstedt contra Consejo*, de 11 julio 1968 (6/1968). A la luz de esta jurisprudencia, el TJ estableció un sistema de requisitos *acumulativos* y no alternativos. Poco después, a partir de la Sentencia *Compagnie Française Commerciale et Financière contra Comisión*, de 16 abril 1970 (64/1969), el TJ comienza a desestimar recursos de anulación donde los recurrentes cumplían el requisito de la afectación individual, tal como muestran los asuntos *Confédération* y *Zuckerfabrik*, únicamente basados en la naturaleza del acto impugnado. A partir de los años noventa, el TJ comienza a reconocer abiertamente la legitimación de recurrentes afectados individualmente por reglamentos que no superan el primer requisito. El caso más paradigmático es el asunto *Codorníu*, cit. *supra*, núm. 5, pero también son dignos de mención los asuntos *Sofrimport*, de 26 junio 1990 (C-152/1988); *Van Parijs*, de 21 junio 1993 (257/1993) y *Petridi*, de 14 noviembre 1991 (C-232 y 233/1991), entre otros muchos. Cfr., criticando este confusionismo, NEUWAHL, N. A. E. M.: «Article 173 paragraph 4 EC: Past, Present and Possible Future», *European Law Review*, núm. 21, 1996, pgs. 21 a 23.

¹⁹ El TJ se pronuncia en un sentido u otro con total libertad, como muestra la STJCE de 16 marzo 1978 (123/1977), *UNICME*.

²⁰ ALBORS-LLORENS, A.: *Private Parties...*, *op. cit.*, pgs. 112 a 150.

²¹ Asunto *Sofrimport* de 26 junio 1988 (C-152/1988); *Petridi contra Comisión*, de 14 noviembre 1991 (C-233/1991); *Arnaud contra Comisión* de 24 mayo 1993 (C-131/1992), *Abertal contra Comisión* de 15 junio 1993 (C-213/1991); uso que también ha hecho el TPI a partir del asunto *Campo Fbro contra Comisión* de 21 febrero 1995 T-472/1993. No obstante, ALBORS-LLORENS, A. defiende la postura del TJ y la ampara en la necesidad de liberalizar los criterios de admisión en casos atinentes a categorías cerradas de destinatarios. No obstante, si la tesis de la profesora de Cambridge es cierta, resulta cuestionable que el TJ, posteriormente en el asunto *UPA*, se muestre tan apegado al texto de los Tratados. Igualmente crítico, pero a la luz de la jurisprudencia del TPI, cfr. ARNULL, A.: «Private

quizás la única explicación realista sea la que nos ofrece HARTLEY, para quien el Tribunal decide primero el fallo y después, en función de que sea estimatorio o no sobre el fondo, aplica los requisitos a su conveniencia²².

La dudosa consistencia de la jurisprudencia se agrava aún más si se analiza el segundo requisito, atinente a la afectación individual. Como han destacado Craig y De Búrca²³, tampoco existe un criterio uniforme a la hora de determinar qué significa, exactamente, que un Reglamento afecte individualmente a un particular, pudiendo encontrarse hasta tres posturas al respecto:

1) Una primera interpretación identifica la noción de interés individual con el criterio sentado en la Sentencia *Plaumann*²⁴. Si el recurrente demuestra que el Reglamento le afecta debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que le caracteriza en relación con cualesquiera otras personas, y, por ello, le individualiza de manera análoga a la de un destinatario, superará con éxito las exigencias del artículo 230.4 TCE. La dificultad que entraña este *test* es bien notoria: si una persona, en cualquier momento futuro, puede formar parte de la categoría que reclama ostentar exclusivamente el recurrente, deberá considerarse que éste no está individualmente afectado. Así lo ha visto de forma reiterada el TJ al aplicar la doctrina *Plaumann*, llevando las exigencias a unos extremos prácticamente imposibles de respetar por los recurrentes²⁵.

2) Una segunda línea interpretativa de la noción de afectación individual está ligada al daño fáctico producido por el acto general impugnado. Si el recurrente demuestra que su actividad está en riesgo de extinción debido a

applicants and the action for annulment since Codorniu», *Common Market Law Review*, núm. 38, 2001, pgs. 32 a 40.

²² HARTLEY, T.: *The Foundations of European Community Law*. Oxford, 1994, pg. 368. Una interpretación no del todo desatinada, a la luz de la Sentencia *Boeringher Vetmedica*, de 1 diciembre 1999 (asuntos acumulados T-125 y 152/1996), donde el TPI ignoró la excepción de admisibilidad alegada por el Consejo contra la legitimación de los recurrentes, entrando directamente en el fondo del asunto con un resultado igualmente desestimatorio. En casación, el AG Ruiz-Jarabo consideró que el TPI incurrió en error de derecho al omitir la excepción, pero el TJ falló en contra de la admisibilidad del recurso, sin llegar a pronunciarse (ironías forenses) sobre el fondo del asunto (STJCE *Consejo contra Boeringher Vetmedica*, de 26 febrero 2002 (C-23/2000)).

²³ CRAIG, P. & DE BÚRCA G.: *EU Law. Text, Cases and Materials*. Oxford, 1998, pgs. 468 a 470. Una descripción que ya adelantaba CRAIG, P. en su trabajo «Legality, Standing and Substantive Review in Community Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 14, 1994, pgs. 507 y ss.

²⁴ El *test Plaumann* que actualmente utiliza el Tribunal no es, paradójicamente, el criterio que sentó en la tantas veces citada Sentencia, sino una redacción «adaptada» que introdujo el TJ a partir del asunto *Deutz und Geldermann contra Consejo*, de 24 febrero 1987 (26/1986).

²⁵ Un análisis prospectivo que el TJ ha aplicado en otras ocasiones, como en la STJCE de 17 enero 1985 (11/1982), *Piraiki-Patraiki contra Comisión*, aunque con un resultado final bien diferente. No obstante, en su párrafo 14 reitera la prospección del *test Plaumann* en toda su rotundidad.

la adopción del Reglamento y asimismo es capaz de probar su situación hegemónica o prácticamente exclusiva en el sector regulado, el Tribunal puede reconocer que existe una afectación individual. Esta es la solución adoptada en el asunto *Extramet*, aunque en el ámbito de Reglamentos anti-dumping²⁶. En tales supuestos el TJ ha adoptado un enfoque más liberal debido a la naturaleza peculiar del régimen comunitario de las políticas anti-dumping, cuyos Reglamentos suelen adoptar, en su interior, cúmulos de decisiones individuales. No obstante, la lectura de la afectación individual permite una vía de apertura que el test en *Plaumann* no admite, y puede considerarse una interpretación aperturista²⁷.

3) La tercera línea interpretativa que ha empleado el TJ asocia la afectación individual del recurrente con la lesión de un derecho subjetivo. Siguiendo una lectura clásica de la noción de interés individual, el Tribunal ha reconocido en varios supuestos que una persona física o jurídica titular de un derecho subjetivo frontalmente lesionado por un acto general, tiene legitimación para impugnar conforme al artículo 230.4 TCE. Esta tercera interpretación, sin duda la más abierta de todas, fue la sentada en el caso *Codorniu*²⁸ y posteriormente confirmada en el caso *Antillean Rice*²⁹. No obstante, la excepcionalidad con la que se ha pronunciado el TJ hasta la fecha en este tipo de supuestos nos permite tachar a esta interpretación de residual³⁰.

²⁶ Asunto *EXTRAMET Industrie SA*, de 14 febrero 1990 (C-358/1989). En el mismo sentido y también citada por CRAIG y DE BÚRCA, cfr. la STPI de 28 septiembre 1995 (T-164/1994), *Ferchimex SA contra Consejo*.

²⁷ ALBORS-LLORENS, A.: *Private Parties...*, op. cit., pgs. 152 a 169; ORTEGA, M.: *El acceso de los particulares a la justicia comunitaria*. Barcelona, 1999, pgs. 86 a 88; MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: *Evolución jurisprudencial en materia de acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria*. Granada, 1991, pgs. 52 a 54.

²⁸ STJCE *Codorniu*, cit. *supra*, núm. 5.

²⁹ STJCE *Antillean Rice NV contra Comisión*, de 14 septiembre 1995 (T-480 y 483/1993). Es interesante destacar que Antillean Rice Mills ha vuelto a recurrir ante la justicia comunitaria, esta vez directamente ante el TJ, con peor suerte (asuntos acumulados C-110/1997 y C-451/1998). A fecha de hoy no se ha dictado sentencia, pero las Conclusiones del AG Léger, aplicando las condiciones sentadas en *Plaumann* y a la luz del momento de la constitución del derecho cuestionado, consideran que el recurso debe ser desestimado. A mayor abundamiento, el AG Léger utiliza el test alternativo en su lectura del artículo 230.4 TCE: «No cabe excluir sin embargo la posibilidad de que, pese a su alcance general, un acto afecte *directa e individualmente* a determinadas personas físicas o jurídicas».

³⁰ Podría afirmarse que esta identificación entre afectación individual y derechos subjetivos también se ha expandido a los derechos procesales en el marco de un procedimiento administrativo. En la esfera de ayudas de Estado y procedimientos en materia de competencia, el TJ ha considerado que un sujeto participe en el correspondiente procedimiento, con independencia de que no resulte posteriormente destinatario del acto general resolutorio del procedimiento, puede estar individualmente afectado. Cfr., entre otras, las SSTJCE *Metro-SB-Grossmärkte GMBH & CoG contra Comisión*, de 23 julio 1976 (26/1976); *COFAZ SA contra Comisión*, de 28 enero 1986 (169/1984); *BEUC contra Comisión*, de 18 mayo 1994 (T-37/1992). Sobre esta cuestión, cfr. ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Comunitario*. Madrid, 1994, pg. 360; ALBORS-LLORENS, A.: *Private Parties...*, op. cit., pgs.

Sin duda el panorama no resulta muy favorable al recurrente. No sólo puede encontrarse ante la inseguridad del tipo de requisito que le ha de ser aplicado (naturaleza del acto y/o afectación individual), sino que la interpretación de la noción de afectación individual tampoco es uniforme, y puede fluctuar en función del sector recurrido, los hechos o los derechos subjetivos en juego. La facilidad con que el TJ varía de un criterio a otro y de unos requisitos a otros, ha hecho de la jurisprudencia en la materia un ámbito necesitado de un pronunciamiento jurisprudencial aclaratorio. A la vista de la Sentencia aquí comentada no parece que el TJ comparta esta opinión, y, como más tarde analizaremos, el asunto *UPA* supone una consolidación del «status quo» arriba descrito.

2. LAS VÍAS PROCESALES ALTERNATIVAS AL RECURSO DE ANULACIÓN

Esta jurisprudencia no habría sido tan fácilmente asumida por el TJ si no existieran vías secundarias en manos del recurrente para impugnar actos de carácter general. Para comenzar, el particular cuenta con una vía expresamente prevista para estas situaciones: la cuestión prejudicial de validez [art. 234 b) TCE]. Con independencia del plazo de dos meses para interponer el recurso de anulación contra un acto general (art. 230.5 TCF), el particular puede solicitar al órgano jurisdiccional nacional el planteamiento ante el TJ de la cuestión prejudicial de validez, con vistas a depurar el ordenamiento mediante la eliminación de dicho acto. Asimismo, el artículo 241 TCE establece la excepción de ilegalidad como vía «secundaria» y ante el juez comunitario, pero de menor calado y repercusión, puesto que el juicio de validez del acto general sólo tiene efectos «intra partes»³¹. Finalmente, la acción de responsabilidad permite al particular ser compensado por los daños sufridos por los actos de la Comunidad, entre los que aparecen, naturalmente, los actos generales. Una vez ejercida la acción de responsabilidad, el TJ entrará forzosamente a conocer de la licitud del acto causante del daño, debido a que tal condición es requisito para el reconocimiento de la responsabilidad³².

Este marco procesal, no obstante, tiene tres grandes inconvenientes. En pri-

75 a 101; y WINTER: «The rights of complainants in State aid cases: judicial review of Commission decisions adopted under Article 88 (ex 93) EC», *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999. En cuanto a la repercusión de esta tercera interpretación de «afectación individual», es fundamental el trabajo ya citado de ARNULL, A.: *Private applicants...*, cit., pgs. 40 a 43.

³¹ Esta afirmación no puede realizarse con tanta rotundidad, si tenemos en cuenta la posible extensión de los efectos declarativos de la declaración de invalidez en la excepción de ilegalidad, y, al contrario, la potencial restricción de efectos en las cuestiones prejudiciales de invalidez. Sobre el particular, cfr. ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario*, op. cit., pgs. 388 a 389 y 297.

³² La posibilidad de declarar la responsabilidad de la Comunidad por actos lícitos es una cuestión aún por resolver, aunque el TJ no la desecha del todo, tal como demuestra GUICHOT, E.: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Valencia, 2001, pgs. 142 y ss.

mer lugar, y en palabras del Abogado General Jacobs, «puede resultar difícil para los particulares, y en algunos casos quizá imposible, impugnar actos comunitarios que [...] no requieren ningún acto de ejecución de las autoridades nacionales»³³. Resulta frecuente que los Reglamentos sean ejecutados administrativamente por las autoridades nacionales, lo cual permitiría acudir a la cuestión prejudicial de validez si los actos nacionales aplicativos son recurridos. Ahora bien, que el particular tenga que forzar la resolución de un acto nacional ilegal (o supuestamente ilegal, en función de que el acto de cobertura comunitario sea válido o no) para así acceder a la justicia comunitaria, no es la mejor forma de garantizar la tutela judicial efectiva³⁴. Citando nuevamente al Abogado General Jacobs en sus Conclusiones al asunto *UPA*: «Es evidente que no puede exigirse a los particulares que infrinjan la ley para poder tener acceso a la justicia»³⁵. En segundo lugar, hay que recordar que el planteamiento de la cuestión prejudicial es una facultad discrecional del juez nacional; un dato que convierte al juez nacional en el «guardián» de una revisión de la legalidad comunitaria ante el TJ. Aunque el TJ haya ido puliendo la extensión de dicha discrecionalidad³⁶, es evidente que su confianza en los mecanismos accesorios corre el riesgo de dejar al recurrente en una situación de indefensión, máxime cuando algunos Tribunales Constitucionales nacionales no han asumido del todo su competencia para enjuiciar la negativa del juez ordinario a plantear la cuestión prejudicial³⁷. El tercer problema afecta a la duración de los procesos. Suponiendo que el juez ordinario planteara la cuestión prejudicial, súmese a todo ello

³³ Conclusiones del AG Jacobs, asunto *UPA*, cit., párr. 43.

³⁴ El caso se planteó en el asunto *UFADE* de 10 julio 1986 (117/1986). Al respecto, cfr. CARRO MARINA, M.: «El artículo 173.2 del Tratado CEE y la legitimación para recurrir los reglamentos comunitarios», *REDA*, 54, 1987. Otro ejemplo de la naturaleza problemática de los actos carentes de ejecución lo muestra el asunto *Salamander AG y otros contra Parlamento y Consejo*, de 27 junio 2000 (asuntos acumulados T-172 y 175/1998), pgs. 72 a 80 de comentado por DE WITTE, B.: «The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», en ALSTON, P., *The EU and Human Rights*, op. cit., pg. 876, y HERVEY, T. K.: «Up in Smoke? Community (anti)-tobacco law and policy», *European Law Review*, núm. 2, 2001.

³⁵ Conclusiones del AG Jacobs, asunto *UPA*, cit., párr. 43.

³⁶ Cfr., *infra*, núm. 77.

³⁷ Los términos en que se ha pronunciado el TC español son muy estrictos, tal como consta en las SSTC 113/1993, de 25 marzo; 180/1993, de 31 mayo; y 201/1996, de 9 diciembre. Según el intérprete constitucional, la posibilidad de recurrir en amparo quedaría abierta únicamente en aquellos casos «irrazonables» (citando, *a contrario*, el fundamento segundo de la STC 111/1993), pero el canon de razonabilidad, como es bien sabido, queda abierto para casos de manifiesta arbitrariedad. La carga argumentativa del recurrente es, sin duda, de una dureza notable. Sobre esta cuestión, cfr. BAÑO LEÓN, J. M. y ALONSO GARCÍA, R.: «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *REDC*, 29, 1990 y AZPITARTE, M.: *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*. Madrid, 2002, pgs. 114 a 126; ALONSO GARCÍA, R.: «Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R. *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Madrid, 2001, pg. 170, núm. 85.

el lapso temporal que conlleva la adopción del acto aplicativo, el reenvío a Luxemburgo y el plazo del órgano nacional para resolver una vez contestada la cuestión. Esta reflexión podría no afectar tanto a la acción de responsabilidad; pero tampoco debe olvidarse la dificultad que conlleva actualmente la vía indemnizatoria ante el TJ. Todo ello con independencia de la conveniencia de estos tres mecanismos procesales para efectuar, en profundidad, juicios abstractos de validez de normas³⁸.

Los problemas que plantean las vías alternativas no son meros inconvenientes para el recurrente, sino situaciones con un potencial lesivo de derechos fundamentales. A esta conclusión llegó el TPI en su Sentencia de 3 mayo 2002, junto con importantes voces doctrinales³⁹. Asimismo el Abogado General Jacobs consideró que las vías alternativas, concretamente la cuestión prejudicial de validez, no son mecanismos adecuados para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Quedaría por determinar hasta qué punto los Tribunales nacionales estarían obligados a forzar la interpretación de sus normas procesales para solventar los obstáculos que plantean las vías

³⁸ Cfr. el estudio crítico que realiza al respecto ORTEGA, M.: *El acceso...*, op. cit., pgs. 100 a 178. Asimismo ALBORS-LLORENS, A.: *Private Parties...*, op. cit., pgs. 177 a 216, en un estilo más analítico pero igualmente crítico con estas vías como medios sustitutivos del recurso de anulación.

³⁹ Tras analizar la viabilidad de los mecanismos alternativos, el TPI no considera, «a la luz de los artículos 6 y 13 del CEDH y del artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales, que los procedimientos previstos en los artículos 234 CE, por un lado, y 288 CE, párrafo segundo, por otro, garanticen a los justiciables un derecho de recurso efectivo que les permita cuestionar la legalidad de disposiciones comunitarias de alcance general que afectan directamente a su situación jurídica». (STPI *Jego-Quéré et Cie SA*, cit., f. 47); una resolución del TPI que contradice frontalmente su argumentada decisión en el asunto *Salamander*, cit. núm. 34. Así, cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, B.: «Tutela judicial efectiva de los particulares y legitimación para impugnar directamente actos normativos comunitarios», *La Ley*, núm. 5576, 28-6-2002. Voces doctrinales críticas, entre otras, cfr. ARNULL, A.: *Private applicants...*, cit., pgs. 48 a 51; JACOBS, F.: «Access to justice as a Fundamental Right in European Law», en *Mélanges en hommage a F. Schockweiler*. Baden-Baden, 1999, pgs. 203 a 206; VANDERSANDEN, G.: «Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 5, 1995, pgs. 549 y 550; LENAERTS, K.: «Legal Protection of Private Parties Under the EC Treaty: A coherent and complete system of judicial review?» en *Scritti in onore di F. G. Mancini*. Milán, 1998, pgs. 620 a 623; WARD, A.: *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*. Oxford, 2000, pgs. 242 a 245; HARLOW, C.: «Towards a Theory of Access for the European Court of Justice», *Yearbook of European Law*, núm. 12, 1992, pgs. 222 y ss.; HARLOW, C.: «Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union», en ALSTON, P., *The EU and Human Rights*. Oxford, 1999, pg. 194; ALONSO GARCÍA, R.: *Las cláusulas...*, cit., pgs. 170 a 171; CRAIG, P.: *Legality, Standing...*, cit., pgs. 515 y ss. Finalmente cabe plantearse qué interpretación merecería el artículo 230.4 TCE a la luz de una Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en vigor; en cualquier caso, una interpretación de la misma debería permitir alguna apertura, tal como destaca la Cámara de los Lores británica, en su octavo informe de 2000, HOUSE OF LORDS: *EU Charter of Fundamental Rights*, Select Committee on European Union, Eighth Report, pgs. 132 y 133 (www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199900/ldselect/lducom/67/6702.1).

alternativas, pero el riesgo de terminar con quince sistemas jurídicos diferentes con distintos niveles de protección, sería, probablemente, un resultado aún más pernicioso⁴⁰. No obstante, estos argumentos no parecieron convencer al Tribunal, y ha sido este punto, en referencia a la conformidad con la tutela judicial efectiva de las vías alternativas, el utilizado por el TJ en la Sentencia *UPA* para desestimar el recurso.

II. LA SENTENCIA UPA (C-50/2000) DE 25 JULIO 2002

Una vez visto el contexto normativo y jurisprudencial que rodeaba el asunto *UPA*, veamos qué problemas planteó el caso y en base a qué elementos de hecho. Como notas características del caso, habría que destacar los motivos alegados por el recurrente en su recurso de casación ante el TJ, exclusivamente centrados en la conformidad del Auto impugnado con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esta línea argumental pretendía distanciar el caso de la estricta interpretación que el TJ viene realizando del artículo 230.4 TCE, pero no logró todo el éxito que esperaba. El TJ aprovechó este motivo para ceñir su argumentación a la compatibilidad de las vías alternativas de recurso contra actos generales con la tutela judicial efectiva, y así aparcó el examen de la naturaleza del acto y la afectación individual a la luz del derecho fundamental. Asimismo, y aunque no sea una cuestión que repercutiera en el recurso ante el TJ, habría que destacar la naturaleza jurídica del recurrente, la Unión de Pequeños Agricultores, una asociación representativa de intereses colectivos y con personalidad jurídica conforme al Derecho español. La aplicación del artículo 230.4 TCE venía siendo invocada por particulares en condición de personas físicas o jurídicas individuales, pero no colectivas. Salvo en casos puntuales⁴¹, el TJ no ha tenido ocasión

⁴⁰ Problema que también apunta el Abogado General Jacobs en el párr. 44 de sus Conclusiones.

⁴¹ Cfr. las SSTJCE de 14 diciembre 1962, *Confédération Nationale* (16 y 17/1962); *Fediol contra Comisión*, de 4 octubre 1983 (191/1982); *Van der Kooy y otros contra Comisión*, de 2 febrero 1988 (asuntos acumulados 67/1985, 68/1985 y 70/1985); *Arposol*, de 14 noviembre 1988 (55/1986); *Greenpeace*, de 2 abril 1998 (C-321/1995), y el Auto de 5 noviembre 1986 (117/1986), asunto *UFADE*. El TPI también ha tenido ocasión de desarrollar esta jurisprudencia, especialmente a través de los casos *CCE de Vittel y otros contra Comisión*, de 27 abril 1995 (T-12/1993); *AITEC y otros contra Comisión*, de 6 julio 1995 (asuntos acumulados T-447/1993, T-448/1993 y T-449/1993); *Exporteurs in Levende Varkens y otros contra Comisión*, de 13 diciembre 1995 (asuntos acumulados T-481/1993 y T-484/1993); y el Auto dictado en el asunto *Federolio*, de 30 septiembre 1997 (T-122/1996). Son de particular relevancia, por su tono crítico y desconfiado hacia la función judicial que pueden desempeñar las asociaciones, las Conclusiones del Abogado General Cosmas en el citado asunto *Greenpeace*, presentadas el 23 septiembre 1997. Cfr. asimismo GORMLEY: «Public interest litigation», en O'KEEFE, D. y BAVASSO A. (eds.), *Judicial Review in European Union Law (Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley, vol. I)*, 2000, Cap. 14; HARLOW, C.: *Access to Justice...*, cit., pgs. 211 a 213. Habría que mencionar la distinción que comienza a separar al TJ respecto de las jurisdicciones constitucionales, como la española en la STC 252/2000, de 20 octubre 2000, donde el TC tuvo la oportunidad de reconocer el interés legítimo de una asociación de vecinos a partir de sus fines estatutarios. El TJ

Daniel Sarmiento

de sentar con firmeza qué requisitos deben reunir estas organizaciones a la hora de determinar su «afectación individual» en el momento de impugnar actos comunitarios generales, labor que el TPI ha asumido en el Auto recurrido y que el TJ no ha entrado a valorar. Con estas notas características a la vista, veamos los hechos que rodean el asunto *UPA*.

1. MARCO FÁCTICO Y JURÍDICO DEL CASO

El 20 de octubre de 1998, la asociación española Unión de Pequeños Agricultores (UPA) interpuso recurso de anulación contra el Reglamento 1638/1998 CE, de modificación de la organización común de mercados en el sector de las materias grasas. Concretamente el Reglamento impugnado venía a modificar el antiguo Reglamento 136/66/CEE sobre la organización común del sector, modificando de manera radical el sistema de ayudas al sector olivarero. El modelo adoptado en el año 1966 establecía un mecanismo de precios garantizados, apoyado en un sistema de ayudas a la producción, el consumo, el almacenamiento y las importaciones y exportaciones. Transcurridos treinta años y transformado el sector con la incorporación de nuevos Estados con tradición olivarera (léase el Reino de España), el Reglamento 136/1966 estaba llamado a una reforma que actualizara el régimen jurídico del sector a la realidad del mercado; reforma que llevó a cabo el Reglamento impugnado con la supresión del antiguo sistema de intervención y la creación de un régimen de ayudas a los contratos de almacenamiento privado. Junto con la supresión de las ayudas previstas en el Reglamento de 1966, se incorpora un mecanismo de cuotas nacionales garantizadas aplicable también a los olivares plantados con posterioridad al 1 de mayo de 1998.

UPA representa el sector de pequeños agricultores español, entre los que se encuentran los agricultores olivareros, de tal manera que cuenta entre sus intereses estatutarios la defensa del sector afectado por el Reglamento 1638/1998. En sus alegaciones, UPA solicitaba la anulación del Reglamento citado en base a la falta de motivación del mismo, incumplimiento de objetivos tasados en el artículo 33 TCE, y violación de los principios de igualdad, proporcionalidad, libertad de empresa y propiedad. Por Auto de 23 noviembre 1999⁴², el TPI declaró la inadmisibilidad manifiesta del recurso debido a la falta de legitimación de la recurrente. En su argumentación, el TPI realizó un examen de los requisitos del artículo 230.4 TCE (a excepción de la afectación directa) y de la naturaleza jurídica de UPA, concluyendo que ésta no gozaba de afectación individual. El análisis realizado por el TPI establece que el Reglamento impugnado tenía carácter general, pero, siguiendo la jurisprudencia *Codorniu*, afirma que no obstante su generalidad es posible que afecte al recurrente de manera individual. Aplica, así, un *test* alternativo

asocia, a día de hoy, el interés de la asociación con el de sus miembros, pero no con los objetivos tasados en el acto constitutivo de la misma.

⁴² Asunto *Unión de Pequeños Agricultores contra Consejo*, de 23 noviembre 1999 (T-173/1998).

de los requisitos del artículo 230.4 TCE, en línea con la jurisprudencia más liberal del TJ. Una liberalidad que no lleva demasiado lejos al recurrente, pues considera el TPI que la recurrente no reúne la condición de afectación individual, conforme a los criterios de la Sentencia *Plaumann*.

En cuanto a la naturaleza jurídica de UPA, el TPI, citando la jurisprudencia *Federolio*⁴³, entendió que aquélla no gozaba de ninguna de las tres condiciones que deben ostentar las organizaciones representativas de intereses colectivos, a saber: que un acto normativo reconozca expresamente a tales asociaciones una serie de facultades en el marco del procedimiento; que ésta represente los intereses de empresas que podrían interponer válidamente el recurso por sí mismas; y que la afectación individual repercuta sobre la asociación, incidiendo en sus intereses como asociación. El TPI entiende que UPA no reúne ninguno de estos requisitos. De hecho, el juicio sobre la afectación individual de los empresarios olivareros se realiza sobre la base del segundo requisito mencionado, lo cual permitiría interpretar favorablemente la legitimación de UPA en su condición de asociación, pero no la de sus representados. Por si quedara alguna duda, el cumplimiento de tales requisitos es una exigencia de carácter alternativo y no acumulativo, según puede deducirse del enunciado del Auto.

Pero el argumento central de la recurrente no gira en torno a su afectación individual, sino alrededor de la conformidad con el derecho fundamental a la tutela judicial del sistema de recursos interpretado por el TJ. Este motivo es el que posteriormente empleará UPA en el recurso de casación para defender su legitimación, y que tanto el TPI como el TJ consideran infundado. La argumentación de UPA es la siguiente: la interpretación literal que hace el TJ del artículo 230.4 TCE no permite a los particulares impugnar actos generales, salvo en supuestos excepcionales⁴⁴. El TJ y el TPI han entendido que esta insuficiencia puede suplirse acudiendo a otros mecanismos procesales, especialmente la cuestión prejudicial de validez, con el fin de que el particular vea tutelado su derecho⁴⁵. No obstante, existen casos en los que un acto comunitario general necesita medidas administrativas de ejecución, cuya puesta en funcionamiento puede suponer una gran complejidad y dificultad de cara a su posterior impugnación; y cuando el acto comunitario sea aplicable directamente, sin medida administrativa de por medio, requeriría su incumplimiento para así poder ser cuestionado ante un juez nacional y ulteriormente reenviado a Luxemburgo⁴⁶. Asimismo, la lentitud y la inadecuación de los trámites procesales nacionales pueden llegar a ser tan notorias que sitúan al particular en las fronteras de la indefensión.

⁴³ Cfr. *supra*, núm. 41.

⁴⁴ Cfr. *supra*, núm. 5.

⁴⁵ Cfr. asuntos *Salamander*, cit. *supra* núm. 34, *Molkerei*, de 15 septiembre 1998 (T-109/1997) y posteriormente ratificada en casación por Sentencia de 26 octubre 2000 (C-447/1998); *Danielsson y otros contra Comisión*, de 9 agosto 1995 (T-585/1993); *Kahn Scheepvaart contra Comisión*, de 5 junio 1996 (T-398/1994).

⁴⁶ Conclusiones del AG Jacobs, asunto *UPA*, párr. 43.

Por tanto, cabe plantearse si esta «plenitud» del sistema de recursos que defiende el TJ es conforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido como principio general del Derecho comunitario. Esta argumentación, sin duda impecable, podía traer consigo las siguientes vías de apertura del artículo 230.4 TCE:

1) La cuestión prejudicial de validez, la excepción de ilegalidad y la acción de responsabilidad, como vías alternativas al recurso de anulación, no constituyen mecanismos suficientes para garantizar la tutela judicial efectiva de los particulares a la hora de impugnar actos generales. Por tanto, para respetar el contenido del derecho cabrían dos alternativas:

a) en casos *puntuales*, cuando estos mecanismos alternativos no garantizan el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva («ad ex» dilaciones indebidas; necesidad de incumplir el acto general para poder cuestionarlo ante el juez nacional), es posible reconocer la legitimación del recurrente como mecanismo subsidiario. Esta solución implica el riesgo de atomizar la justicia comunitaria, y deja al juez comunitario en la difícil situación de enjuiciar en cada recurso las peculiaridades de los sistemas judiciales de cada Estado miembro. A pesar de esta dificultad, UPA entendió que la competencia subsidiaria del TJ era la solución correcta.

b) En una lectura más exhaustiva del Tratado, se podría reconocer la inadecuación de los mecanismos alternativos *en su conjunto*, no tanto sobre la base de casos puntuales, sino en función de los fines de este tipo de recursos procesales, y las limitaciones que sus trámites conllevan a la hora de efectuar juicios abstractos de validez. Esta segunda opción es la seguida por el TJ en su argumentación al caso *UPA*, pero desemboca en un resultado totalmente contrario al sostenido por la recurrente: el análisis de los mecanismos alternativos *en su conjunto* es conforme a la tutela judicial efectiva, y una lectura contraria supondría una interpretación «contra legem» de los Tratados⁴⁷.

2) Otra vía de apertura podría defender lo siguiente: los mecanismos alternativos son, en efecto, contrarios al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. No obstante, un análisis caso por caso de los mecanismos nacionales supone una labor hercúlea que ni el juez dworkiniano sería capaz de afrontar, máxime cuando introduciría una desigualdad entre los sistemas jurídicos nacionales en absoluto deseable para la integridad del Derecho comunitario. Asimismo, la inadecuación en su conjunto de los mecanismos alternativos no puede llevar a una declaración general sobre la inadecua-

⁴⁷ «40. Pues bien, el Tratado, mediante sus artículos 173 y 184 (actualmente artículo 241 CE), por una parte, y mediante su artículo 177, por otra, ha establecido un sistema completo de vías de recurso y procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de las instituciones, confiando dicho control al juez comunitario [...].

45. Si bien es cierto que puede concebirse un sistema de control de la legalidad de los actos comunitarios de alcance general distinto del establecido por el Tratado originario, cuyos principios nunca han sido modificados, corresponde a los Estados miembros, de conformidad con el artículo 48 UE, reformar, en su caso, el sistema actualmente vigente».

ción de los mismos, pues la solución pasaría por una interpretación forzada y contraria al tenor literal de los Tratados. Además, esta segunda solución exigiría del juez comunitario abrir los requisitos del artículo 230.4 TCE por incompatibilidad con los artículos 234 b) y 249 TCE; una especie de antinomia «intra»-Tratado que dejaría al TJ en una difícil tesitura. En cambio, cabría entender que tanto la primera como la segunda crítica aportan argumentos de peso para que el TJ, cuando menos, aporte *una nueva interpretación a la noción de «afectación individual»* prevista en el artículo 230.4 TCE. A la luz de la evolución jurisprudencial, el desarrollo de los derechos fundamentales como principios integrantes del Derecho comunitario (y su reconocimiento expreso en el artículo 6 TUE), y los avances en la interpretación del artículo 230.4 TCE, que permiten admitir la legitimación de los particulares en recursos contra actos generales únicamente cuando cumplen el requisito de la afectación individual (con independencia de que el acto sea general o no), son argumentos suficientes para sustituir el *test* del caso *Plaumann* por una lectura conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva. A esta conclusión llegó el Abogado General Francis Jacobs en sus Conclusiones al caso UPA⁴⁸, a la que posteriormente se adhirió el TPI en el asunto *Jégo-Quéré*, contradiciendo frontalmente al TJ (y a sí mismo, todo hay que decirlo), a favor de una nueva interpretación del artículo 230.4 TCE, y, en concreto, de la noción de «afectación individual»⁴⁹.

2. LA RESOLUCIÓN DEL TJ DE 25 JULIO 2002

El análisis de la Sentencia del TJ debe arrancar con el objeto del recurso, en este caso ceñido por las partes a la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que carecían de vías procesales adecuadas para impugnar el Reglamento 1638/1998. Posiblemente los recurrentes se apegaron a esta argumentación con el fin de no ver desestimado automáticamente

⁴⁸ Coincidiendo con las Conclusiones críticas que venían presentando otros Abogados Generales al respecto. Entre otros, cfr. las Conclusiones del AG Ruiz-Jarabo al asunto *Assoziazione agricoltori della provincia di Rovigo y otros contra Comisión*, presentadas el 12 septiembre 1996 (C-142/1995); Slynn en el asunto *Lord Bethel*, presentadas el 6 mayo 1982 (246/1981); Warner en el asunto *Nippon Seiko*, de 14 diciembre 1979 (asuntos acumulados 113 y 118-121/1977); Da Cruz Vilaça, en el asunto *Mannesmann*, de 21 enero 1987 (C-333/1985); y más recientemente Stix-Hackl, en el asunto *Sadam Zuccherifici*, de 8 febrero 2001 (41/1999 P).

⁴⁹ El Abogado General Jacobs, en el párrafo 60 de sus Conclusiones, defiende que «debería por tanto aceptarse que una persona resulta individualmente afectada por un acto comunitario si, debido a sus circunstancias particulares, el acto lesiona o puede lesionar sus intereses de manera sustancial». En una línea similar, el TPI afirma en el asunto *Jégo-Quéré*, párrafo 51, que «una persona física o jurídica queda individualmente afectada por una disposición comunitaria de alcance general que le afecta directamente si la disposición de que se trata afecta de manera cierta y actual a su situación jurídica restringiendo sus derechos o imponiéndole obligaciones. El número y la situación de otras personas igualmente afectadas por la disposición o que puedan serlo no son, a este respecto, consideraciones pertinentes». Nótese que mientras el TPI habla de restricción de derechos o imposición de obligaciones, el AG Jacobs se refiere a *una lesión de intereses de manera sustancial*. La sustitución del término «derecho» por «intereses» no es baladí.

el recurso, teniendo en cuenta las escasas posibilidades de éxito que el recurso mostraba a la luz de la jurisprudencia tradicional. Por ello, el hecho de que el recurrente no hiciera referencia a la argumentación del Auto recurrido del TPI, en relación a la naturaleza del acto y su afectación individual, no supone una renuncia a la posible impugnación de esta línea jurisprudencial. Al contrario, lo que UPA defiende es que su situación, en manos de una serie de recursos alternativos, no es compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y tal situación es consecuencia de una interpretación concreta realizada por el TJ del artículo 230.4 TCE. En el fondo, la Unión de Pequeños Agricultores no impugna el hecho de que tenga que recurrir a la cuestión prejudicial de validez o la acción de responsabilidad para ver protegidos sus derechos, sino la interpretación jurisprudencial que ha desembocado en esta situación. Según la recurrente, esta situación podría solucionarse abriendo el acceso de los particulares al recurso de anulación cuando los mecanismos alternativos produzcan indefensión (en el caso concreto, cuando el Reglamento no conlleva actos administrativos de ejecución), pero no deja de impugnarse una situación jurídica generada, «ab initio», por una interpretación del artículo 230.4 TCE.

El TJ no lo entendió así, y su apreciación del caso comienza con una delimitación del objeto: ya que el recurrente no ha cuestionado las afirmaciones del TPI en relación al carácter general del Reglamento, la condición asociativa de UPA y la afectación individual de ésta, sólo cabe ceñirse a los términos expresos de la argumentación del recurrente, que rezan como sigue: «¿puede estar UPA legitimada para interponer un recurso de anulación contra el Reglamento impugnado con arreglo al artículo 173.4 TCE [ahora 230.4] por la sola razón de que el derecho a la tutela judicial efectiva así lo impone, habida cuenta de la supuesta inexistencia de toda vía de recurso ante el juez nacional?»⁵⁰ A partir de ahí el TJ entra únicamente en dos cuestiones, una de forma directa y otra de forma lateral: la directa se centra en la conformidad de los mecanismos alternativos de recurso con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tal como consta en la lectura literal de las alegaciones del recurrente; la indirecta se refiere a la interpretación de la «afectación individual» prevista en el artículo 230.4 TCE tantas veces citado, cuestión que no entra a desarrollar el TJ, pero que, probablemente a tenor de las presiones ejercidas por el Abogado General y el TPI en sus respectivas Conclusiones y Sentencia, se ve obligado a mencionar.

Esta delimitación de los argumentos que realiza el TJ es, cuando menos, cuestionable. Máxime cuando el fondo del recurso se centra en la interpretación del artículo 230.4 TCE, y no en la adecuación del sistema de recursos previsto en los Tratados. Al llevar el caso hacia el terreno de los derechos fundamentales, los recurrentes buscan una vía que no les conduzca directamente a la desestimación, pero ello no significa que el núcleo argumentativo no se centre en la interpretación literal que el TJ viene realizando del artículo 230.4 TCE. Sin embargo, y aprovechando la línea abierta por UPA,

⁵⁰ Cfr. párr. 33.

el TJ orienta el objeto del recurso hacia la compatibilidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva *con la totalidad del sistema de recursos* previsto en los Tratados, y no la interpretación del artículo 230.4 TCE. De esta forma el Tribunal cierra la última vía de ataque contra su jurisprudencia, al tiempo que evita cuestionarse a sí mismo. Reorientando el recurso hacia la conformidad del sistema de recursos contenido en los Tratados, el TJ se permite ser aún más cuidadoso en el ejercicio de sus funciones, al mismo tiempo que justifica su repentino apego al sentido literal del Derecho originario.

Prueba de que el TJ reorienta voluntariamente el objeto de la «litis» la encontramos en el párrafo 44 de la Sentencia. Quizás presionado por las Conclusiones del Abogado General y la Sentencia del TPI en el asunto *Jégo-Quéré*, el TJ no puede evitar pronunciarse sobre la interpretación que viene realizando del requisito de la «afectación individual», y a este respecto añade lo siguiente: «[...] tal interpretación no puede conducir a ignorar dicho requisito, expresamente previsto en el Tratado, sin sobrepasar las competencias que éste atribuye al juez comunitario». Una vez desechada la posibilidad de que los mecanismos alternativos de impugnación sean contrarios a la tutela judicial efectiva, el TJ, a modo de conclusión, cierra la cuestión de la afectación individual de los particulares haciendo gala de un rigor hermenéutico literal sorprendente, pero después de haber afirmado que este aspecto no debía ser considerado (párrafo 32). Aunque el TJ pudo haber considerado su jurisprudencia al respecto, especialmente el *test Plaumann*, estimó que sólo debía entrar en la primera de las cuestiones enumeradas: la conformidad de los mecanismos alternativos con la tutela judicial efectiva; pero prueba de que el TJ *podía* entrar a conocer en profundidad de la segunda cuestión es el párrafo citado, donde no evita hacer mención de la cuestión, sin duda aprovechando la autoridad que confiere una resolución dictada en Pleno⁵¹.

3. LAS CUESTIONES RESUELTAS POR LA SENTENCIA

Como ya hemos dicho en el epígrafe anterior, la Sentencia *UPA* realiza una labor de filtraje hasta el punto de resolver únicamente dos aspectos: la compatibilidad de los mecanismos alternativos al recurso de anulación con la tutela judicial efectiva, y la posible revisión de la interpretación sobre el requisito de la «afectación individual» previsto en el artículo 230.4 TCE. Si bien la segunda cuestión alberga el núcleo del problema, el TJ entendió

⁵¹ De hecho, la mayoría de las voces doctrinales (e incluso antiguos miembros del Tribunal, en sede extrajudicial, como SCHOCKWEILER, F.: «L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire», *Journal des tribunaux*, Droit européen, núm. 25, 1996) apuntan que la ineficacia de las vías alternativas debe suplirse con una nueva interpretación del artículo 230.4 TCE. Esta línea argumental no está quebrada, como intenta entender el TJ en el asunto *UPA*, sino que responde a una lógica del Tratado incuestionable: la ineficacia de las vías alternativas es consecuencia de un rigor interpretativo del TJ, por tanto su solución vendría de la mano de una reorientación interpretativa. Cfr. DE WITTE, B.: *The Past and Future Role...*, op. cit., pg. 893.

que se trataba de un aspecto colateral al caso y únicamente le dedica dos párrafos a título aclaratorio. Pero aunque la argumentación del Tribunal parezca relegar esta segunda cuestión a los «obiter dicta» de la resolución, lo cierto es que esconde una «ratio decidendi» más relevante de lo que a primera vista aparenta, tal como intentaremos mostrar más adelante.

La primera cuestión soluciona el núcleo «formal» del recurso, el argumento esgrimido por el recurrente y empleado por el TJ para circunscribir su argumentación a la compatibilidad del sistema de recursos previsto en los Tratados con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como ya hemos dicho con anterioridad, la lesión del derecho fundamental puede plantearse cuando el recurrente no encuentra vías procesales adecuadas para sustituir su falta de legitimación en recursos de anulación. Este es el contexto fáctico del caso *UPA*, ya que el Reglamento 1638/1998, según los recurrentes, resulta de difícil aplicación en vía nacional, sea porque requiere medidas administrativas de ejecución que pueden tardar varios años en materializarse; o debido a la ineficacia o lentitud de los mecanismos nacionales para impugnar el acto por vía prejudicial de validez. La argumentación del TJ en la Sentencia *UPA* no comienza destacando estos problemas, sino recordando que la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho, ligada al contenido de los Tratados y a los principios generales del Derecho, entre los que se encuentran los derechos fundamentales, y, a su vez, el derecho a la tutela judicial efectiva. Habiendo recordado la importancia que ostentan los derechos fundamentales en la construcción comunitaria, el TJ pasa a abordar la complejidad del sistema de recursos reconociendo que cuando los particulares, debido a requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 230.4 TCE, «tienen la posibilidad según los casos, de invocar la invalidez de tales actos bien de manera incidental ante el juez comunitario [...], bien ante los órganos jurisdiccionales nacionales, e instar a estos órganos, que no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de tales actos, a que soliciten un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre este extremo por medio de la cuestión prejudicial». A partir de ese momento el TJ recuerda que es responsabilidad de los Estados miembros «prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva», y ahí finaliza el análisis de los problemas que plantea la cuestión prejudicial como mecanismo de control abstracto de validez. El TJ no sólo ignora la función de la excepción de ilegalidad y la acción de responsabilidad como mecanismo de anulación, sino que cierra la cuestión con un mero recordatorio sobre el «sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de las instituciones». Como más tarde añadiremos, la Sentencia no sólo circunscribe en exceso el contenido del recurso, sino que también motiva con un laconismo cercano al silencio⁵².

⁵² El término «laconismo» ha sido empleado por el Abogado General Ruiz-Jarabo en sus Conclusiones presentadas en el asunto *Arben Kaba contra Secretary of State for the Home Department*, de 11 julio 2002 (C-466/2000), en nota 75: «La falta de votos particulares en el Tribunal de Justicia, así como las constricciones inevitables propias de un órgano

Quizás la novedad más relevante que aporta la Sentencia (además de confirmar la validez del «status quo» jurisprudencial) hace referencia al deber de cooperación leal de las jurisdicciones nacionales en la interpretación y aplicación del Derecho nacional (art. 10 TCE). Como ya hemos destacado, el TJ delega el enjuiciamiento de la compatibilidad del sistema de recursos con la tutela judicial efectiva en manos del juez nacional, convirtiendo a éste en protagonista central de la protección del derecho fundamental. En palabras del Tribunal, «[...] los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto». Esta afirmación trae consigo tres resultados: en primer lugar, el TJ asume, «sensu contrario», que el sistema de recursos previsto en el TCE es conforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es importante aclararlo, porque, a pesar de ser el eje conductor de la argumentación del TJ, no lo dice en ningún momento. En segundo lugar, la apertura del sistema no queda en manos del TJ sino de las jurisdicciones nacionales, incluso cuando éstas no disfruten de vías procesales inefectivas (o sencillamente no existan). No obstante, el TJ insiste en que la obligación de adaptar los mecanismos nacionales sólo procede «en la medida de lo posible» (párrafo 42), una afirmación que nos lleva al tercer resultado: si existen límites al deber de interpretación conforme del juez nacional, el TJ se adjudica la última palabra sobre el resultado que una manifiesta incompatibilidad entre el Derecho nacional y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comunitario traería consigo. Sin duda se trata de una cuestión delicada que no queda al margen de las jurisdicciones constitucionales nacionales, y que a su vez puede generar un conflicto «a tres», con la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como último interprete. Con independencia de la conveniencia de esta solución, que más tarde pasaremos a valorar, consideramos que el TJ ha preferido mantener un ámbito de decisión sobre la materia, incluso con el riesgo de provocar un conflicto jurídico que fuerce, vía sentencia del TEDH, una rectificación⁵³.

jurisdiccional internacional de carácter supremo provocan que, con frecuencia, las sentencias no posean la claridad deseable o contengan razonamientos en extremo lacónicos». Este tipo de argumentación recuerda a otra importante Sentencia en materia de legitimación de particulares, el asunto *Greenpeace*, cit. *supra*, núm. 41, resuelto por el TJ en ocho considerandos (párrs. 27 a 34), en respuesta a una de las alegaciones más originales y retadoras presentadas ante el Tribunal sobre la cuestión.

⁵³ Un conflicto que Ricardo Alonso califica de «remoto» a la luz de la jurisprudencia *Desmots* y *Dotta* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siempre y cuando supone replantear una línea jurisprudencial consolidada. Cfr. ALONSO GARCÍA, R.: *Las cláusulas horizontales...*, cit., pg. 170. Sin embargo, no consideramos que valga descartar del todo un posible control de Estrasburgo, habida cuenta de la reciente actitud de este Tribunal en los asuntos *Mathews contra Reino Unido*, de 18 febrero 1999; *Hornsby contra Grecia*, de 19 marzo 1997; *Kress contra Francia*, de 7 junio 2001 y *Frette contra Francia*, de 26 febrero 2002. Especialmente delicado son los dos últimos pronunciamientos citados, que ponen

El segundo aspecto que resuelve la Sentencia se encuentra algo más oculto bajo la argumentación del Tribunal, pero esconde la verdadera razón de ser del recurso: la interpretación que el TJ viene realizando del requisito de «afectación individual» prevista en el artículo 230.4 TCE. Ya explicamos con anterioridad cómo el Tribunal evita entrar en esta cuestión, reorientando el debate hacia el problema de los mecanismos alternativos. Sin embargo, la excepcionalidad procesal que ha rodeado a la Sentencia, con unas Conclusiones del Abogado General especialmente críticas con el estado de la jurisprudencia y una Sentencia del TPI frontalmente contradictoria, quizás haya forzado la argumentación del Tribunal. Así, en sus párrafos 44 y 45 añade que la interpretación del requisito «no puede conducir a ignorar dicho requisito, expresamente previsto en el Tratado, sin sobrepasar las competencias que éste atribuye al juez comunitario». En opinión del TJ, la interpretación jurídica tiene límites, y tales límites deben respetarse con el fin de mantener la jurisdicción en sus márgenes competenciales. Todo lo que vaya más allá de dichos límites queda en manos de los Estados miembros, en cuyo poder está la modificación de los Tratados. Con esta contundencia resuelve el Tribunal treinta años de contrariedades jurisprudenciales, fallos contradictorios, una evolución que en los últimos años parecía liberalizar sus criterios.

En una lectura detallada de la Sentencia, la introducción incidental de esta cuestión parece destinada no tanto a resolver las alegaciones del recurrente, como a cerrar, de una vez por todas, la posible apertura de los requisitos del artículo 230.4 TCE. Difícilmente podrá encontrarse una afirmación del Tribunal tan rotunda en cuanto a la literalidad de disposiciones originarias que conceden derechos a los particulares. Salvo que se interpretara el artículo 230.4 TCE como una norma que genera obligaciones (concretamente la carga de demostrar que el recurrente cumple tales requisitos), resulta sorprendente que el Tribunal restrinja interpretativamente una disposición destinada a garantizar un derecho fundamental de los particulares, máxime cuando el mismo Tribunal estableció en la Sentencia *Plaumann*, no sin cierta ironía trágica, que tales disposiciones debían ser interpretadas de forma expansiva⁵⁴. Más tarde, cuando analicemos los argumentos a favor del cierre jurisprudencial, observaremos que el riesgo del colapso procesal y las

en jaque nada menos que la figura del Abogado General, al declarar contrarias al art. 6 de la Convención determinadas funciones del Comisario del Gobierno del Consejo de Estado francés. Sobre la cuestión ya existe un pronunciamiento del TJ, en el asunto *Emesa Sugar*, de 4 febrero 2000 (C-17/1998), seguido de unas Conclusiones del AG Ruiz-Jarabo en el asunto *Arben Kaba*, cit. *supra*, núm. 52. Sobre esta cuestión, cfr. el análisis realizado por ALONSO GARCÍA, R.: «El enjuiciamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del funcionamiento contencioso del Conseil d'Etat y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en concreto, del papel desempeñado, respectivamente, por el Comisario del Gobierno y por el Abogado General)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 1, 2002 y SANTAMARÍA DACAL, A. I.: «El Tribunal de Estrasburgo, el “commissaire du gouvernement” y la tiranía de las apariencias», *RAP*, núm. 157, 2002.

⁵⁴ Cfr. *supra*, núm. 36.

discrepancias entre los Derechos nacionales no son argumentos de peso⁵⁵, especialmente si se comparan con los argumentos a favor. Asimismo nos atreveríamos a afirmar, aunque sin el soporte empírico suficiente, que el Tribunal no se ha pronunciado con frecuencia a favor de la necesaria reforma de los Tratados por parte de los Estados miembros cuando había derechos en juego⁵⁶. Cuando el Tribunal ha estimado que un derecho merecía consolidarse mediante reforma de los Tratados, no ha tenido inconveniente para interpretar éstos de la manera más expansiva y acorde con el sentido del derecho. Por tanto, resulta chocante que el Tribunal se desprenda de la cuestión con un literalismo cercano al Juez de Montesquieu, cuya función se reducía a ser la mera boca que pronuncia las palabras, en este caso, del Tratado⁵⁷.

III. CRÍTICA A LA SENTENCIA

1. CUESTIONES NO RESUELTAS POR EL TRIBUNAL

Son muchos los aspectos que una sentencia dictada en Pleno podría haber resuelto, con independencia de que el objeto del recurso de casación estuviera más o menos definido. Por tanto, y ciñéndonos a la argumentación del Tribunal, consideraremos dos aspectos ya adelantados y que brillan por su ausencia a lo largo de la Sentencia: un razonamiento jurídico en torno al contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y un pronunciamiento aclaratorio sobre la noción de «afectación individual» de los particulares.

Los derechos fundamentales, tal como han sido reconocidos por el Tribunal de Justicia desde la Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*⁵⁸, no surgen

⁵⁵ Al hacer referencia al Derecho interno, queremos destacar que no todos los Estados miembros de la Unión permiten a sus ciudadanos impugnar actos de carácter normativo, en especial, normas con rango de Ley, como en el caso español. Quienes defienden el cierre del artículo 230.4 a los particulares, afirman que esta situación en el plano nacional se debería mimetizar en el plano comunitario. No obstante, las discrepancias entre Estados son muy notorias y debilitan esta justificación del acceso al recurso de anulación, tal como destacan WÆLBROECK, D. y VERHEYDEN A.-M.: «Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires (à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme)», *Cahiers de Droit Européen*, núms. 3 y 4, 1995.

⁵⁶ Con una muy notoria excepción: el Dictamen 2/1994, de 28 marzo 1996, sobre la adhesión de la Comunidad a la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁵⁷ Finaliza el TJ su argumentación con la siguiente afirmación: «Si bien es cierto que puede concebirse un sistema de control de la legalidad de los actos comunitarios de alcance general distinto del establecido por el Tratado originario, cuyos principios nunca han sido modificados, corresponde a los Estados miembros, de conformidad con el artículo 48 TUE, reformar, en su caso, el sistema actualmente vigente» (párrafo 45).

⁵⁸ Asunto *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, de 17 noviembre 1970 (11/1970). A pesar de la relevancia de esta Sentencia, el primer pronunciamiento jurisprudencial a favor del reconocimiento de derechos fundamentales se encuentra en el asunto *Stauder v. Ciudad de Ulm*, de 12 noviembre 1969 (29/

del vacío jurídico, sino de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y la «comunidad» en materia de derechos humanos trazada por el Convenio Europeo. Al igual que en los procesos nacionales de formación de un cuerpo jurisprudencial de derechos fundamentales, el TJ ha construido, vía pretoriana, un conjunto de derechos entre los que destacan aquellos más apegados al nacimiento del liberalismo revolucionario⁵⁹: el principio de igualdad⁶⁰, el derecho fundamental a la libertad de expresión⁶¹, la inviolabilidad del domicilio⁶² y entre otros, muy destacadamente, el derecho a la tutela judicial efectiva⁶³. El desarrollo de este derecho no ha venido de la mano del legislador comunitario, sino del Tribunal a lo largo de su jurisprudencia, habiendo llegado a reconocer, merced al contenido del derecho, un régimen de medidas cautelares y una acción de responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva debe ser observado por el juez nacional cuando aplica Derecho comunitario y por el juez comunitario

1969). Debido al momento en que escribe y las atinadas observaciones que realiza sobre las relaciones entre la jurisdicción comunitaria y constitucional, cfr. SCHEUNER, U.: «Fundamental Rights in European Community Law and in National Constitutional Law», *Common Market Law Review*, núm. 12, 1975. Asimismo, ALONSO GARCÍA, R.: «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a E. García de Enterría*, vol. II. Madrid, 1991.

⁵⁹ Asimismo, el Tribunal ha desarrollado su jurisprudencia en consonancia con el reconocimiento de derechos fundamentales de segunda y tercera generación, tal como muestra el asunto *Carpenter*, de 11 julio 2002 (C-60/2000), en relación al derecho al respeto de la vida familiar, tal como viene contemplado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁶⁰ En este caso los Tratados ya contemplaban la interdicción de la discriminación por razón de nacionalidad (antiguo art. 6 TCEE, actual artículo 12 TCE), pero la incorporación del artículo 141 TCE ha permitido al Tribunal desarrollar su jurisprudencia en casos atinentes a la discriminación por razón de sexo. Los primeros pronunciamientos del Tribunal al respecto no tuvieron dudas en asimilar esta prohibición con el derecho fundamental. Así, cfr. los asuntos *Sabbatini*, de 7 junio 1972 (20/1971); *Airola*, de 20 febrero 1975 (21/1974); *Defrenne contra Sabena*, de 17 diciembre 1980 (149/1979); *Razzouk and Beydoun contra Comisión*, de 20 marzo 1984 (117/1982). No obstante, el Tribunal también ha reconocido la aplicación del principio más allá de las discriminaciones por razón de sexo y nacionalidad, como muestra en el asunto *Nold*, de 24 setiembre 1975 (4/1973).

⁶¹ Cfr. los asuntos *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE v. Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas*, de 12 febrero 1992 (C-260/1990); *Bernard Connolly contra Comisión*, de 6 marzo 2001 (C-274/1999 P); *Comisión contra Michael Cwik*, de 13 diciembre 2001 (C-240/2000 P).

⁶² Un reconocimiento que se expande al establecimiento comercial, especialmente en investigaciones en materia de competencia. Sobre el particular, cfr. los asuntos *Transocean Marine Paint contra Comisión*, de 23 octubre 1974 (17/1974); *Van Landewyck contra Comisión*, de 30 octubre 1978 (asuntos acumulados 209 a 215/1978); *National Panasonic contra Comisión*, de 26 junio 1980 (136/1979); *Musique Diffusion Française contra Comisión*, de 7 junio 1983 (asuntos acumulados 100-103/1980); *Hoechst AG contra Comisión*, de 21 setiembre 1989 (46/1987).

⁶³ Por todos, cfr. asuntos *Johnston*, de 15 mayo 1986 (222/1986); *UNECTEF contra Heylens*, de 15 octubre 1987 (222/1986), párr. 14; y *Orkem contra Comisión*, de 18 octubre 1989 (374/1987). En sede doctrinal, cfr. las reflexiones del Abogado General JACOBS, F.: *Access to justice...*, cit., pgs. 206 a 210.

a la hora de ejercer sus funciones, constituyendo un auténtico canon interpretativo a favor del particular en el ejercicio de sus derechos en vía jurisdiccional. Prueba de ello es la Sentencia *Plaumann*, en cuya argumentación, a pesar de restringir la aplicación del artículo 230.4 TCE en los términos antes descritos, vino a consagrar la existencia del principio «pro actione» en el Derecho comunitario⁶⁴.

Las ocasiones en que el Tribunal interpreta de manera extensiva el Derecho originario y derivado en aras del derecho a la tutela judicial efectiva son frecuentes y conocidas. Podría afirmarse incluso que es jurisprudencia constante, como regla general, la interpretación conforme al derecho fundamental de toda norma jurídica comunitaria⁶⁵, de manera que una excepción a esta línea consolidada supondría una restricción no sólo al espíritu de los Tratados, sino también a la propia jurisprudencia del Tribunal, en tanto combate un principio general dotado de una especial fuerza autoritativa. Una decisión semejante merecería una argumentación lo suficientemente convincente por parte del Tribunal para poder contrarrestar el peso ponderativo del derecho fundamental; una labor que implica un especial esfuerzo de motivación.

En la *Sentencia UPA* no ocurre nada semejante. A pesar de circunscribir el objeto del recurso a la evaluación del sistema comunitario de recursos conforme al derecho fundamental, el TJ incurre en una interpretación silogística de los Tratados que asume la compatibilidad «automática» de éstos con el derecho fundamental. Es evidente que el TJ no puede inaplicar el Tratado por lesionar un derecho fundamental, pero también es cierto que el Tratado admite una lectura expansiva a favor del derecho. En la milenaria discusión entre interpretación extensiva y analogía, los Altos Tribunales (TJ incluido) han hecho un uso bien generoso de la primera con el fin de no impugnar el sentido literal de los textos que venían obligados a aplicar. El Tribunal así lo ha mostrado en la creación de un mecanismo de medidas cautelares⁶⁶, e incluso al reconocer legitimación a Instituciones que no la tenían prevista en los Tratados⁶⁷. Sin embargo, en el asunto *UPA* la actuación del Tribunal cambia radicalmente y cierra cualquier evaluación respecto de las alegaciones de los recurrentes. Éstos entienden que el sistema de recursos es ineficiente, y para probarlo emplean un arsenal argumenta-

⁶⁴ Cit. *supra*, núm. 5: «que, el tenor y el sentido gramatical de la disposición citada [el art. 173.4 TCEE, ahora 230.4 TCE] justifica la interpretación más amplia; que, por lo demás, las disposiciones del Tratado relativas a la legitimación activa de los justiciables no pueden interpretarse de un modo restrictivo». (la cursiva es nuestra).

⁶⁵ Cfr. asunto *Plaumann*, núm. 5. Asimismo, cfr. asunto *Comisión contra Austria*, de 27 noviembre 2001 (C-424/1999).

⁶⁶ Asunto *Zuckerfabrik*, de 21 febrero 1991 (143/1988 y C-92/1989).

⁶⁷ Asunto *Parlamento contra Consejo*, de 22 mayo 1990 (70/1988), donde el TJ no tuvo empacho en reconocer la legitimación privilegiada a una Institución que no estaba contemplada en el entonces artículo 173.2 TCEE. Sobre esta Sentencia, conocida como *Chernobyl*, cfr. ARNULL, A.: «Does the Court of Justice have inherent jurisdiction?», *Common Market Law Review*, núm. 27, 1990.

tivo en defensa de su derecho a la tutela judicial. El Abogado General Jacobs, haciendo eco de su propia opinión vertida en el asunto *Extramet*⁶⁸, reforzó esta posición presentando unas Conclusiones muy detalladas, en las que muestra las deficiencias del sistema prejudicial para realizar juicios abstractos de validez⁶⁹. Sin embargo, la resolución del TJ únicamente nos recuerda que el sistema comunitario de recursos es «completo» (párr. 40), y que el particular puede acudir a otras vías procesales cuando el recurso de anulación le cierre sus puertas. Según el Tribunal, el derecho fundamental no encuentra incompatibilidades con los Tratados, pero por la sencilla razón de que el sistema es «completo». Que esta afirmación resuelva las dudas sobre la adecuación de los mecanismos alternativos a un cuerpo de derechos fundamentales, es algo que resulta cuando menos cuestionable.

La segunda cuestión digna de mención y asimismo silenciada en la resolución que comentamos se refiere a las diversas lecturas que han merecido los requisitos del artículo 230.4 TCE. Ya hemos adelantado que el objeto del recurso permitía una extensión del mismo al análisis de dichos requisitos, y de hecho así lo reconoció indirectamente el TJ en el párrafo 44 de la Sentencia al confirmar su concepción literal del requisito de «afectación individual». No obstante, la ocasión que rendía el asunto *UPA* permitía al Tribunal aclarar las contradicciones que venía mostrando en sus pronunciamientos, especialmente en lo referente a la acumulatividad o alternatividad de los requisitos, y los distintos criterios interpretativos empleados para aplicar el requisito de afectación individual⁷⁰. A pesar de la ocasión, tampoco consideró el Tribunal que era el momento para proceder a una aclaración, y en su argumentación se limita a recordar las limitaciones interpretativas que encuentra en la aplicación del artículo 230.4 TCE⁷¹. Curiosamente, tales restricciones no le han impedido comprender la noción de afectación individual de distintas maneras, tal como muestran los asuntos

⁶⁸ En dicho asunto (cit. *supra*, núm. 22), las Conclusiones de Jacobs criticaban al TPI por haber descartado la compatibilidad de la cuestión prejudicial de validez con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con superficialidad. Un comentario que podría repetirse, en términos idénticos, en relación a la Sentencia del TJ en el asunto *UPA*.

⁶⁹ En opinión del AG Jacobs, la cuestión prejudicial otorga demasiada discrecionalidad al juez nacional en el momento de plantearla, formular el contenido de la cuestión, delimitar el acto impugnado y los motivos que los cuestionan; las Instituciones tienen una participación en el proceso más limitada; permite la declaración de invalidez de un acto general con independencia del tiempo que lleve en vigor, con la consiguiente merma de la seguridad jurídica; las medidas cautelares se parten ante dos sedes jurisdiccionales; no admite la intervención de terceros interesados y puede suponer retrasos que linden con la indefensión (párrs. 36 a 44).

⁷⁰ Cfr. *supra*, pg. 538.

⁷¹ «Si bien es cierto que este último requisito debe interpretarse a la luz del principio de tutela judicial efectiva y teniendo en cuenta las distintas circunstancias que pueden individualizar a un demandante, tal interpretación no puede conducir a ignorar dicho requisito, expresamente previsto en el Tratado, sin sobrepasar las competencias que éste atribuye al juez comunitario» (párr. 44).

Plaumann, Codorniu y Extramet ⁷². El análisis jurisprudencial muestra que la «afectación individual» puede consistir en una situación análoga a la de un destinatario, la titularidad de un derecho, o un daño económico. Bien es cierto que este triunvirato depende del sector en el que opere el particular («ad ex» actos anti-dumping, competencia), pero la Sentencia *Codorniu* no deja de ser un precedente extensible a cualquier tipo de caso. Como veremos más adelante, el canon literal puede resultar convincente en ocasiones, pero siempre y cuando no haya recibido una lectura contraria por parte del mismo Tribunal.

2. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMO GARANTES DEL DERECHO
(COMUNITARIO) A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: ¿DE LA COOPERACIÓN
LEAL A LA COOPERACIÓN FORZOSA?

Como destacamos anteriormente, el «novum» de la Sentencia *UPA* desde un punto de vista jurisprudencial se encuentra en su pronunciamiento del párrafo 42, al referirse a la extensión del deber de cooperación leal enunciado en el artículo 10 del TCE (ex art. 5). Además de confirmar su doctrina tradicional (párr. 44), el TJ sienta un precedente que se encontraba implícito en su jurisprudencia anterior: el riesgo de una lesión de la tutela judicial efectiva debe solventarse por parte de los Tribunales nacionales, encargados de aplicar los mecanismos alternativos previstos en el Tratado (concretamente la cuestión prejudicial de validez). Si existe una quiebra en este sistema de recursos, quien debe forzar la interpretación es el juez nacional respecto de su Derecho interno, y no el juez comunitario respecto del Derecho comunitario. Se trata de una lógica que ya venía desarrollando el TJ al delimitar la extensión del principio de cooperación leal, pero que la Sentencia *UPA* intensifica hasta llevarla a unos términos susceptibles de generar los problemas que pasamos a exponer.

A. *Problemas de argumentación en la construcción de la cooperación leal: la crítica a las contradicciones argumentativas.*

La relación entre el juez nacional y el juez comunitario es una de las grandes aportaciones comunitarias a los sistemas jurídicos de integración. Creando un vínculo orgánico entre ambas jurisdicciones que constituye al juez nacional en juez de Derecho común⁷³, el Tratado vertebró esta relación a través de un mecanismo que respeta la independencia judicial al tiempo que suministra un instrumento de «control» interpretativo: la cuestión prejudicial. Definida como auténtica clave de bóveda de todo el sistema jurídico-comunitario, la cuestión prejudicial ha permitido ejecutar con fluidez los mandatos de cooperación leal entre jurisdicciones, presentes en el artículo 10 TCE.

⁷² Casos todos ellos citados en la argumentación del Tribunal, en párrafos 36 y 44.

⁷³ Así nos lo recuerda el propio Tribunal en su *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea*, párrafos 11-15, publicado en las Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, núm. 15/1995.

Este éxito no se basa en la rapidez en resolver por parte del TJ, o la discrecionalidad del juez nacional para plantearla, sino en el equilibrio entre independencia y uniformidad. No se trata de un instrumento que permite al juez comunitario, de forma jerárquica, consolidar una interpretación determinada, sino que está basado en la mutua cooperación entre jurisdicciones y el afán de construcción común. En palabras del Abogado General Ruiz-Jarabo, la cuestión prejudicial «es una solución original que permite conciliar la legítima autoridad del juez nacional con la necesaria uniformidad del derecho comunitario y asegurar el respeto del reparto de competencias, manteniendo la unidad de los procedimientos»⁷⁴.

Sin embargo, esta relación de cooperación no ha estado exenta de tensiones. Aunque sea cierto que el Tribunal de Justicia ha mostrado una tendencia a fomentar el diálogo entre jurisdicciones, en destacadas ocasiones ha tensado la dialéctica a favor propio, con el resultado de jerarquizar una estructura que el Tratado considera horizontal. Así, el TJ ha extremado el rigor al definir la obligación del planteamiento de la cuestión por parte de órganos sin vía de recurso⁷⁵, al tiempo que se ha caracterizado por la irregularidad al delimitar el concepto de «órgano jurisdiccional» a efectos del reenvío⁷⁶. Asimismo, el Tribunal ha establecido la obligación de plantear la cuestión cuando ésta versase sobre la validez de un acto comunitario, irrogándose el monopolio en la declaración de invalidez de actos comunitarios⁷⁷. Esta última cuestión, confirmada en el asunto *Foto-Frost* ya citado, es

⁷⁴ RUIZ-JARABO, D.: *El Juez nacional...*, op. cit., pg. 31. En un pronunciamiento tan relevante como el del asunto *Schwarze*, de 1 diciembre 1965 (16/1965), el Tribunal de Justicia afirmó que en el marco de la cuestión prejudicial «[...]el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia deben cooperar directa y recíprocamente, dentro del ámbito de sus propias competencias, a la elaboración de una resolución con el fin de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros».

⁷⁵ Asunto *CILFIT*, de 6 octubre 1982 (283/1981).

⁷⁶ La jurisprudencia del TJ ha ensanchado la noción de «órgano jurisdiccional» hasta el punto de atribuir tal condición a organismos que según su Derecho interno tienen la categoría de meras personificaciones administrativas. Esta expansión del concepto priva a los jueces nacionales de su monopolio cooperativo, rompiendo, a su vez, la relación de confianza necesaria entre el juez comunitario y el juez nacional. La crítica más contundente a esta cuestión la ha realizado, a día de hoy, el Abogado General Ruiz-Jarabo en sus Conclusiones al asunto *De Coster*, de 21 junio 2001 (C-17/2000). Una crítica que, según el Abogado General, ya venía destacando la doctrina científica en ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario*, op. cit., pgs. 330 y 331 y BOULOUIS, J., DARMON M. y HUGLO J.-G.: *Contentieux communautaire*. París, 2001, pg. 16, entre otros.

⁷⁷ RUIZ-JARABO, D.: «La cooperación entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales: límites del procedimiento prejudicial», en *Scritti in onore di G.F. Mancini*. Milán, 1998, pgs. 847 y ss. y RUIZ-JARABO, D.: «La articulación de los Tribunales de la Unión Europea y de la estructura judicial de los Estados miembros», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA (dirs.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Madrid, 2002, pg. 511. Junto a estas críticas, el Abogado General añade: «En efecto, el Tribunal de Justicia ha sido incapaz en estos últimos años de diseñar una auténtica política judicial: no ha corregido su filosofía incitadora de preguntas; no ha definido con claridad los objetivos ni los límites del sistema; y ha mantenido criterios del pasado que ampliaban su esfera de actuación a título prejudicial: [...] 3º Ha extendido la obligación de plantear la consulta preju-

probablemente la resolución que más haya tensado los límites de la cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario. Aunque se tratara de una cuestión «clara» para aquellos sistemas nacionales que reconocían el monopolio jurisdiccional de los altos Tribunales para conocer del enjuiciamiento de normas («ad ex» el caso español de control concentrado en el control de constitucionalidad de leyes), en el Derecho comunitario no se deducía del sentido de los Tratados si el Tribunal de Justicia era el único competente para realizar tal función. A pesar de una jurisprudencia inicial que apuntaba hacia el monopolio del TJ⁷⁸, no fue, como señalaba, hasta la Sentencia *Foto-Frost* cuando el Tribunal confirmó el criterio de la exclusividad a su favor:

«17. Dado que el artículo 173 atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una institución comunitaria, la coherencia del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia».

De una lectura atenta de la Sentencia *Foto-Frost* podemos deducir las siguientes conclusiones. En dicho caso el Tribunal de Justicia se encontraba nada menos que ante una duda interpretativa planteada por el artículo 234 TCE, habida cuenta del silencio de éste al atribuir la competencia para el enjuiciamiento de la validez de actos comunitarios⁷⁹. Ante esta situación el Tribunal apeló a una interpretación sistemática del Tratado, en la que hizo uso del artículo 230 TCE para mostrar cómo ya existía un mecanismo de control concentrado en manos del TJ (el recurso de anulación). No obstante, en ningún momento el Tribunal nos recuerda la existencia del artículo 10 TCE (entonces 5 TCE) y el principio de cooperación leal, a pesar de estar delimitando los confines mismos del paradigma de la cooperación: la cuestión prejudicial. Un caso tan relevante como *Foto-Frost*, en cuya esencia residían los límites de la estructura judicial europea y la articulación entre el juez comunitario y el juez nacional, margina en su argumentación la existencia del principio de cooperación leal previsto en el artículo 10 TCE, a pesar de que su estructura justificativa se base en una interpretación sistemática de los Tratados⁸⁰.

Dieciséis años después, el TJ dicta la Sentencia *UPA* y vuelve a tensar los límites de la cooperación leal. Siguiendo el esquema argumentativo de *Foto-*

dicial, en contra de la letra del Tratado, a todos los jueces, cuando se refiera a la invalidez de una norma comunitaria».

⁷⁸ Concretamente la Sentencia *Schwartz*, cit. *supra*, núm. 74.

⁷⁹ El Abogado General Mancini, responsable de las Conclusiones al caso *Foto-Frost*, afirmó encontrarse ante uno de los asuntos más espinosos que el TJ haya tenido nunca que afrontar, según relata ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario*, op. cit., pg. 394.

⁸⁰ Aunque sobre recordar la relevancia práctica del artículo 10 TCE en la relación de la Comunidad con los Estados, basta con citar las palabras del profesor ISAAC, G.: *Manual de Derecho comunitario general*, op. cit., pg. 281: «el artículo 10 CE [ex 5] es, en efecto, la fuente de compromisos positivos y autónomos: o sea que los Estados tienen no sólo la obligación de adoptar medidas de aplicación específicas prescritas por los tratados o el derecho derivado, sino que llegado el caso deben realizar una acción espontánea a la que no han sido especialmente invitados por las instituciones comunitarias».

Daniel Sarmiento

Frost, el Tribunal realiza una interpretación sistemática y teleológica de los Tratados para solventar sus relaciones con los jueces nacionales, pero misteriosamente surge, como eje argumental de su discurso, el principio de cooperación leal del artículo 10 TCE como canon *central* de validez⁸¹. Si la Sentencia *Foto-Frost* supuso una primera vuelta de tuerca al sistema de cooperación, privando al juez nacional de la facultad de declarar la invalidez de los actos comunitarios, ¿cómo es posible que en ningún momento de su argumentación, basada en criterios sistemáticos a partir de los Tratados, hiciera uso del artículo 10 TCE? Y si ello es así, ¿por qué en el asunto *UPA* surge dicho precepto como canon básico de comunitariedad, cuando ni siquiera afecta directamente a la esencia de la cuestión prejudicial, sino al recurso de anulación?

Estas preguntas no son meras reflexiones de purismo analítico, sino cuestiones que afectan a la coherencia de la actuación del Tribunal y que muestran, a su vez, cierta debilidad justificativa en el asunto *UPA*. Si en la Sentencia *Foto-Frost* no hizo uso del principio de cooperación leal a la hora de «construir» a golpe de sentencia la cuestión prejudicial de validez, a pesar de ser un pronunciamiento basado en una interpretación sistemática de los Tratados, ¿no es ello prueba de la fragilidad argumentativa en el asunto *UPA*, y de la desconfianza del propio Tribunal en la complitud «del sistema de recursos»? ¿No estará el Tribunal haciendo un uso inédito de la cooperación leal para solventar así la posible incompatibilidad del sistema de recursos con el derecho a la tutela judicial efectiva?

B. *La efectividad de los remedios nacionales y su control por el Tribunal de Justicia: la crítica a las contradicciones en los pronunciamientos.*

No obstante, no sólo nos encontramos ante una carencia justificativa al encuadrar la Sentencia *UPA* con otros pronunciamientos del TJ en materia de cooperación. Junto a la repentina aparición del artículo 10 TCE, el Tribunal también incurre en pronunciamientos contradictorios en cuanto al fondo de sus decisiones, descartando un método de atribución competencial que había confirmado con anterioridad: la subsidiariedad. Aunque existan motivos para descartar este tipo de competencia por parte del TJ, éste no nos ofrece motivo alguno para justificar por qué lo hace en el asunto *UPA*.

En sus alegaciones, la Unión de Pequeños Agricultores defendía la legitimación de los particulares en recursos directos de anulación cuando las nor-

⁸¹ Al referirnos al artículo 10 TCE como canon central de validez en el asunto *UPA*, hacemos referencia al uso que el TJ hace del mismo en el párr. 42, de cuyo contenido dilucida la «obligación» (sic) del juez nacional de «interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto». En su argumentación, el párrafo 42 únicamente se sustenta en el art. 5 TCE. Aún tratándose de una interpretación sistemática de los Tratados, es una lectura muy dependiente de este precepto.

mas procesales nacionales no fueran efectivas para garantizar la tutela judicial efectiva. Según la recurrente, si en la impugnación de un acto general se probara ante el Tribunal de Justicia que las vías procesales del Derecho nacional obstaculizan o imposibilitan la efectividad del derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento comunitario, cabría la interposición directa de un recurso de anulación. Se trata, como puede observarse, del empleo de la subsidiariedad en recursos de anulación contra actos generales, y permite una tutela última del derecho subjetivo al precio de un enjuiciamiento por parte del Tribunal de la «efectividad» de las vías nacionales. Si la ventaja de esta técnica consiste en introducir una válvula de escape en el sistema de recursos, a cambio tiene el inconveniente de permitir al Tribunal realizar un análisis de la compatibilidad de cada sistema jurídico, al tiempo que reconoce, indirectamente, la posibilidad de que unos sistemas nacionales sean más favorables que otros a la hora de impugnar actos generales comunitarios.

El Tribunal consideró que la subsidiariedad no era la solución adecuada. En su párrafo 43 desarrolla los motivos que justifican esta opinión, coincidiendo con el Abogado General en el resultado de sus argumentos. Tal como afirmaba Francis Jacobs en sus Conclusiones al asunto *UPA*, introducir una cláusula de subsidiariedad no es el resultado más favorable para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, los motivos empleados por el Tribunal y el Abogado General difieren de manera sustancial: mientras aquél basa su decisión en los límites de su competencia en recursos de anulación, éste se apoya en los perniciosos resultados del desequilibrio entre sistemas jurídicos. Esta segunda crítica a la técnica de la subsidiariedad resulta coherente con el Derecho comunitario, en tanto pretende evitar la «competencia entre reglas nacionales»; resultado que puede resultar conveniente en ocasiones, pero que no obedece al espíritu del sistema cuando supone su propia desintegración⁸². Por ello, resulta extraño que el Tribunal no mencione esta crítica en su párrafo 43, y únicamente se ciña al problema de la competencia judicial. Para el TJ la subsidiariedad no procede ser aplicada en los recursos de anulación contra actos generales, porque «exigiría que, en cada caso concreto, el juez comunitario examinara e interpretara el Derecho procesal nacional, lo que excedería de su competencia en el marco

⁸² Según Jacobs, «[...] si se aceptara que la legitimación con arreglo al artículo 230 CE, párrafo cuarto, puede depender del Derecho nacional –que es probable que difiera entre los Estados miembros y que varíe a lo largo del tiempo–, ello conduciría inevitablemente a una desigualdad y a una pérdida de seguridad jurídica en un ámbito del Derecho caracterizado ya por una considerable complejidad. En mi opinión, no sería satisfactorio, por ejemplo, permitir a un particular en España impugnar un reglamento al amparo del artículo 230 CE, párrafo cuarto, y privar a un particular en el Reino Unido, que se viera afectado por el reglamento de un modo similar, de la posibilidad de acceder al Tribunal de Primera Instancia debido a las distintas normas sobre legitimación aplicables en los dos Estados miembros. Tal resultado violaría el principio de igualdad de trato y podría dar lugar a que se planteara la legalidad del mismo acto simultáneamente ante el Tribunal de Primera Instancia y ante el Tribunal de Justicia». Conclusiones del asunto *UPA*, cit., párr. 53.

del control de la legalidad de los actos comunitarios». Esta afirmación del Tribunal resulta muy criticable desde dos puntos de vista: primero, porque es contradictoria con sentencias anteriores en el marco de recursos de anulación; y segundo, por tratarse de una crítica a una técnica, la subsidiariedad, que ya practica en recursos que tampoco la prevén.

En el asunto *Greenpeace*⁸³ el Tribunal de Justicia tuvo que enfrentarse a un recurso de anulación con un objeto peculiar: la impugnación de una Decisión dirigida a otra persona (una empresa española, UNELCO) cuyo contenido otorgaba una ayuda económica a cargo del FEDER para la construcción de dos centrales eléctricas en las Islas Canarias. Según la recurrente, la construcción de las centrales se habría ejecutado sin la preceptiva evaluación de impacto ambiental. La recurrente vinculó la falta de evaluación y la consiguiente vulneración de la Directiva 85/337 a la validez de la Decisión, pero debía reunir, conforme al artículo 230.4, los requisitos de afectación individual y directa. En un recurso de casación contra el Auto de 9 agosto 1995 del TPI, el Tribunal de Justicia entendió que la aplicación realizada por aquél no adolecía de error de Derecho, ateniéndose a un dato determinante: la interposición en paralelo de un recurso contencioso-administrativo ante la jurisdicción española por parte de Greenpeace, impugnando los actos administrativos autorizatorios de la obra adoptados por el Ministerio de Obras Públicas español. Según el Tribunal, tanto el caso de autos ante el juez comunitario como el recurso contencioso-administrativo ante los Tribunales españoles «se fundan, no obstante, en los mismos derechos derivados, para los particulares, de la Directiva 85/337» (párr. 33). No obstante, habría que determinar si la vía nacional española era suficiente y efectiva para garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; o por decirlo en otras palabras, sería necesario aplicar la técnica de la subsidiariedad, cosa que el Tribunal parece hacer. En su escueta argumentación (poco más de ocho considerandos para toda la resolución), el máximo intérprete entendió que los derechos de la recurrente, habiendo sido impugnados ante la vía nacional, «están plenamente protegidos por los órganos jurisdiccionales nacionales» (párr. 33).

Podría afirmarse que en el asunto *Greenpeace* el Tribunal no se está refiriendo a los órganos jurisdiccionales nacionales *del orden contencioso-administrativo español*, sino al juez nacional «lato senso». No obstante, el caso presenta algunas características que indican lo contrario. Para empezar, en el caso *Greenpeace* los recurrentes ya habían interpuesto un recurso ante los Tribunales españoles, y el Tribunal era bien consciente de ello (cfr. párr. 32). No se trataba de un caso donde el recurrente hace referencia a las posibles vías procesales que ofrece el ordenamiento nacional, cuyo enjuiciamiento resulta mucho más complejo para el Tribunal, sino de una vía ya interpuesta y que, además, era a todas luces más adecuada. Al fin y al cabo, las partes pretendían paralizar las obras de construcción alegando la inexistencia de la preceptiva evaluación ambiental, y no hay duda de que la impugnación

⁸³ Asunto *Stichting Greenpeace Council contra Comisión*, de 2 abril 1998 (C-321/1995 P).

de la obra a través de su financiación era una vía, por utilizar las palabras del Tribunal, «indirecta». Además, la Sentencia muestra a lo largo de su breve motivación que es consciente del recurso paralelo, para afirmar, acto seguido, que los cauces nacionales protegen «plenamente» los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario. A pesar de su ambigüedad, el asunto *Greenpeace* dejaba abierta la posibilidad de que el Tribunal aplicara la técnica de la subsidiariedad en recursos de anulación⁸⁴.

La segunda crítica que merece el pronunciamiento del Tribunal nos remite a su jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad. En aquellos supuestos en los que existe un daño derivado de la aplicación nacional de una norma comunitaria ilegal, el Tribunal de Justicia ha defendido la aplicación de la técnica de la subsidiariedad, de tal forma que el juez nacional es competente para conocer de la acción indemnizatoria siempre y cuando ésta exista y resulte efectiva⁸⁵. El asunto *Unifrex*⁸⁶ establece estos requisitos para que el juez nacional se declare competente, remitiendo la acción, en caso contrario, al juez comunitario. Aunque se trate de una doctrina que viene siendo criticada por su falta de consistencia y escasa aplicabilidad práctica⁸⁷, lo cierto es que el Tribunal no tiene empacho en analizar la efectividad de las vías nacionales, y cuando el *test* resulta negativo asume la competencia. En contra de esta postura jurisprudencial destaca el pronunciamiento del asunto *UPA*, basado en los límites de la atribución competencial prevista en los Tratados. Sin embargo, esos límites también están presentes en la acción de responsabilidad del artículo 235 TCE y no han sido obstáculo para afianzar la técnica de la subsidiariedad. A menos que el Tribunal haya aprovechado el asunto *UPA* para alinearse con los críticos de esta técnica (¡en acciones de responsabilidad!), no deja de ser una decisión basada en una falta de consistencia jurisprudencial.

C. *El juez nacional como juez comunitario y los límites de la cooperación leal: la crítica a las contradicciones de política judicial.*

Como ya hemos dicho, la relación entre el juez comunitario y el juez nacional se basa en una noción de cooperación, deliberación y equilibrio; un equilibrio que ha podido ser puesto en peligro durante los últimos años, tal como han destacado diversos autores y miembros del Tribunal de Justicia⁸⁸.

⁸⁴ Aunque pueda utilizarse la resolución del TJ en el asunto *Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa y otros contra Consejo*, de 12 octubre 2001 (C-200/2000) como un argumento en contra de esta interpretación de la Sentencia *Greenpeace*, lo cierto es que el AG Jacobs también entendió que el asunto *Greenpeace* dejaba la puerta abierta a la subsidiariedad (cfr. Conclusiones del AG Jacobs, asunto *UPA*, párrs. 34 y 35).

⁸⁵ Cfr. GUICHOT, E.: *La responsabilidad...*, op. cit., pgs. 611 y ss.

⁸⁶ *Société à responsabilité limitée Unifrex contra Comisión y Consejo*, de 12 abril 1984 (281/1982), párr. 11.

⁸⁷ Cfr. GUICHOT, E.: *La responsabilidad...*, op. cit. pgs. 626 y ss.

⁸⁸ KENNEDY, T.: «First Steps Towards a European Certiorari?», *European Law Review*, núm. 18, 1993; CRAIG, P.: «Once Upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 12, 1992; ARNULL, A.: «The Evolution of the Court's Jurisdiction under Article 177 EEC», *European Law Review*, núm. 15,

Daniel Sarmiento

A la luz de pronunciamientos del TJ como los vistos en el apartado A, el deber de cooperación leal que ha imbuido las relaciones entre ambas instancias jurisdiccionales se ha visto transformado, cada vez más, en una relación de dependencia. Esta situación ha hecho que varios comentaristas comiencen a hablar de una *federalización* de la justicia comunitaria, o de su conversión en una estructura judicial jerárquica en donde destaca, como última instancia, el juez comunitario⁸⁹.

No obstante, quizá no sea pertinente hablar de una tendencia a la federalización. Al fin y al cabo, el TJ ha mostrado en numerosas ocasiones su voluntad por confirmar la horizontalidad de sus relaciones con el juez nacional. Quizá sea más adecuado hablar de una tendencia a crear dobles raseros competenciales, cuyos criterios el TJ se encarga de modular. Desde sus primeros años, el Tribunal realiza una labor de «construcción competencial» cuando traza los límites de sus funciones a golpe de sentencia, y ello se caracteriza por un marcado *self-restraint* cuando la decisión entraña el riesgo de cuestionar la operatividad del juez comunitario. A título de ejemplo, la Opinión 2/1994, relativa a la adhesión de las Comunidades a la Convención Europea de Derechos Humanos, supuso un sorprendente retroceso en la interpretación que el TJ venía realizando del artículo 308 TCE, sin duda justificado por la repercusión que tal incorporación habría tenido en el sistema jurisdiccional comunitario⁹⁰. Lo mismo ocurre en el caso de autos, cuando el Tribunal se enfrenta a la posibilidad de ampliar la legitimación de recurrentes para impugnar actos generales, con el riesgo de incrementar la litigiosidad ante el TPI. Este doble discurso puede llegar a ser perjudicial para la autoridad del Tribunal, máxime cuando pone en juego su relación con las jurisdicciones nacionales, a las que exige un esfuerzo aplicativo e interpretativo que él se niega a realizar. En el asunto *UPA* este doble rasero puede observarse con nitidez, puesto que el TJ impone, *contra Tractatus*, una

1990; CRAIG, P.: «Community Courts Jurisdiction Reconsidered», en J. H. H. WEILER, y DE BÚRCA G., *The European Court of Justice*. Oxford, 2001, pgs. 203 a 204.

⁸⁹ No sólo defendiendo que ésta es, en cierta medida, su estructura actual, pero que debería profundizarse en una reforma en la misma dirección, cfr. WEILER, J. H. H.: «Epilogue: The Judicial Après Nice», en WEILER, J. H. H. y DE BÚRCA G., *The European Court...*, op. cit., pgs. 224 y ss. Asimismo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia, en su contribución a la Conferencia Inter-Gubernamental de 2000, no tuvieron empacho en plantear un mecanismo procesal semejante, aunque sin duda más modesto que el propuesto por Weiler. Véase también MANGINI, G. F.: «From CILFIT to ERT: The Constitutional Challenge Facing the European Court», *Yearbook of European Law*, núm. 11, 1991 y ALONSO GARCÍA, R.: *Las cláusulas horizontales...*, cit., pgs. 170 y 171.

⁹⁰ Esta tensión, surgida a raíz del papel del TJ tras una hipotética adhesión al Convenio, queda de manifiesto en el Dictamen 2/1994 del Tribunal, en sus párrafos 34 y 35: «34. Aun cuando el respeto de los derechos humanos constituye, por consiguiente, un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, resulta obligado señalar, sin embargo, que la adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario» (la cursiva es nuestra).

obligación a los Tribunales nacionales que fuerza los límites de su jurisdicción, mientras que la esfera de los recursos comunitarios resulta protegida y amparada merced a una interpretación literal del Tratado CE. A la luz de la jurisprudencia, un resultado semejante sólo contribuye a tensar unas relaciones entre jurisdicciones ya de por sí difíciles.

Con el término «dificultad» nos estamos refiriendo a los pronunciamientos del TJ en materia de recursos nacionales en aplicación del Derecho comunitario. Puesto que el juez nacional es el juez de Derecho común, es el responsable de tutelar los derechos de los ciudadanos reconocidos por el ordenamiento comunitario, sea mediante los mecanismos procesales previstos en la legislación comunitaria, cuando ésta exista, o a través de las vías nacionales. El respeto al principio de autonomía institucional y la independencia del juez nacional propiciaron que el TJ, en un inicio, no cuestionara las vías procesales nacionales a la hora de ver aplicado el ordenamiento comunitario, siempre y cuando el Derecho nacional respetara los principios comunitarios de equivalencia y efectividad⁹¹. Cuando las vías procesales internas lesionaran estas exigencias podrían ser inaplicadas, con el fin de tutelar el derecho subjetivo comunitario. Sin embargo, esta actitud cambió a raíz del asunto *Factortame*⁹², momento a partir del cual no sólo cabe inaplicar las normas nacionales, sino que incluso permite al juez nacional crear recursos y vías procesales «ex novo» con el fin de garantizar la efectividad del Derecho comunitario. En el citado caso, el TJ no dudó en recomendar a la Cámara de los Loes británica la posibilidad de suspender cautelarmente la Ley de la Marina Mercante de 1988, con el objeto de salvaguardar la aplicación efectiva del Derecho comunitario⁹³. Sin duda se trataba de un pronunciamiento trascendental, que convertía al juez nacional en un pseudo-legislador en defensa del ordenamiento comunitario, incluso en contra de lo dispuesto en su legislación nacional⁹⁴. El siguiente paso en la intensificación

⁹¹ Cfr., por todos, el asunto *Simmenthal*, de 9 marzo 1978 (106/1977). No obstante, es el asunto *Rewe-Zentralfinanz eG y Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland*, de 16 diciembre 1976 (33/1976) el primero que estableció los límites de la autonomía institucional del sistema jurisdiccional, caracterizados por los principios de efectividad y equivalencia. A esta Sentencia siguió el asunto *Comet BV contra Produktschap voor Siergewassen*, de 16 diciembre 1976 (45/1976).

⁹² Asunto *Factortame*, de 19 junio 1990 (C-213/1989).

⁹³ Al respecto véase el trabajo imprescindible de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Madrid, 1995.

⁹⁴ Prueba de ello es el argumento del TJ en el asunto citado: «21. Procede añadir que la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al Juez, que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario. De ello resulta que el Juez que, en esas circunstancias, concedería medidas provisionales si no se opusiere a ello una norma de Derecho nacional está obligado a excluir la aplicación de esta última norma». Sentencia *Factortame*, cit. *supra*. párr. 21.

Daniel Sarmiento

de las obligaciones del juez nacional vino de la mano del asunto *Francovich* y la procesión ulterior de pronunciamientos al respecto⁹⁵. En estos casos, el TJ uniformó una acción prevista en los sistemas jurídicos nacionales, hasta el punto de construir una auténtica acción legal autónoma e independiente de los cauces procesales contemplados en los Derechos internos. Se trataba de uniformizar la acción de responsabilidad contra los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario, en cuya consecución el TJ no escatimó en indicaciones y recomendaciones de carácter normativo, en un afán que contrasta claramente con el espíritu literalista presente en el asunto *UPA*⁹⁶.

La efectividad del Derecho comunitario ha tolerado muchas cargas en hombros del juez nacional, no sin una pérdida de seguridad jurídica para el particular que aquél no podía evitar. La voluntad del TJ por defender el valor de la integración permitió que la autonomía institucional de las jurisdicciones nacionales se viera mermada. La situación del juez nacional llegó a ser tan insostenible que llegó a provocar el pronunciamiento de varios Abogados Generales en defensa de la moderación por parte del TJ⁹⁷. Esta moderación llegó en los años noventa a través de casos como los asuntos *Steenhorst-Neerings*, *Sutton* y *Van Schijndel*⁹⁸. Sin embargo, la creación pretoriana de acciones procesales y el riesgo permanente de una interpretación «contra legem» del Derecho nacional, bajo la estricta observancia del TJ, no ha podido evitar que la relación entre éste y las jurisdicciones nacionales se viera dificultada⁹⁹. El pronunciamiento en el asunto *UPA* añade más leña

⁹⁵ Asuntos *Francovich* y *Bonifaci contra Italia*, de 19 noviembre 1991 (asuntos acumulados C-6 y 9/1990); *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, de 5 marzo 1996 (asuntos acumulados C-46 y 48/1993); *Dillenkofer e.a.*, de 8 octubre 1996 (asuntos acumulados C-178,179 y 188/1994); *Denkavit*, de 17 octubre 1994 (C-283, 291 y 292/1994); *British Telecommunications plc*, de 15 septiembre 1994 (C-293/1993); *Hedley Lomas*, de 23 mayo 1996 (C-5/1994). Sobre este cuerpo jurisprudencial, cfr. ALONSO GARCÍA, R.: *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*. Madrid, 1997 y COBREROS MENDAZONA, E.: *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*. Madrid, 1995.

⁹⁶ A título de ejemplo, véase cómo el TJ delimita, casi con la precisión de quien lee atentamente un texto legal, los requisitos para determinar la responsabilidad del Estado incumplidor: «El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y al daño sufrido por las personas afectadas». Esto no es jurisprudencia pasada, sino la «ratio decidendi» del asunto *Francovich*, cit. *supra*, párr. 40. Compárese la argumentación del TJ con el párrafo 44 del asunto *UPA*.

⁹⁷ Cfr. las Conclusiones del AG Léger en el asunto *Sutton*, presentadas el 19 septiembre 1996 (C-66/1995), y, asimismo, las Conclusiones del AG Jacobs en *Van Schijndel & Van Veen contra Stichting Pensioenfondsvoor Fysiotherapeuten*, de 14 diciembre 1995 (asuntos acumulados C-430 y 431/1993).

⁹⁸ Respectivamente, asuntos *Steenhorst-Neerings contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvuurwerken*, de 27 octubre 1993 (C-338/1991); *Sutton*, cit. *supra*, núm. 97; *Van Schijndel*, cit. *supra*, núm. 97.

⁹⁹ Cfr. ARNULL, A.: *The European Union and its Court of Justice*. Oxford, 1999, pgs. 154 y ss.; MADURO, M. P.: «Part IV Never on a Sunday-What has (EU) Law got to do with it?» en

al fuego, en dirección contraria al entendimiento, mostrando, de manera flagrante, cómo la política jurisprudencial del Tribunal no escatima en riesgos cuando el juez nacional se encuentra implicado, pero en cambio se apega al sentido literal de los Tratados para mantener inerte su jurisdicción, como quiere y cuando quiere. No defendemos que exista oportunismo en la estrategia del Tribunal, pero sí cierta insensibilidad, cuya insistencia no contribuye a generar un diálogo entre jueces, ni muchísimo menos una relación de cooperación, en los términos mencionados por el artículo 10 TCE.

3. LA QUIEBRA INTERNA DE LA SENTENCIA: DE LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y TELEOLÓGICA A LOS DOMINIOS DE LA LITERALIDAD

La *Sentencia UPA* está construida alrededor de dos pilares: la conformidad del «sistema de recursos» con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; y la interpretación del requisito de «afectación individual» previsto en el artículo 230.4 TCE a efectos de legitimación de los particulares para impugnar actos generales. Ya hemos dicho que el TJ se centra en la primera cuestión, mientras que la segunda surge al hilo de la motivación de la Sentencia, aunque con una relevancia tan notable como la primera. Pues bien, la construcción del TJ se contradice a sí misma a la hora de justificar sendas cuestiones, apelando a la interpretación sistemática y teleológica de los Tratados, por un lado, y la gramatical, por otro. La consistencia de la Sentencia se encuentra, pues, mermada por una nueva debilidad justificativa que puede desglosarse de la siguiente manera.

En términos generales, el pronunciamiento del Tribunal en el *caso UPA* aporta las siguientes dos soluciones:

a1) El juez nacional está obligado a realizar todo lo posible para plantear la cuestión prejudicial de validez, con independencia de que su decisión sea o no susceptible de ulterior recurso. Esta afirmación *no* se encuentra en los Tratados, pero se apoya, dentro de su premisa mayor y a título accesorio, en el artículo 10 TCE. Se articula en una *interpretación sistemática y teleológica*.

b1) El juez comunitario no puede ignorar el requisito de «afectación individual» atinente a los particulares recurrentes en vía directa de anulación, por tratarse de un requisito imposible de obviar. Esta afirmación *sí* está presente en los Tratados, y se apoya exclusivamente en una aplicación silogística del artículo 230.4 TCE. Se articula en una *interpretación literal*.

Haciendo abstracción de la decisión en el asunto *UPA* podemos ver cómo el Tribunal aporta dos soluciones basadas en argumentos radicalmente distintos. La primera pretende cargar al juez nacional con la responsabilidad de suplir una insuficiencia que el juez comunitario no está dispuesto a asumir, y para ello realiza una interpretación expansiva del artículo 234 TCE

apoyada por el enunciado previsto en el artículo 10 TCE, que exige de todos los Estados miembros (judicatura incluida) un deber de cooperación leal. Éste tiene forma de principio y se materializa, en el marco de la decisión jurídica, como un mandato de optimización; lo cual hace que sólo sea susceptible de cumplimiento en grado¹⁰⁰. Esta es precisamente la función que desempeña el artículo 10 TCE en la decisión del TJ, pues añade peso autoritativo a una decisión que fuerza los Tratados hasta unos extremos inexistentes en el plano literal, prácticamente imponiendo una obligación a los jueces nacionales que elimina su discrecionalidad a la hora de efectuar el reenvío¹⁰¹. Si ahora analizamos el segundo pronunciamiento del Tribunal en el caso *UPA*, puede observarse que la argumentación ha cambiado y se sustenta en la literalidad. El Tribunal no emplea una norma accesoria para justificar su decisión final, tal como hace en el primer pronunciamiento, sino únicamente el sentido literal del artículo 230.4, y concretamente el enunciado que hace referencia a la «afectación individual» de los particulares. A estos efectos no es casual que el párrafo 42 de la Sentencia, donde desarrolla la obligación del juez nacional, utilice como premisa mayor el artículo 10 TCE e ignore la existencia de los artículos 234 y 241 TCE, mientras que el párrafo 45, relativo a la «afectación individual», sólo cite a lo largo de toda su argumentación la disposición susceptible de interpretación literal.

Este doble método de justificación no resulta congruente, y además adolece de una fragilidad bien notoria. Como prueba de esta ductilidad podemos utilizar el mismo método del Tribunal para proporcionar sendas respuestas, pero en un sentido contradictorio e igualmente conformes al sentido y espíritu de los Tratados. Siguiendo el esquema anterior, podemos invertir el resultado de la Sentencia *UPA* de la siguiente manera:

a2) El juez nacional puede pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión prejudicial de validez, tal como dicta el artículo 234 TCE, siempre y cuando aquél estime que el reenvío se fundamenta en una duda determinante para resolver el litigio. La decisión es discrecional y reside únicamente en los criterios del juez nacional. Esta afirmación *sí* está prevista en los Tratados, y se articula en una *interpretación literal*.

¹⁰⁰ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, 2001, pgs. 86, 87 y 104 a 111; ATIENZA, M.: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, 1996, pgs. 7 a 11; ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho dúctil*. Madrid, 1999, pgs. 122 a 12; RUBIO LLORENTE, F.: «Prólogo» a RUBIO LLORENTE, F. (dir.) *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, 1995, pg. IX.

¹⁰¹ La discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones sean susceptibles de recurso está prevista en el Tratado no como un accidente sintáctico, sino como una auténtica cláusula de protección en aras de la independencia judicial. El sentido literal del artículo 234, en su epígrafe segundo, no deja dudas al respecto: «Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano *podrá* pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

b2) El juez comunitario no puede ignorar el requisito de «afectación individual» atinente a los particulares recurrentes en vía directa de anulación, pero los Tratados han impuesto al Tribunal de Justicia un deber de actuación conforme con los derechos fundamentales [arts. 6.2 y 46 d) TUE] que éste tampoco puede obviar. Además, el Tratado de la Comunidad constituye una comunidad de Derecho, en cuyo epicentro figura el individuo, dotado de un *status* especial plasmado en una ciudadanía europea (art. 17 TCE). Por tanto, el requisito de «afectación individual» debe extenderse para permitir un acceso de los particulares a la justicia comunitaria acorde con las obligaciones sentadas en los Tratados. Esta afirmación *sí* está presente en los Tratados, y se apoya, dentro de su premisa mayor, en los artículos 6.2 y 46 d) TUE y 17 TCE. Se articula en una *interpretación sistemática y teleológica*.

El grupo de decisiones a1) y b1) es un conjunto mucho más quebradizo que el grupo de decisiones a2) y b2), puesto que implica una interpretación contraria a los Tratados (a1) y al mismo tiempo es contradictoria con jurisprudencia anterior en materia de derechos fundamentales. Ya hemos dicho con anterioridad que una resolución jurisprudencial contradictoria en materia de derechos fundamentales exige un nivel más afinado de justificación, y por tanto la resolución en a2) se encontraría sometida a un mayor nivel de escrutinio y cuestión. Por el contrario, el grupo de decisiones a2) y b2) parten de la misma contradicción interpretativa (sistemática y teleológica una, y literal la otra), pero ambas son conformes con el sentido de los Tratados y no suponen una quiebra en el sistema de derechos comunitarios, sino más bien al contrario, puesto que lo refuerzan. Asimismo, la decisión contenida en b2) es más fiel a la jurisprudencia del Tribunal cuando debe resolver asuntos con derechos fundamentales en juego. Prueba de que no estamos ante un cambio de estilo jurisprudencial son las Sentencias resueltas en los asuntos *Carpenter* y *MRAX*, dictadas en fechas coincidentes al asunto *UPA* y con estilos argumentativos más afines al descrito en b2)¹⁰². En definitiva, el refuerzo de una obligación sobre los jueces nacionales contenido en la Sentencia que comentamos no nos resulta convincente, máxime cuando es contradictorio con el conjunto justificativo de la Sentencia (contraponiendo argumentos literales contra argumentos sistemáticos y teleológicos).

4. EL ACTIVISMO INACTIVO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LAS RAZONES DEL IMPERIALISMO GRAMATICAL Y SU CRÍTICA

El literalismo del Tribunal no convence desde un punto de vista compara-

¹⁰² Asuntos *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, de 11 julio 2002 (C-60/2000) y *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX)*, de 25 julio 2002 (C-459/1999). Se trata de sendas cuestiones prejudiciales de interpretación, cuyo contenido destaca una interpretación sistemática y teleológica del TCE y el Derecho derivado, en asuntos con objetos similares: la permanencia de los cónyuges nacionales de Estados terceros. No obstante, podría argumentarse que la actuación argumentativa del TJ en procedimientos prejudiciales difiere del que desempeña en recursos de anula-

tivo, especialmente si lo analizamos con el conjunto de la Sentencia. Sin embargo, el apego a la literalidad del Tratado es un argumento débil *en sí mismo considerado*, tal como intentaremos probar en el siguiente epígrafe. Como hemos dicho al inicio de este epígrafe, el asunto *UPA* ha ofrecido al Tribunal la oportunidad de reorientar o confirmar su doctrina interpretativa del artículo 230.4 TCE, aprovechando la autoridad que siempre confiere un pronunciamiento en Pleno. En cualquiera de las soluciones, habría sido deseable que el Tribunal hubiera realizado una labor de *justificación* que en otras ocasiones se esfuerza en garantizar. En el asunto *UPA*, el resultado confirmatorio no ha venido acompañado de ningún tipo de aclaración en detalle, pero tampoco aporta ningún criterio para solventar insuficiencias o contradicciones que el *case law* del Tribunal venía planteando. Al contrario, la justificación del Tribunal se sustenta en un argumento gramatical, sobre el cual edifica una decisión de gran importancia. Como el propio Tribunal afirma en la Sentencia, la interpretación tiene límites, y en el caso de autos *la* interpretación debe ser gramatical. Cualquier otro criterio interpretativo supone atribuir a los Tratados contenidos que no prevén. En palabras del Tribunal:

«44. Por último, debe añadirse que, según el sistema de control de legalidad establecido por el Tratado, una persona física o jurídica únicamente puede interponer un recurso contra un reglamento si resulta afectada no sólo directamente, sino también individualmente. Si bien es cierto que este último requisito debe interpretarse a la luz del principio de tutela judicial efectiva y teniendo en cuenta las distintas circunstancias que pueden individualizar a un demandante [cita los asuntos *Van der Kooy*, *Extramet* y *Codorniú*], tal interpretación no puede conducir a ignorar dicho requisito, expresamente previsto en el Tratado, sin sobrepasar las competencias que éste atribuye al juez comunitario.

45. Si bien es cierto que puede concebirse un sistema de control de la legalidad de los actos comunitarios de alcance general distinto del establecido por el Tratado originario, cuyos principios nunca han sido modificados, corresponde a los Estados miembros, de conformidad con el artículo 48 UE, reformar, en su caso, el sistema actualmente vigente».

A partir de este pronunciamiento consideramos importante criticar dos aseveraciones presentes en los párrafos citados: el formalismo como método, y la afirmación de que sólo una interpretación literal asegura una resolución dentro de las «cuatro esquinas» de los Tratados. La primera está asociada a un estilo de argumentación propio de las jurisdicciones decimonónicas ilustradas, de estructura deductiva y silogística, con amparo en el positivismo jurídico como ciencia metodológica de cobertura¹⁰³. El TJ ha hecho uso de esta argumentación en numerosas ocasiones, y puede decirse que durante los primeros años de su existencia fue el método *standard* de justificación. Estimamos que este estilo justificativo no resulta acorde con el estado actual del Derecho comunitario, para lo cual utilizaremos otros pronunciamientos del Tribunal como término comparativo que demuestran la existencia de *otras* técnicas de justificación. Entre ellas, el Tribunal no ha tenido empacho

ción, tal como destaca el AG Ruiz-Jarabo en *La articulación de los Tribunales...*, cit., pg. 512, debido a la relación de cooperación que impregna el reenvío comunitario.

¹⁰³ MADURO, M. P.: *We, the Court*, op. cit., pgs. 16 y ss.

en hacer uso de aquellas que emplean los argumentos sistémicos y teleológicos como cánones centrales de argumentación. Si estas aseveraciones son ciertas, el pronunciamiento del párrafo 44 del asunto *UPA*, en virtud del cual sólo cabe una interpretación gramatical de los Tratados, estaría viciado de incongruencia, al tiempo que sustenta su decisión en una justificación carente de legitimación racional.

A. *El formalismo como método.*

Las resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia tienen un «estilo» de argumentación; una forma que les caracteriza a la hora de defender sus decisiones últimas. No existen estilos lícitos o ilícitos, sino estilos que atribuyen más o menos legitimidad a las resoluciones judiciales. A diferencia de los Parlamentos o Gobiernos, los Tribunales no tienen respaldo democrático alguno que les legitime, y únicamente ejercen su función institucional de contrapeso en apoyo de la autoridad que les confieren sus actos. Por tanto, una teoría de la argumentación tendría como objetivo explicar qué es la argumentación racional de un Tribunal (o qué no lo es) y cómo debe efectuarla para maximizar la corrección de las resoluciones judiciales¹⁰⁴.

De todos los «estilos» justificativos que conoce el Derecho occidental, el TJ emplea el más propicio a dar negativo en el *test* normativo de cualquier teoría de la argumentación: el formalismo. Miguel POIARES MADURO ha definido esta técnica de la siguiente manera:

«Bajo la concepción formal de la argumentación jurídica, las decisiones judiciales no hacen más que aplicar una regla preexistente a una situación determinada: esta regla es el criterio de validez para la decisión judicial. Uno podría decir que la argumentación formal presenta la solución a un caso concreto como el resultado lógico de una premisa aceptada. La medida de validez es por tanto la medida de corrección. La conclusión es verdadera o falsa, dependiendo de su conformidad con las exigencias lógicas. No existe elección entre valores en conflicto; ni tampoco hay más de una respuesta válida»¹⁰⁵.

El estilo formalista utiliza la justificación deductiva como estructura lógica de trabajo, sobre la cual no admite dudas ni laguna. Como dice POIARES MADURO, no existen resoluciones con varias respuestas posibles, sino una deducción automática a partir de la regla de validez que ofrecen los Tratados. De esta manera, el Tribunal muestra su argumentación como una cadena lógica y «natural» a partir del texto que la legitima.

Esta técnica resulta muy afortunada para aquellos Tribunales con déficits de legitimación, pero también ha sido empleada por Tribunales sin ese tipo

¹⁰⁴ Las teorías *standard* de la argumentación jurídica son las construidas por ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, 1989 y MacCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, 1978. Para un análisis de la teoría en su conjunto, y desde un enfoque muy accesible, cfr. ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho*. Madrid, 1997.

¹⁰⁵ MADURO, M. P.: *We, the Court*, op. cit., pg. 20 (la traducción es mía).

Daniel Sarmiento

de problemas por motivos de cultura jurídica¹⁰⁶. Lo cierto es que relega la justificación de sus decisiones a un proceso automatizado en el que no existen conflictos, sino un universo de decisiones correctas esperando a ser aplicadas en el caso que les corresponde. Pero a pesar de sus ventajas, el riesgo del formalismo reside en su propia virtud: el automatismo lógico es sólo una técnica que encubre una decisión más compleja, y la elección de tal estilo es ya, «per se», una decisión tan política como jurídica. Lo que el formalismo pretende es esconder los problemas detrás de una resolución, los conflictos de intereses y valores, o incluso las discrepancias en el seno del Tribunal, revistiéndolos de autoridad a partir de un silogismo. A pesar de que sea un estilo con tradición e incluso ventajas prácticas, desde un punto justificativo plantea demasiados problemas¹⁰⁷.

El principal problema que plantea el formalismo es su incapacidad para plantear la justificación de segundo orden, o, por decirlo en término lógico, la fundamentación de las premisas¹⁰⁸. La premisa mayor en las resoluciones judiciales es la norma aplicable al caso, y el formalismo asume que su aplicación es siempre válida. En cambio, es incapaz de reconocer que estas premisas son susceptibles de ser problematizadas, hasta llegar a convertir el caso en un conflicto respecto de las premisas. Esta problematización es lo que late detrás de los llamados *casos difíciles*, y pueden ser, según nos indican los teóricos, de interpretación, de relevancia (o laguna), de calificación o de prueba¹⁰⁹. Una resolución formalista negará esta evidencia y resolverá estos problemas mediante una decisión automatizada, pretendiendo que no existe conflicto semejante y la respuesta es una sola. A pesar de la ficción detrás de este tipo de decisiones, el Tribunal entiende que el sentido de la

¹⁰⁶ Concretamente la tradición jurídico-administrativa francesa, cuyo paradigma de cartesianismo argumentativo es el *Conseil d'Etat* francés.

¹⁰⁷ Muy crítico, e incluso planteando problemas de «confianza» entre instancias constitucionales, WEILER, J. H. H.: «The Judicial Après Nice», en DE BÚRCA y WEILER J. H. H., *The European Court of Justice*, pg. 225; traducción española en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y R. ALONSO GARCÍA: *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, op. cit., pgs. 480 y 481; igualmente crítico con el laconismo del Tribunal se muestra el British Institute of International and Comparative Law, en *The Role and Future of the European Court of Justice, A Report of the EC Advisory Board of the British Institute chaired by the Rt. Hon. The Lord Slynn of Hadley*, pg. 95. A favor del formalismo como método argumentativo, cfr. BENGOTXEA, J.: *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*. Oxford, 1993; no obstante, habría que destacar que el autor donostiarra se ciñe a la conformidad de la argumentación del TJ con la teoría de Neil MacCormick y su visión del institucionalismo metodológico. Dudamos que las afirmaciones de BENGOTXEA en relación a los «buenos argumentos» se cumplan en muchos asuntos resueltos por el TJ (cfr. BENGOTXEA, J.: *The Legal Reasoning...*, op. cit., pgs. 271 y 272). Habría que ver si su conclusión sería la misma si analiza la jurisprudencia a la luz de teorías más abiertas a «sensibilidades» materiales, como la de Robert Alexy.

¹⁰⁸ MacCORMICK, N.: *Legal Reasoning...*, op. cit., pgs 100 a 110; MADURO, M. P.: *We, the Court*, op. cit., pg. 20; BENGOTXEA, J., N. MacCORMICK, & L. MORAL SORIANO: «Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice», en DE BÚRCA, G. y J. WEILER: *The European Court of Justice*, op. cit., pgs. 60 a 63.

¹⁰⁹ MacCORMICK, N.: *Legal Reasoning...*, op. cit., pgs. 53 y ss.; ATIENZA, M.: *Las razones...*, op. cit., pgs. 138 a 141.

Ley es suficiente para sustentar sus decisiones y no le deja margen alguno para justificar, pues, en el fondo, no hay más justificación que la subsunción.

Esta aseveración es cuestionable y confía demasiado en el sentido de los textos legales. En el caso del Tribunal de Justicia, la afirmación es aún más dudosa si analizamos aquellas decisiones en las que extiende el sentido literal de los Tratados, e incluso realiza interpretaciones *contra Tractatus*. Sin embargo, también es posible criticar la argumentación del Tribunal desde un punto de vista teórico-político, pues su actuación a día de hoy aglutina las tradiciones jurídicas europeas, todo sea dicho, pero al mismo tiempo carece de la legitimidad que muchos Estados miembros atribuyen a sus jurisdicciones y normas. Aquellos Estados caracterizados por sistemas jurisdiccionales formalistas, sustentan la legitimidad de sus decisiones en la fuerza autoritativa de las normas que aplican. Aunque esta forma de legitimación difiere de la prevista en otros Estados, lo cierto es que responde a una lógica que mantiene la integridad de las decisiones judiciales en el conjunto del sistema político. Mientras que los Tribunales carecen de una legitimidad democrática, ésta se atribuye a los otros Poderes del Estado. El sistema comunitario difiere radicalmente de este modelo¹¹⁰. El proceso de adopción de normas se caracteriza, incluso, por su falta de sustento democrático, y, por tanto, de legitimación. Ante esta situación, que el Tribunal realice una interpretación silogística del Derecho comunitario no ayuda especialmente a afianzar un sistema jurídico con autoridad.

En ese caso, ¿por qué el Tribunal de Justicia hace uso del formalismo argumentativo? Probablemente por tratarse de una técnica eficaz que esconde los problemas deliberativos inherentes a todo órgano colegiado. También es importante recordar que el Tribunal, al emplear la fórmula del laconismo, se asemeja al Consejo de Estado francés y se atribuye, al igual que éste, la última palabra en todos los casos presentes y futuros. Asimismo, el formalismo permite adoptar decisiones con forma de normas que sirvan para dotar al órgano jurisdiccional de un poder cuasi-legislativo, al tiempo que constituye un medio eficaz para afianzar una política jurisprudencial sin ataduras. Aunque el Tribunal de Justicia no disponga del *certiorari* norteamericano, el formalismo le permite acariciar las virtudes del mecanismo, sin necesidad de rendir cuenta alguna sobre los límites y extensión de su jurisdicción. En definitiva, detrás del formalismo existe una decisión política sobre la forma de actuación del Tribunal, su funcionamiento interno, sus objetivos y su concepto del equilibrio institucional entre Poderes. Detrás del formalismo existe, pues, una forma de activismo judicial¹¹¹.

¹¹⁰ Por todos, cfr. CRAIG, P.: «The Nature of the Community: Integration, Democracy, and Legitimacy», en CRAIG, P., y DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*. Oxford, 1999, pgs. 1 y ss.; JACOBS, F.: *Access to justice...*, cit., pgs. 211 a 212.

¹¹¹ Esta solución deja al TJ ante un problema de legitimidad que aún no ha sabido resolver, tal como demuestra WEILER, J. H. H.: «The European Courts of Justice: beyond beyond doctrine or the legitimacy crisis of European constitutionalism» en SLAUGHTER, A-M., A. STONE, & J. H. H. WEILER (eds.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, op. cit., pgs. 372 y ss. Asimismo, cfr. ARNULL, A.: *The European Union and its Court of Justice*. Oxford, 1999, pgs. 563 y 564.

Daniel Sarmiento

B. *La argumentación gramatical y la falsedad aplicativa de la máxima «in claris non fit interpretatio».*

En el caso que comentamos, el asunto *UPA*, nos encontramos ante un supuesto problemático que plantea una cuestión de interpretación. En su argumentación el Tribunal afirma que no existe tal dificultad, y relega los problemas de interpretación al sentido literal de una norma, el artículo 230.4 TCE. Aunque los recurrentes y el Abogado General intentaron mostrar que sí estábamos ante un «caso difícil», el Tribunal afirma que no lo es, y sólo a partir de una lectura literal de la disposición citada podrá actuar dentro de los límites que le trazan los Tratados. Ni qué decir tiene que esta afirmación, contenida en el párrafo 44 antes citado de la Sentencia, no se sustenta por sí misma, por la sencilla razón de que el artículo 230.4 TCE permite diversas interpretaciones, y, por tanto, soluciones. El Abogado General Jacobs llevó el asunto hacia su verdadera problemática, la interpretación jurídica del concepto «afectación individual», alegando la posibilidad de un giro jurisprudencial sin tensar el sentido y espíritu de los Tratados¹¹². Ante esta afirmación, el TJ podía responder justificando por qué el artículo 230.4 TCE merece la interpretación que la Sentencia confirma, pero la peor respuesta consiste, sin duda, en negar que el precepto admita otras interpretaciones. De esta forma el Tribunal se alinea con una tradición caduca que propugna la máxima «in claris non fit interpretatio», corriendo el riesgo de hacer extensivo el concepto de claridad a todo el Tratado.

El término «afectación individual» es susceptible de ser interpretado conforme a todos los criterios hermenéuticos reconocidos en Derecho, y que el ordenamiento comunitario ha hecho suyos¹¹³. De hecho, el TJ ha sido caracterizado por haber construido todo un sistema jurídico a través de una *purposed-based interpretation* de los Tratados¹¹⁴. Del sentido del Derecho originario el TJ ha construido instituciones jurídicas, ha erradicado mecanis-

¹¹² Una lectura que venía defendiendo la doctrina, tal como destacamos en núm. 51.

¹¹³ Así lo subrayaba en 1994 ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario*, op. cit., pgs. 361: «Subrayo la expresión de *política judicial*, pues es del todo evidente que los términos del artículo 173 ofrecen una flexibilidad suficiente como para permitir una construcción de la legitimación activa de los particulares a partir de parámetros de afectación de intereses frente a afectaciones de carácter difuso sin llegar hasta el extremo a que ha llegado el Tribunal de Justicia, máxime si se tiene en cuenta que es un hecho constatado [...] la flexibilidad próxima al puro activismo que preside la interpretación por el Tribunal de las reglas reguladoras del sistema jurisdiccional comunitario, que llegó a declarar en la S. Plaumann, con relación al propio artículo 173 y la legitimación activa de los particulares, que el precepto debía recibir *la más amplia interpretación*, añadiendo que *las disposiciones del Tratado relativas al derecho de las partes interesadas en recurrir no deben interpretarse restrictivamente*». Cfr. asimismo SAGGIO, A.: «Appunti 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 (Venecia 30 & 31-5 1-6/1996). Bruselas, 1997, pg. 126 a 129; también en *Scritti in onore de G. F. Mancini*. Milán, 1998, pgs. 879 y ss.; DE WITTE, B.: *The Past and Future Role...*, cit., pgs. 892 y 893.

¹¹⁴ ARNULL, A.: *The European Union...*, op. cit., pg. 515.

mos procesales nacionales, delimita los confines de su jurisdicción y la del juez nacional, marca la extensión de las competencias comunitarias y adopta una forma creativa y original de relacionarse con los individuos, a los que hace eje subjetivo del Derecho comunitario. Para ello ha hecho uso, ante todo, de los criterios hermenéuticos sistémico y teleológico. Con una valentía digna de mención, el TJ ha venido aportando una jurisprudencia formalista en términos argumentativos, pero construida a través de una interpretación basada en el sistema y los fines de los Tratados¹¹⁵. Hasta tal punto ha llegado la fórmula, que algunos autores defienden la existencia de un activismo judicial basado en las mayorías que conforman el *demos* de Europa. Sea la razón que sea, es evidente que una interpretación gramatical de los Tratados no habría situado al TJ en el palco institucional que hoy día ocupa.

Por tanto, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿qué justifica una decisión como la del asunto *UPA*? ¿Por qué decide el Tribunal restringirse y adoptar una postura conservadora y renuente? Desde un punto de vista justificativo, la decisión no encaja con el cuerpo jurisprudencial que avala al Tribunal, ni con su tendencia a fomentar el valor integración por encima de los intereses de los Estados. Además, la lógica interna de la resolución no funciona; el uso de la interpretación gramatical es tan débil que no permite justificación alguna, especialmente si se contrapone a interpretaciones más conformes con derechos fundamentales. De todas las formas de justificar su decisión, el TJ ha optado por la peor. Si de algo ha servido la interpretación gramatical, como en tantos otros casos, es para mostrar que la claridad no es sino una máscara demasiado transparente; pero ello no debe inducir a la mera crítica, sino a plantear los motivos detrás de esa opción.

IV. CONCLUSIONES: DETRÁS DEL ACTIVISMO INACTIVO

Cerrábamos el apartado anterior defendiendo la necesidad de una reflexión sobre los motivos que rodean a la Sentencia *UPA*. El cierre procesal a los particulares no puede sustentarse en un simple argumento interpretativo de carácter literalista, especialmente cuando la resolución procede de uno de los Tribunales más creativos del mundo jurídico occidental. Procede plantearse el peso de los argumentos a favor del cierre, pero sería aún más conveniente determinar qué factores políticos rodean el caso. Tras un análisis meridianamente detallado de la resolución, es posible observar que detrás de la misma no hay mera subsunción, sino una forma soterrada de activismo que nosotros hemos calificado de activismo inactivo. Ahora bien, ¿qué razones de política judicial laten detrás del asunto *UPA*? Sin duda existe una preocupación por la sobrecarga del Tribunal, pero no sólo eso. Es posible que pese la tradición de algunos Estados miembros, en contra de

¹¹⁵ Puede verse un estudio de gran interés sobre la cuestión en BENGOETXEA, J.: *The Legal Reasoning...*, op. cit., pgs. 233 y ss., y en BENGOETXEA, J., N. MacCORMICK y L. MORAL SORIANO: *Integrity and Integration...*, op. cit., pgs. 56 a 58.

Daniel Sarmiento

la impugnación de actos generales por los particulares, pero la práctica nos muestra que esta actitud se encuentra en retirada¹¹⁶.

Una restricción tan importante para los particulares debe fundarse en motivos de mayor calado, entre los que también se encuentra la proliferación de la mayoría cualificada en los procedimientos de adopción de actos. La labor del Tribunal en los años setenta y ochenta venía condicionada por un marco político-institucional muy frágil, donde el derecho estatal de veto dominaba el panorama decisonal. Frente a esta realidad política, el Tribunal no fue un actor imparcial y aportó algunos de los pronunciamientos más importantes de su trayectoria, con el fin de impulsar un proceso integracionista que los Estados dificultaban. Ese activismo mayoritario del que hablan los autores ha podido pasar a un segundo plano, merced a la expansión de la mayoría cualificada y los crecientes esfuerzos de los Estados e Instituciones por hacer una Europa de los ciudadanos. Ante la mayor legitimidad de los actos comunitarios, el sentido del artículo 230.4 TCE debería desinflarse y ser devuelto a su lugar de origen; un origen que no era ajeno al uso que los particulares hicieron del generoso artículo 33 TCECA¹¹⁷.

También es posible que no ocurra nada parecido, y que el asunto *UPA* muestre la tensión actual que preside la función jurisdiccional comunitaria y sus relaciones con el juez nacional. Por un lado cabría hablar de una federalización de la justicia comunitaria, habida cuenta de la tensión a la que el TJ somete la obligación de cooperación leal, que lleva a los jueces nacionales a hacer lo imposible por remitir al juez comunitario la cuestión prejudicial de validez. Si el TJ quería confirmar su monopolio sobre el control de validez de actos comunitarios al tiempo que garantizaba «cierta» apertura del control de legalidad por la puerta de atrás (*vía* fomento de la cuestión prejudicial de validez), habrá que esperar para ver si lo logra, pero no deja de ser una buena estrategia para abrir y cerrar al mismo tiempo las puertas del artículo 230.4 TCE. Ahora bien, el asunto *UPA* podría ser susceptible de una interpretación radicalmente contraria, y el párrafo 44 nos da buena prueba de ello: el TJ ha intentado desprenderse, de una vez por todas, de los recursos de particulares contra actos generales, delegando la responsabilidad en el juez nacional. Podría interpretarse como un gesto de confianza en el juez nacional, aunque con las cautelas que antes apuntábamos. Con todo, lo que late detrás del asunto *UPA* es una tensión: la tendencia a jerarquizar la relación y la necesidad de mantener el diálogo. Quizás el debate sobre la federalización no sea susceptible de subsumirse en un bando u otro, pues el debate mismo es fruto de una tensión inherente al

¹¹⁶ Al respecto, véase el análisis comparado realizado en WAELBROECK, D. y A.-M. VERHEYDEN: «Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires (à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme)», *Cahiers de Droit Européen*, núms. 3 y 4, 1995.

¹¹⁷ Cfr. RASQUIN, G. y R. M. CHEVALLIER: «L'article 173, alinéa 2 du Traité CEE», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 2, año 1º, 1966, pgs. 32 a 34.

modelo de justicia comunitaria que el asunto *UPA* nos ha vuelto a mostrar, y que el TJ no encuentra la forma (o la voluntad) de resolver.

Llegado el momento de un proceso constituyente a nivel europeo y una firme voluntad de replantear el sistema comunitario, puede afirmarse, junto con algunas voces doctrinales, que la integración europea a través del Derecho «desde abajo» haya terminado¹¹⁸. Cosa distinta es que su fin sea conveniente. El peligro que late en el asunto *UPA* estriba en que posiblemente sea el propio Tribunal quien haya decidido que ha llegado el fin o cambio de etapa. Si el futuro nos brinda más resoluciones caracterizadas por el activismo inactivo, es posible que el Tribunal vea su posición institucional mermada, y con ella el papel del Derecho comunitario para configurar un sistema de integración activo y dinámico, en constante equilibrio con los procesos políticos que rigen la actividad de las demás Instituciones. Por ello, la Sentencia que comentamos no sólo muestra un estilo criticable desde un punto de vista jurídico, sino también desde la óptica del papel que ha de desempeñar el Derecho en el proceso de construcción europea. Desde estos dos puntos de vista, el Tribunal no ha permitido que los cimientos del ordenamiento tiemblen. Su pasividad es una forma de aceptar su nuevo papel en el actual momento de integración, pero se trata de una pasividad peligrosa. A través de un cambio en el rol político de la integración jurídica y una interpretación más rigorista de los Tratados, delegando el impulso comunitario exclusivamente en los Estados miembros, el TJ ha saltado de la pasividad al activismo. Eso sí: un activismo muy inactivo.

¹¹⁸ JOERGES, C.: *The Law in the Process of Constitutionalizing Europe*, European University Institute Working Paper No. 2002/4, pgs. 33 y ss. (<http://www.iue.it/PUB/law02-4.pdf>).