

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCEDIMIENTO POR INCUMPLIMIENTO Y LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS ACTUACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO¹
Universidad de Sevilla
miryamrizq@us.es

Cómo citar/Citation

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2018).

Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los estados miembros.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 61, 933-971.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.61.04>

Resumen

Los derechos fundamentales de la Carta son parámetro de validez constitucional del derecho derivado, así como de la acción institucional de la Unión y, dentro de los márgenes de su art. 51, de las actuaciones de los Estados miembros cuando aplican el derecho de la Unión. La cuestión prejudicial ha servido en un buen

¹ Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla. Este artículo es fruto de la estancia realizada entre febrero y julio de 2018 en el Robert Schuman Center for European Studies del Instituto Universitario Europeo de Florencia, financiada por el programa «José Castillejo» del Ministerio de Educación y Cultura (CAS170075) dentro del plan nacional para la promoción del talento, subprograma de movilidad, programa para la investigación e innovación técnica y científica 2013-2016. Está vinculado al proyecto de investigación «Desafíos en la construcción del espacio europeo de derechos fundamentales» (DER-2017-83779-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Todas las fuentes electrónicas incluidas en este trabajo han sido recuperadas en fecha 23-09-2018.

número de casos para dar efectividad a los derechos en los Estados miembros, pero en un momento en el que en algunos países de la Unión parecen dismantelarse ciertas garantías constitucionales y democráticas, son los mecanismos de ejecución forzosa, y su relación con los derechos, los que centran el interés político, institucional y doctrinal. Entre ellos, el procedimiento de incumplimiento, un clásico desde los tratados comunitarios, es un instrumento disponible para la ejecución forzosa de las obligaciones derivadas del respeto a los derechos fundamentales de la Unión por los Estados miembros. En este artículo analizaré en qué medida ese procedimiento, con su doble vertiente política y jurídica y su dimensión federal, puede ser empleado para la finalidad de garantizar derechos fundamentales, en especial en situaciones en las que la acción del Estado incumplidor no actúe de manera evidente dentro del ámbito de efectividad del derecho de la Unión.

Palabras clave

Carta de Derechos Fundamentales; recurso por incumplimiento; justicia constitucional; Comisión Europea; Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

EU FUNDAMENTAL RIGHTS ADJUDICATION THROUGH THE INFRINGEMENT PROCEDURE AND CONSTITUTIONAL SCRUTINY OF THE ACTIONS OF THE MEMBER STATES

Abstract

The Charter of Fundamental Rights is a parameter to measure the constitutionality of EU secondary law, of EU institutional action and, within the margins of article 51, of Member states' actions when they implement EU law. The preliminary reference procedure has already produced a sufficient amount of rulings in which EU fundamental rights apply to Member states. In this period in which some EU countries are defying democratic principles and removing constitutional guarantees, there is a renovated concern in EU fundamental rights adjudication through law. Political, institutional and academic debate is focused in such mechanisms, among which the classic Treaty infringement procedure has concealed especial interest. Infringement procedure is an available tool to enforce EU fundamental rights in Member states, with its double nature as a political and a legal instrument. The present study analyses the infringement procedure as federal enforcement, how it could be activated as a guarantee for EU fundamental rights in the Member states and its adequacy in situations out of EU law scope of application.

Keywords

Charter of Fundamental Rights; infringement procedure; fundamental rights adjudication; European Commission; Court of Justice of the European Union.

LES DROITS FONDAMENTAUX DANS LA PROCEDURE EN MANQUEMENT ET LA CONFORMITE CONSTITUTIONNELLE DES ACTIONS DES ÉTATS MEMBRES

Résumé

Les droits fondamentaux de la Charte sont des paramètres de control de la conformité constitutionnelle du droit dérivé et de l'action institutionnelle de l'Union aussi comme des actions des États membres appliquant le droit européenne, selon l'article 51 de la Charte. Le renvoi préjudiciel a été très utile pour l'effectivité des droits fondamentaux en plusieurs arrêts. Dans ce moment-là, quelque pays de l'Union ont défié les valeurs démocratiques et les garanties constitutionnelles sont menacées et donc les procédures d'exécution forcée du droit européen, en relation avec les droits fondamentaux, sont devenues une question d'intérêt politique, institutionnelle et doctrinale. D'entre eux, la procédure en manquement classique des Traités est un instrument disponible pour renforcer le respect aux droits fondamentaux dans les États membres. Le présent travail examine comment la procédure en manquement, avec un double caractère politique et juridique, peut être utilisée pour la garantie des droits fondamentaux, spécialement dans les situations dans lesquelles les actuaciones des États membres se trouvent en dehors du champ d'application de droit de l'Union.

Mots clés

Charte de droits fondamentaux; procédure en manquement; justice constitutionnelle; Commission européenne; Cour de justice de l'Union européenne.

SUMARIO

I. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL RETROCESO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS. II. SOBRE EL PROCEDIMIENTO POR INCUMPLIMIENTO Y SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL: 1. La singular naturaleza del recurso por incumplimiento. 2. Estructura y práctica institucional del procedimiento. 3. Revisión crítica: el recurso por incumplimiento en perspectiva constitucional. III. SOBRE EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN ANÁLISIS ABSTRACTO: 1. Aspectos sustantivos: los derechos fundamentales como causa de incumplimiento. 2. Aspectos procesales, estructura y práctica del procedimiento por incumplimiento: dificultades para su consideración como instrumento de garantía de los derechos fundamentales. IV. SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN PROCEDIMIENTOS POR INCUMPLIMIENTO EN UN ANÁLISIS CONCRETO: EL DESMANTELAMIENTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN HUNGRÍA Y POLONIA: 1. Hungría. 2. Polonia. V. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL RETROCESO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea constituye un parámetro de conformidad constitucional de la acción de la Unión que, al mismo tiempo, vincula a los Estados miembros cuando actúan en los ámbitos propios del derecho supranacional². Pero la especial posición de los derechos fundamentales en los sistemas constitucionales nacionales exige un singular rigor a la hora de determinar la eficacia de la Carta sobre una acción estatal. Es por ello que el debate en torno a sus cláusulas horizontales, en especial el

² En palabras de Cruz Villalón (2017: 93): la Carta «se convierte en parámetro preciso de la constitucionalidad ius-fundamental de todos los actos de los poderes públicos» de la Unión. Desde su primera formulación las cláusulas horizontales han sido claves en la configuración normativa de la Carta (Alonso García, 2002), siendo la posterior interpretación de las mismas la que ha confirmado su función constitucional (Cruz Villalón, 2016a).

art. 51, ha ocupado considerablemente a la doctrina especializada, sobre todo en los primeros años de su vigencia³. Y es por ello que la actual polémica sobre la situación de las garantías de los derechos fundamentales en ciertos Estados miembros, como Polonia y Hungría, renueva el interés en el tema y abre el interrogante de cuál es el margen de acción de la Unión en tal coyuntura.

Esas cláusulas horizontales, en parte diseñadas para consolidar la naturaleza constitucional de la Carta, en «otra» parte se insertaron para evitar su plena comprensión federal (Biglino Campos, 2003: 46)⁴. Se temía que la transustanciación de los derechos fundamentales en el orden supranacional, desde su originaria naturaleza jurisprudencial de principios generales a la codificación, significara una afirmación general de derechos subjetivos de la ciudadanía de la Unión. Adicionalmente, el Tratado de Lisboa incrementaba las posibilidades de litigiosidad en torno a los derechos fundamentales, pues profundizaba en cooperación judicial y asuntos de interior, sometiendo estas materias por completo a la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo⁵. Como consecuencia era previsible que se alterara la clásica hermenéutica funcionalista de los derechos en la Unión⁶ y que se abriera paso una comprensión más constitucional. En tal contexto, el juego de cláusulas horizontales confirmaba, por una parte, la nueva textura de los derechos fundamentales de la Unión, con una fuerza normativa superior a la de su anterior invocabilidad y eficacia (Cruz Villalón, 2017; Carmona Contreras, 2016: 46), pero por otra parte el art. 51 recordaba que su comprensión aún era diferente de la de una declaración de derechos en sentido federal.

³ Fueron muchos los estudios publicados sobre el tema al principio de esta década: Rosas (2012); Iglesias Sánchez (2012); Kaila (2012); Von Danwitz y Paraschas (2012), y Lenaerts (2012).

⁴ En el mismo sentido se pronunciaron otros autores justo tras la elaboración y proclamación de la Carta: Eeckhout (2002); Knook (2005: 371).

⁵ Pasado un periodo de transición, como se recogía en el Protocolo 36 sobre disposiciones transitorias, en concreto en los apdos. 1 a 3 del art. 10. Sobre la repercusión que esto tiene en relación con los procedimientos ante el TJUE, véase Koops (2014: 132).

⁶ La idea básica es que la vinculación del derecho de la Unión con las competencias propias del proyecto de integración ha determinado, por lo general, las líneas de interpretación de los derechos fundamentales que son específicas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Se trata de líneas en las que la necesidad de convergencia con las otras estrictamente constitucionales, las propias de la justicia constitucional estatal, o equiparables a estas, la del Tribunal de Estrasburgo, nunca se ha planteado como un absoluto (Azpitarte Sánchez, 2015: 254).

Al poco tiempo, los asuntos *Fransson y Melloni*⁷ delimitaron la proyección de los derechos de la Carta sobre los Estados miembros. La Carta se aplicaría siempre que la actuación estatal discutida pudiese conectarse con una pretensión de efectividad del derecho de la Unión, con independencia de la intensidad de la conexión, más o menos directa, entre la acción estatal discutida y el mandato normativo supranacional⁸. Una vez determinada la aplicabilidad, primera condición de eficacia, los estándares de protección de los derechos bien se deducirían del derecho de la Unión, bien se ajustarían desde las constituciones nacionales. Dependería de la formulación, directa o indirecta, del mandato supranacional y el Tribunal de Justicia siempre podría dar pautas para la interpretación de los derechos. La uniformidad en la aplicación del derecho de la Unión es el objetivo primordial de toda esta hermenéutica, que ha sentado un método de interpretación para los derechos en su proyección sobre los Estados y que, sin embargo, no está exenta de ambigüedad. No resolvía cualquier duda que pueda plantearse un juez nacional (Robin Olivier, 2014: 26)⁹, pero, además, se trata de un método gestado en y para el ámbito del procedimiento prejudicial, cabiendo la pregunta de si el método podría trasladarse, o no, a otros contextos procesales.

De forma paralela, la Comisión, partiendo de una comunicación del año 2010 en la que se declaraba vinculada por objetivos de promoción y protección de los derechos fundamentales, incorporó entre sus misiones la de vigilar la implementación de la Carta en los Estados miembros cuando aplicasen, transpusiesen o desarrollasen el derecho de la Unión. Aquel documento se

⁷ Sentencias de 26 de febrero de 2013, *Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105; y de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107.

⁸ En realidad, el debate gira en torno al término inglés *implementation*, que el TJUE interpreta de una manera amplia (Robin Olivier, 2014: 26). La diferencia de matiz entre implementación y aplicación había sido explicado, con anterioridad, por Biglino Campos (2003: 56), quien argumentaba que ese término, «implementar», no remite a una mera operación de subsunción de la norma en el supuesto de hecho, que es lo que denota el término aplicación, sino que supone una acción de creación normativa de la que surge una norma intermedia, es decir, la norma interpretada, siendo esta última la que se integra en el caso concreto en el sentido kelseniano. Sobre la dificultad hermenéutica que plantean las distintas versiones lingüísticas, todas auténticas, del art. 51 también se han pronunciado otros autores: Rosas (2012: 1277); Sarmiento (2013: 1275); (Robin Olivier (2014: 26).

⁹ Obligando, por tanto, al juez nacional a plantear la cuestión prejudicial si no hay un precedente claro siguiendo la jurisprudencia CILFIT. No hay que olvidar que la clarificación del ámbito de aplicación no deja de ser, en particular para los titulares de los derechos, una cuestión de seguridad jurídica (Ward, 2014: 1453).

centraba en la implementación de las normas supranacionales y reconocía a los Estados la función de garantes de los derechos en ámbitos propios de actuación. En esos ámbitos, la Unión solo podía intervenir a través del mecanismo previsto en el artículo 7 TUE¹⁰. Pero esta perspectiva limitada de la responsabilidad de la Unión sobre la protección de los derechos fundamentales se empezó a replantear cuando la emergencia del populismo en Europa provocó ciertos giros antiliberales en algunos Estados miembros. Era evidente que el espacio europeo común, basado en los principios de cooperación leal y confianza mutua (Closa *et al.*, 2016: 2), sufriría con el debilitamiento de las garantías constitucionales en cualquiera de sus Estados miembros. Actuar para reforzar el Estado de derecho se convirtió en un imperativo para la Unión.

En este contexto, desde ámbitos institucionales, políticos y académicos se han ido proponiendo alternativas para que la Unión proteja los derechos fundamentales, si es necesario también frente a los Estados miembros¹¹. Algunas de esas alternativas resultan más contradictorias que otras con la concepción plural del constitucionalismo de la Unión (Palombella, 2016: 39)¹². Y el procedimiento de incumplimiento, con el grado de contradicción que se expondrá en las páginas que siguen, es una de las propuestas, tanto en relación con la protección de los derechos como en una concepción más amplia de garantía del Estado de derecho (Schmidt y Bogdanowicz, 2018).

De entrada, al escrutar las virtualidades del procedimiento de incumplimiento para articular garantías de los derechos fundamentales surge una dificultad, puesto que no ha sido este cauce procesal, sino el prejudicial, el que hasta ahora ha vertebrado la protección jurisdiccional de los derechos

¹⁰ Comunicación de la Comisión sobre la estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea, COM(2010) 573 final, p. 10.

¹¹ Podría decirse que el debate doctrinal se inicia con el artículo de Von Bogdandy *et al.* (2012) sobre la reversión del argumento de la sentencia *Solange* del Tribunal Federal alemán, estimando que los derechos fundamentales de la Carta estarían vinculados a la ciudadanía europea y, desde ahí, desplegarían eficacia directa independientemente de su relación con el derecho derivado. Más adelante se retomará esta propuesta específica en el epígrafe tercero de este trabajo. Las reflexiones fundamentales sobre esta materia están recogidas en estas dos obras recientes sobre el control del respeto al imperio de la ley en los Estados por parte de la Unión: Closa *et al.* (2016) y Jakab y Kochenov (2017).

¹² Se corre el riesgo, en efecto, de convertir los principios constitucionales, y muy en concreto el imperio de la ley, en dictados autorreferenciales que lleven a la desintegración, más que a su contrario (Palombella, 2016: 39).

fundamentales en la Unión frente a los Estados miembros¹³. Las remisiones prejudiciales habían facilitado tanto el control de adecuación de las disposiciones supranacionales a los derechos fundamentales, desde *Stauder*, como confirmado, desde *Wachauf*, que el Estado miembro que implementase normas supranacionales, o incidiese en el ámbito de las mismas, se sometía a los parámetros iusfundamentales del derecho de la Unión. La eficacia del procedimiento prejudicial como mecanismo de protección de derechos fundamentales residía, y reside, en el valor ejecutivo de la sentencia del juez nacional, que hace de la normatividad interpretada por el TJUE, y por lo general formulada de manera hipotética, una auténtica regla aplicable, como mínimo, al caso concreto (Weiler, 1991: 2420)¹⁴. Los derechos de la Carta, invocados por litigantes particulares, alcanzaban y alcanzan así su protección¹⁵, confirmando que las remisiones prejudiciales ayudan a construir el espacio europeo de derechos fundamentales.

Pero la pregunta que se plantea aquí es qué ocurre con los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento, donde no los reivindicaban particulares, titulares de los mismos, sino una institución supranacional

¹³ Si se repasan las referencias habituales de asuntos relativos a la forja de los derechos fundamentales de la Unión, previos a la Carta, el predominio de asuntos prejudiciales es incontestable, algo que se repite para el desarrollo jurisprudencial de la Carta de Derechos desde su entrada en vigor hasta ahora. En relación con el desarrollo anterior previo a la entrada en vigor de la Carta, las referencias habituales tan solo incluyen un recurso de anulación, *Nold*, entre varias sentencias prejudiciales como *Stauder*, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Rutili*, *Johnston* o *Wachauf*. Sentencias de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, EU:C:1970:114; de 14 de mayo de 1974, *Nold*, C-4/73, EU:C:1974:51; de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, C-36/75, EU:C:1975:137; de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, C-222/84, EU:C:1986:206. Para el desarrollo posterior, se puede comprobar cómo las referencias jurisprudenciales son predominantemente cuestiones prejudiciales de interpretación, con la excepción de *Digital Rights*, que lo es de validez, y dos recursos de anulación. Véase la obra colectiva dirigida por Carmona Contreras (2018). Sentencia de 8 de abril de 2014, *Digital Rights*, C-293/12, EU:C:2014:238.

¹⁴ Algo que ya describió el autor como una suerte de mecanismo de control de constitucionalidad europeo, *judicial review*, en el ámbito de los Estados miembros.

¹⁵ Quiere ello decir que las normas interpretadas, tal y como las expone el Tribunal de Justicia en los respectivos fallos, serán luego aplicadas al caso concreto, y quizás generalizadas a otros, por los propios jueces y, en su caso, autoridades estatales. La virtualidad de la cuestión prejudicial, con esto no se descubre nada nuevo, siempre ha estado en la manera en la que el fallo de un tribunal ajeno a la jurisdicción estatal es asumido, y convertido en normatividad interna, por el ordenamiento del Estado miembro implicado.

frente a Estados miembros que, por su parte, tienen sistemas propios de garantía constitucional de los derechos. El de incumplimiento es un contencioso que persigue la ejecución forzosa del derecho de la Unión a través de la declaración de responsabilidad del Estado y, en su caso, de la imposición de sanciones¹⁶, pero la experiencia sobre la hermenéutica de los derechos fundamentales en recursos por incumplimiento es insignificante, en especial si se compara con la acumulada gracias a las remisiones prejudiciales. La naturaleza del procedimiento y su estructura formal será, por tanto, el primer aspecto en el que indagar (II). El objetivo de esa indagación será prefigurar, en un análisis abstracto, cómo la disposición del procedimiento ayuda o entorpece la protección de los derechos fundamentales (III). Esas averiguaciones formales darán luego paso al análisis empírico (IV), antes de finalizar con unas breves conclusiones (V).

II. SOBRE EL PROCEDIMIENTO POR INCUMPLIMIENTO Y SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

Este análisis sobre el recurso por incumplimiento en relación con la protección de los derechos fundamentales realiza un recorrido por algunos aspectos del procedimiento tras un intento de definir su peculiar naturaleza. En tanto herramienta de aplicación forzosa del derecho de la Unión, el incumplimiento se encuentra en algún punto intermedio entre la ejecución federal y la exigencia de responsabilidad internacional. La hipótesis de su relación con los derechos fundamentales añade un interrogante sobre la dimensión constitucional de su naturaleza¹⁷. El hecho de que la Comisión sea, en la práctica, la exclusiva impulsora del procedimiento por incumplimiento¹⁸ hace que la

¹⁶ Si bien hay procedimientos específicos consignados en el TFUE para incumplimientos, diríase, especiales, la referencia general en este trabajo será la del recurso por incumplimiento ordinario de los arts. 258 a 260 TFUE. Sobre las excepciones, véase el trabajo de Koops (2014: 133).

¹⁷ La dimensión federal y constitucional de la Unión han sido expuestas y discutidas en una abundante literatura científica desde los años ochenta del siglo xx (Stein, 1981) hasta hoy: Weiler (1991); Weiler (2000); Pizzorusso (2002); Cruz Villalón (2004); Schütze (2009). Gordillo Pérez (2005) resume el debate clásico y el mismo autor, junto a Martinico, el recorrido de la jurisprudencia del TJUE en sentido federal (Gordillo y Martinico, 2013).

¹⁸ Aunque el art. 259 TFUE también da la iniciativa a los Estados miembros, el procedimiento obliga a contar con la Comisión, hasta cierto punto, y, en cualquier caso, en las fuentes consultadas no se reseñan más de cuatro procedimientos abiertos contra

atención a los factores políticos e institucionales sea imprescindible para comprender su funcionamiento y sus potencialidades. Todos esos aspectos serán centrales, y aparecerán entrelazados, en la exposición que sigue.

1. LA SINGULAR NATURALEZA DEL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO

El recurso por incumplimiento del actual art. 258 TFUE se recogía desde el principio en los tratados constitutivos. Su objetivo era conseguir la efectividad del derecho comunitario en los Estados miembros. Fue un mecanismo único y novedoso en su clase y momento (Prete y Smulders, 2010: 9), ya que atribuir en exclusividad a un órgano judicial supranacional la solución de este tipo de controversias, facultando a un órgano entre político y técnico para impulsarlo (Evans, 1979: 443; Weiler, 1991: 2419-2420), era una solución inédita en el ámbito de las organizaciones internacionales. En su concepción se trataba del único procedimiento a través del cual el Tribunal de Justicia podía pronunciarse sobre la adecuación del derecho nacional a los mandatos del derecho supranacional (Rodríguez y Baquero, 2006: 310)¹⁹, si bien la práctica efectiva de la cuestión prejudicial matizaría, desde muy pronto, esa presunta exclusividad²⁰.

Estados miembros por otros Estados miembros que hayan concluido con una sentencia del TJUE: Lindholm (2007: 69); Koops (2014: 123), y Gormley, (2017: 65), que es el único que incluye el cuarto. Se trata de las sentencias de 4 de octubre de 1979, Francia/Reino Unido, C-141/78, EU:C:1979:225; de 16 de mayo de 2000, Bélgica/España, C-388/95, EU:C:2000:244; de 12 de septiembre de 2006, España/Reino Unido, C-145/04, EU:C:2006:543; y de 16 de octubre de 2012, Hungría/Eslavaquia, C-364/10, EU:C:2012:630.

¹⁹ Así se desprende de las Conclusiones del abogado general Roemer de 12 de diciembre de 1962, Van Gend & Loos, C-26/62, EU:C:1962:42, primera cuestión, examen de admisibilidad, punto 2.

²⁰ Así ocurre a partir de las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos, C-26/62, EU:C:1963:1; y de 15 de julio de 1964, Costa Enel, C-6/64, EU:C:1964:66. Y ocurre hasta el punto de que las consultas sobre la adecuación de las disposiciones estatales se formulan de manera directa como en las sentencias de 22 de julio de 2010, Melki y Abdeli, C-188 y 189/10, EU:C:2010:363; y de 14 de marzo de 2013, Aziz, 415/11, EU:C:2013:164. Fallos prejudiciales han desencadenado reformas constitucionales en Estados miembros, como la Sentencia de 11 de enero de 2000, Kreil, C-285/98, EU:C:2000:2. Se entiende, no obstante, que el marco de la cuestión prejudicial no permite al Tribunal pronunciarse más allá de las pautas interpretativas que suministra al juez nacional para la solución del caso (Rodríguez y Baquero, 2006: 310). La realidad es que el Tribunal de Justicia suele aprovechar al máximo esos má-

Cuando a través de la jurisprudencia «federalizante» del TJUE (Stein, 1981) el sistema normativo de los tratados constitutivos adoptó sus primeros rasgos federales, la comprensión del derecho comunitario como orden jurídico de una comunidad afectó también a la del procedimiento de incumplimiento. Los rasgos federales impregnaron la interpretación jurídica. A través de una adaptación del sentido de las normas de efecto directo, como efectividad, y primacía, como preclusión, puntualmente se empezaron a emplear, en las motivaciones de demandas de incumplimiento, normas de principio de los tratados y contenidos normativos de las libertades económicas, apelando a su aplicabilidad directa y a su fuerza preclusiva²¹. Los mecanismos de ejecución de las sentencias condenatorias, que ponen fin al procedimiento, fueron evolucionando: de estar sujetas a la voluntad de cumplimiento de los Estados infractores a la posibilidad, conforme al actual 260 TFUE, de imponer sanciones económicas, que sin duda añadieron un elemento de coerción al procedimiento y, con ello, lo acercaron más a los parámetros federales.

El procedimiento por incumplimiento es, así, el resultado de una evolución sutil: desde una configuración innovadora basada en el derecho internacional hacia una sistematización federal incompleta. La naturaleza del sistema jurisdiccional en el que se inserta el procedimiento, que no es federal, es la que determina ese carácter incompleto. Ni el efecto directo ni la primacía han alterado la configuración del sistema jurisdiccional de la Unión, no han cambiado ni su estructura básica ni los mecanismos procesales de relación con las jurisdicciones estatales. Los particulares no pueden acceder, en calidad de litigantes, a la suprema instancia jurisdiccional de la Unión ni a través del incumplimiento ni a través de la cuestión prejudicial. No hay cauces para la impugnación directa ante el TJUE, y tampoco en vía de recurso²², de las infracciones en perjuicio de un particular que resulten de la acción de los Estados miembros (Lindholm, 2007: 71). Y ni siquiera una sentencia de incumplimiento del Tribunal de Justicia tiene eficacia ejecutiva propia. Son sen-

genes interpretativos para ofrecer juicios indirectos de compatibilidad del derecho estatal con el europeo (Alonso García, 2003: 251 y ss.).

²¹ Un ejemplo es la Sentencia de 14 de octubre de 2004, Comisión/Países Bajos, C-299/02, EU:C:2004:620.

²² La cuestión prejudicial no es vía de recurso. La colaboración de los jueces nacionales en la remisión y en la implementación del fallo del TJUE no solo es imprescindible, sino insustituible. La implementación del fallo propicia un segundo momento de creación normativa. El contraste entre la norma interpretada del derecho de la Unión y las normas en conflicto del Estado miembro está sujeto a factores tan diversos como el Estado miembro de que se trate o los pormenores del caso de origen.

tencias declarativas²³. No modifican ni derogan ni producen efecto alguno en el ordenamiento del Estado infractor sin la intervención de los poderes públicos del mismo²⁴, que, eso sí, están obligados a cumplir los mandatos del fallo²⁵.

La ejecución de esas sentencias puede canalizarse, hasta cierto punto, también a través de los tribunales nacionales. Un particular puede acudir al juez estatal reclamando la ejecución de los mandatos de una sentencia de incumplimiento en aquello que le afecte. También puede exigir ante ese juez la responsabilidad al Estado por el perjuicio que le cause el incumplimiento²⁶. De esa manera vicaria, apelando al efecto directo y a la primacía, un fallo por incumplimiento puede alcanzar efectos en el Estado infractor independientemente de la voluntad del legislador o del ejecutivo, siempre con la colaboración del judicial.

Por último, se entiende que un fallo de incumplimiento impediría a los poderes públicos de un Estado seguir aplicando disposiciones declaradas contrarias al derecho de la Unión, o seguir actuando en contravención del mismo. De ahí que se predique en algunos ámbitos doctrinales la eficacia *erga omnes* de esas sentencias (Materne, 2012: 333), añadiendo rasgos federales a su incompleta caracterización en tal sentido.

2. ESTRUCTURA Y PRÁCTICA INSTITUCIONAL DEL PROCEDIMIENTO

Pero el procedimiento por incumplimiento no se vincula solo al sistema jurisdiccional. En su estructura formal se distinguen dos fases, una precontenciosa y otra judicial. La finalidad de la primera es conseguir la reparación sin

²³ Evans (1979: 444); Díez-Hochleitner (1993: 840); Materne (2012: 331); Núñez Lozano (2017: 562).

²⁴ Muy claramente expuesto en la Sentencia de 16 de diciembre de 1960, Humblet, C-6/60, EU:C:1960:48, apdo. 1 de los fundamentos de derecho, sobre el alcance de la competencia del Tribunal de Justicia, subapdo. 2. En el recurso por incumplimiento serán las autoridades correspondientes, legislativas, ejecutivas o judiciales, las que den eficacia al fallo del juez europeo.

²⁵ Recientemente autos de 4 de diciembre de 2014, Comisión/Suecia, C-243/13, EU:C:2014:2413, apdos. 26-35; de 22 de octubre de 2013, Comisión/Alemania, C-95/12, EU:C:2013:676, apdos. 33-40; de 31 de marzo de 2011, Comisión/Grecia, C-407/09, EU:C:2011:196, apdo. 34.

²⁶ Sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428, apdo. 35; y de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apdo. 31. Con posterioridad, v. las sentencias de 14 de marzo de 2013, Leth, C-420/11, EU:C:2013:166, apartado 40; y de 28 de julio de 2016, Tomášová, C-168/15, EU:C:2016:602, apdo. 18.

tener que llegar a la segunda. El tránsito de una fase a otra estaría marcado por el margen de apreciación, o discrecionalidad, de la Comisión²⁷.

La fase precontenciosa, política, se abre con un requerimiento de la Comisión al Estado incumplidor. Si el requerimiento no es atendido, o la respuesta no satisface a la Comisión, se sucede un dictamen motivado con un plazo para responder. Ese es el último acto preparatorio de la fase judicial. Tanto el requerimiento previo como el dictamen motivado, además de procurar la reparación, fijan los términos jurídicos del posterior litigio y, así, permiten al Estado miembro definir su postura y argumentos de defensa (Materne, 2012: 92; Gormley, 2017: 68). La fase judicial comprende, a su vez, una escrita y una oral, incluyendo, en su caso, las conclusiones del abogado general y concluyendo con una sentencia declarativa. La disposición que define la obligación incumplida ha de ser claramente identificada en la demanda (Materne, 2012: 130) y a la Comisión le corresponde la carga de la prueba. Si tras la sentencia condenatoria se constata que el Estado no ha reparado la situación de incumplimiento, un subsiguiente contencioso, encaminado a imponer las sanciones económicas del art. 260 TFUE, será conducido ante el TJUE por la Comisión.

El procedimiento por incumplimiento está fuertemente condicionado por los planes políticos y objetivos de integración trazados por la Comisión, con ese margen para iniciarlo, continuar con él, llegar a un acuerdo o desistir. En teoría, la dicción literal del art. 258 TFUE, junto al mandato de impulsar la integración que el 17 TUE hace a la Comisión, podrían dar a entender que la misma está obligada a iniciar el procedimiento siempre que llegue a su conocimiento y considere que un Estado miembro incumple una obligación de derecho de la Unión. En la práctica no es así, como ha declarado el Tribunal de Justicia en diferentes sentencias²⁸. La Comisión actúa de manera autónoma cuando decide qué infracciones perseguir y cómo canalizar denuncias concretas. Hay mecanismos de seguimiento, IMS, SOLVIT y PILOT²⁹,

²⁷ Quizás un margen más estrecho que el que tiene para iniciar la fase precontenciosa (Díez-Hochleitner, 1993: 883 y ss.).

²⁸ La interpretación que de la dicción del precepto hizo en un principio el TJUE fue pronto descalificada por este (Evans, 1979: 446-449). Véanse las sentencias de 10 de diciembre de 1968, Comisión/Italia, C-7/68, EU:C:1968:51, análisis sobre la admisibilidad en los fundamentos de derecho; de 21 de junio de 1988, Comisión/Irlanda, C-415/85, EU:C:1988:320, apdo. 9; de 14 de febrero de 1989, Star Fruit Company/Comisión, C-247/87, EU:C:1989:58, apdo. 12; de 17 de julio de 2008, Comisión/Bélgica, C-207/07, EU:C:2008:428, apdo. 24.

²⁹ El primero, Internal Market Scoreboard (IMS) o Marcador del Mercado Interior, fue diseñado a finales de los noventa para informar a los Estados miembros y a los ciu-

que también se emplean para conseguir una mayor efectividad del derecho de la Unión sin utilizar la vía contenciosa. La Comisión ha dado a su facultad de «considerar» si existe incumplimiento una lectura flexible, vinculada a sus prioridades respecto a la integración y dependiente de las relaciones con los Estados miembros. El 258 TFUE no establece plazos para abrir un procedimiento de infracción una vez que la sospecha, o incluso la certeza, ha llegado a conocimiento de la Comisión, lo cual refuerza ese margen de discrecionalidad (Evans, 1979: 445)³⁰. En cualquier caso, la Comisión no tiene recursos para detectar todo incumplimiento. Los que se persiguen son solo una fracción y, dentro de esa fracción, tampoco están todos aquellos de los que llega a saberse. Por fin, aunque la Comisión impulse un procedimiento contra un Estado, pasar a la fase judicial es siempre una opción discrecional suya (Evans, 1979: 445; Gormley, 2017: 65).

En la práctica, la acción de la Comisión se sistematiza en tres categorías de incumplimiento. Dos de ellas están relacionadas con la transposición de directivas y la tercera, minoritaria, con la ejecución y aplicación del resto del derecho de la Unión.

Tratándose de directivas, en las dos primeras categorías el incumplimiento puede estar relacionado con la negligencia a la hora de transponerlas en plazo, incluyendo la ausencia de comunicación, o con la incorrecta adaptación de sus mandatos. En estos casos, la apertura del expediente de incumplimiento es bastante automática (Materne, 2012: 31). La tercera categoría recoge una casuística heterogénea. Es donde más se diversifican las posibilidades del procedimiento. En el plano de las acciones u omisiones impugnables, la demanda puede proyectarse sobre cualquier autoridad estatal, incluido el poder judicial. En el plano de la normatividad supranacional infringida, la proyección es igual de amplia: disposiciones del Tratado, principios generales de la jurisprudencia, directivas, reglamentos, decisiones e incluso sentencias del TJUE (Evans, 1979: 443-444).

dadanos sobre el grado de cumplimiento del derecho de la UE. SOLVIT, en 2002, se instauró para facilitar a los ciudadanos y a las empresas una plataforma que permitiera solucionar conflictos en la aplicación de ciertas reglas relativas al Mercado Interior sin la intervención de la Comisión. PILOT se pensó para trabajar más estrechamente con los Estados miembros en problemas relativos a la aplicación de otras disposiciones de derecho de la Unión, distintas de las específicas del mercado interior (Koops, 2014: 158-159).

³⁰ La Comisión nunca ha ocultado que existen prioridades en su acción institucional. Desde los años ochenta las expone en informes anuales sobre la aplicación del derecho de la Unión. Disponibles en: <https://bit.ly/2OKKppB>.

Los márgenes de acción de la Comisión son más notables dentro del tercer grupo y a veces emplea el procedimiento para conseguir objetivos de integración no especificados como obligaciones en el derecho de la Unión. Esta forma de proceder se ha estudiado y definido como «integración encubierta». Se trata de una estrategia-tipo mediante la cual se desplaza o sustituye al legislador europeo para dar eficacia a una propuesta fallida de la Comisión, logrando un resultado normativo que, por una razón u otra, permanece bloqueado en sede legislativa (Héritier, 2017: 15). Se explica que existe una regulación incompleta, que es la propuesta frustrada en sede legislativa, que la Comisión reconduce a través de instrumentos de *soft law*. Cuando algún Estado se resiste a asumir las recomendaciones referidas a la propuesta, la Comisión abre un procedimiento por incumplimiento, enlazando los objetivos de aquella con principios o normas generales del Tratado y apelando a su efectividad³¹. En última instancia, el Tribunal de Justicia interviene y, de esa manera, la regulación se completa, en especial si la fundamentación jurídica o el fallo contienen indicaciones o sugerencias acerca de lo que deben hacer los Estados (Prete, 2017: 243). La fuerza normativa de la resolución del TJUE se pone en el lugar del acto legislativo frustrado y, en definitiva, la sentencia confiere efectividad y completitud (Héritier, 2015: 358)³². Es una estrategia que juega con los límites de la interpretación legal y de las facultades de la Comisión y el TJUE. En relación con el objeto de este estudio, se abre un interrogante sobre el empleo de estrategias de este tipo cuando la regulación incompleta incide en derechos fundamentales. El tema será tratado más adelante.

3. REVISIÓN CRÍTICA: EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO EN PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

La perspectiva constitucional del procedimiento por incumplimiento, en qué medida puede servir para lograr la adecuación constitucional de la actuación de los Estados miembros, se pone en relación con un hecho cierto y una teoría. El hecho cierto es que los derechos fundamentales son normas constitucionales en la Unión y en los Estados. La teoría sostiene que la relación

³¹ Es el supuesto de un fallo basado en la libertad de establecimiento y en ninguna otra norma de derecho de la Unión de la Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Comisión/España, C-576/13, EU:C:2014:2430.

³² La finalidad del mecanismo es completar la formulación de objetivos de una determinada política a través de la interpretación jurídica y convertirlos en reglas de derecho, de manera que se salvan los obstáculos institucionales que puedan oponerse en el Consejo, los Gobiernos estatales o, en el Parlamento, los representantes electos (Héritier, 2017: 19)

entre Unión y Estados se sustenta en modelo evolutivo de pluralidad constitucional (Cruz Villalón, 2004: 137-138), en cuyo seno Estados y Unión realizan una proyección recíproca de condiciones de constitucionalidad. Se vinculan a través de conexiones normativas, al tiempo aspiran a conservar su carácter autorreferente. Y establecen exigencias mutuas para el ejercicio del poder público en las respectivas esferas, estatal y supranacional, que son, con distinto origen y naturaleza, de un mismo sentido constitucional (Walker, 2002: 337; Häberle, 2002: 123 y ss.).

El procedimiento por incumplimiento no es ajeno a esa dimensión constitucional, en general porque sirve para afianzar la efectividad del derecho de la Unión en los Estados y en particular porque también logra la de principios normativos que son constitucionales. El recurso por incumplimiento incentiva la prioridad de los mandatos supranacionales y desincentiva su desatención. La prevalencia del derecho de la Unión se articula en los recursos por incumplimiento a través de las declaraciones de infracción del principio de cooperación leal o del de solidaridad. Estos son principios generales del derecho de la Unión que comprometen a los Estados miembros a respetar ese orden de prioridades y se emplean para realizar los juicios de adecuación de carácter abstracto que se incluyen, cuando así lo exige la composición fáctica y normativa del asunto, en los fallos de incumplimiento (Materne, 2012: 182 y 186).

La supervisión política de la Comisión sirve para realizar una vigilancia y, en su caso, llevar a sede judicial el control de conformidad de las actuaciones nacionales con los parámetros y principios fundamentales del derecho de la Unión. Se trata, en definitiva, de un mecanismo útil para perfeccionar y afianzar la integración constitucional dentro de los ámbitos de competencia y atribuciones de la Unión. Sin embargo, desde el punto de vista normativo no estaría justificado que en un procedimiento por incumplimiento se proyectasen sobre los Estados parámetros de control o adecuación constitucional fuera de los que son propios de las relaciones entre el derecho de la Unión y los Estados miembros. Cierto es que, en una situación de ruptura con valores constitucionales compartidos en un Estado miembro, los principios de cooperación leal y confianza mutua se verían afectados (Closa *et al.*, 2016: 2). Pero la denuncia de incumplimiento ha de anudarse a una obligación de derecho de la Unión concretable y conectarse con ámbitos de competencia y acción propios del orden supranacional. Haciendo un paralelismo instrumental con procedimientos de control de constitucionalidad en Estados descentralizados, podría decirse que a través del recurso por incumplimiento siempre se estaría exigiendo la conformidad constitucional desde una comprensión competencial y conflictual (Rubio Llorente, 1992: 20), poniendo a la Unión frente a los Estados miembros. Si a través del incumplimiento se va a escrutar el respeto a

los valores constitucionales, la realización democrática del Estado, el imperio de la ley y los derechos fundamentales, la controversia debe ubicarse dentro de los ámbitos de competencia y anudarse a la efectividad del derecho de la Unión. Fuera de ahí, los derechos y los valores democráticos son exigencias constitucionales internas, de los Estados, reflejadas en los tratados constitutivos.

La dimensión constitucional del incumplimiento está sujeta a esa pluralidad, que constituye el orden jurídico de la comunidad (Hesse, 2001: 6). Al mismo tiempo está condicionada por la ausencia de un pacto constitucional único (Groppi, 2005: 35)³³. De tal pluralidad no puede prescindirse, para hacer un juicio abstracto en un conflicto de derechos fundamentales, sin vulnerar sus fundamentos. Las condiciones de conformidad con principios democráticos y derechos fundamentales no son exclusivas del orden supranacional y no deberían proyectarse desde la Unión sobre los Estados sin más. El derecho de la Unión indica las formas y límites de la acción de sus instituciones y también los de los Estados cuando actúan dentro del ámbito de eficacia del mismo, pero incluso entonces habrá casos en los que los referentes de constitucionalidad no puedan establecerse prescindiendo de la constitución del Estado miembro. Esa constitución, por estar reflejada en los tratados, se entiende adscrita al orden plural y habrá de responder a las condiciones que puedan exigírsele desde el derecho de la Unión (Cruz Villalón, 2016b: 26), pero también habrá de ser respetada por este³⁴. Llevar el control jurídico de conformidad que propicia el recurso por incumplimiento al terreno de los principios democráticos y los derechos fundamentales es una operación delicada (Von Bogdandy *et al.*, 2018: 990). Prueba de ello es que cuando esto se analiza en relación con el retroceso de garantías democráticas en algunos Estados miembros, salen a la luz otras cuestiones reflejas: las formas y límites de la acción de la Unión en el orden plural, su sujeción al principio de legalidad, su

³³ Poiares Maduro (2004: 16) hablaba de un «constitucionalismo incremental» en la Unión Europea: «No el producto de un momento constitucional, sino de un desarrollo judicial y político paso a paso, a menudo construido por referencia a fuentes constitucionales estatales. Fue producto tanto de desarrollos intergubernamentales, en la forma de reformas de los Tratados, como de interpretación constitucional del Tribunal de Justicia Europeo, en cooperación con circunscripciones de actores jurídicos y políticos de carácter nacional y supranacional».

³⁴ De hecho, como explica Azpitarte Sánchez (2016: 944) y de manera inversa, aunque el derecho de la Unión conforme «un ordenamiento con su propia norma suprema, sistema de fuentes y garantía jurisdiccional» es precisamente esto «lo que explica en gran medida que sus instituciones no se sientan vinculadas a las constituciones nacionales» aunque «en ellas esté la causa primera de la existencia de la Unión».

deficiente legitimación democrática y las exigencias de reciprocidad existentes entre los distintos complejos normativos de naturaleza constitucional (Weiler, 2016: 314).

III. SOBRE EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN ANÁLISIS ABSTRACTO

Los derechos fundamentales son una de las partes de esa pluralidad constitucional del espacio europeo en las que la bidireccionalidad y las sinergias normativas son máximas. La adhesión de los Estados a la Unión exige el respeto a los derechos fundamentales en un pacto de reciprocidad. El control del efectivo respeto a los derechos en los Estados miembros a través del recurso por incumplimiento surge como necesidad por una crisis de ese pacto. A continuación, se analizarán las formas y límites del escrutinio que, con el fin de superar tal crisis, propiciaría ese marco procedimental.

1. ASPECTOS SUSTANTIVOS: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CAUSA DE INCUMPLIMIENTO

De entrada, no existe objeción: los derechos fundamentales de la Unión son normas que pueden alegarse como causa de incumplimiento frente a un Estado miembro. Existen matices, pero, en primer lugar, si las disposiciones de los tratados se invocan como causas de incumplimiento, nada impide hacerlo con los derechos de la Carta. Son normas de derecho primario (Matterne, 2012: 180 y 182). En segundo lugar, puede haber normas de derecho derivado que obliguen a los Estados miembros a implementar garantías para ciertos derechos fundamentales, como ocurre con la intimidad y la protección de datos o con garantías procesales aparejadas a la cooperación judicial³⁵. Un desarrollo incorrecto de este tipo de mandatos, al transponer una directiva, ejecutar la norma de transposición, aplicar un reglamento o una decisión, entrará en contradicción con la Carta y el art. 51 avalará la denuncia. Un

³⁵ Un ejemplo reciente es el conjunto de procedimientos abiertos por la Comisión, en mayo de 2018, contra distintos países en relación con la Directiva (EU) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 sobre el afianzamiento de ciertos aspectos relativos a la presunción de inocencia y al derecho a estar presente en el juicio en los procesos penales. Los números de procedimiento son los 20180108, 20180110, 20180112, 20180113, 20180115, 20180116, 20180117, 20180120, 20180121 y 20180122.

ejemplo es la sentencia de 8 de abril de 2010, *Comisión/Hungría*, en la que la remoción anticipada de la autoridad de protección de datos se ponía en relación con una regla clara, del art. 8 de la Carta, sobre la garantía institucional de ese derecho³⁶. En tercer lugar, si se echa la vista atrás, la Carta tampoco ha supuesto la incorporación desde cero de los derechos fundamentales en el sistema de la Unión. En tanto principios generales ya eran alegables como causa de incumplimiento, al igual que cualquier otro principio general (Gormley, 2017: 74)³⁷.

El primer matiz surge, precisamente, en relación con esa naturaleza originaria de los derechos en la Unión. Los derechos han sido y son invocables como principios generales, pero el recurso a principios generales como causa de incumplimiento se sujeta a ciertas condiciones. En primer lugar, esa invocación está condicionada por la necesidad de que exista una obligación jurídica incumplida que se desprenda del derecho originario o derivado y que esté conectada con el principio general. La generalidad de los principios dificulta mucho que protagonicen por sí mismos, a modo de única causa, un recurso de la Comisión. Así lo confirma la práctica hasta el momento (Prete, 2017: 72; Materne, 2012: 181)³⁸. Por tanto, si es así para principios como el de confianza mutua, también lo es para las normas de principio derivadas de los derechos fundamentales.

En el mismo orden de cuestiones, es preciso recordar algo, haciendo una matización adicional. Y es que la invocación de las disposiciones de la Carta no podría desvincularse del ámbito de aplicación del derecho de la Unión cuando se confrontan con una actuación u omisión estatal. Es la condición que pone el art. 51 de la Carta. Además, la interpretación de esta cláusula, en un principio extensiva, con posterioridad a *Fransson* ha sido precisada por el

³⁶ Sentencia de 8 de abril de 2010, *Comisión/Hungría*, C-288/12, EU:C:2014:237. Traía causa del procedimiento de incumplimiento núm. 20122011 y tenía como precedentes las sentencias de 9 de marzo de 2010, *Comisión/Alemania*, C-518/07, EU:C:2010:125; y de 16 de octubre de 2012, *Comisión/Austria*, C-614/10, EU:C:2012:631.

³⁷ Ejemplos son las sentencias de 18 de mayo de 1989, *Comisión/Alemania*, C-249/86, EU:C:1989:204; y de 27 de noviembre de 2001, *Comisión/Austria*, C-424/99, EU:C:2001:642.

³⁸ No ha habido, hasta la fecha, un incumplimiento denunciado por la Comisión o resuelto por el Tribunal que solo haya tenido apoyo en un principio abstracto como el de cooperación leal del 4.3 TUE (Gormley, 2017: 76). La Sentencia de 19 de febrero de 1991, *Comisión/Bélgica*, C-374/89, EU:C:1991:60, apdos. 12-17, basa el fallo en el principio de cooperación leal, pero el principio va precedido por una obligación de comunicación establecida en una directiva (Prete, 2017: 77).

Tribunal de Justicia en el seno de procesos prejudiciales. Ahora resulta algo más contenida³⁹. Esa condición, la vinculación al derecho de la Unión, se proyectaría sobre toda norma iusfundamental contenida en la Carta, principio o regla, para poder ser aplicable en un juicio por incumplimiento.

Frente a esta visión, que limita el recurso a los derechos como causa de incumplimiento, cierta doctrina ha acudido al concepto de ciudadanía europea, y al art. 9 TUE, entendiendo que la violación de la sustancia de los derechos ciudadanos permitiría afirmar que los derechos de la Carta están siempre protegidos desde el ámbito supranacional, incluso en situaciones meramente internas (Von Bogdandy *et al.*, 2012: 491). La propuesta inicialmente se había dirigido a los jueces estatales, a quienes se hace un llamamiento para que amparen situaciones individuales. En su origen, por tanto, no instaba a la Comisión para que emplease tales argumentos en recursos por incumplimiento (Von Bogdandy *et al.*, 2012: 491). Más adelante, sin embargo, la propuesta se reformula y se postula aplicable a procesos por incumplimiento (Von Bogdandy *et al.*, 2017: 223), sin terminarse de conciliar la contradicción creada con el mandato del art. 51 de la Carta. Al margen de ese inconveniente, habría que volver a insistir en las diferencias entre los distintos procesos jurisdiccionales en los que se trata la cuestión del cumplimiento obligado de los mandatos iusfundamentales de la Unión en los Estados miembros. Son controversias que no se estructuran procesalmente ni pueden articularse hermenéuticamente de la misma manera. No es lo mismo hablar de derechos en una situación de control concreto e individual —como el que supone la tutela de los derechos subjetivos por jueces estatales o incluso, en cierto sentido, la cuestión prejudicial—, que en el marco objetivo del procedimiento de incumplimiento.

Así se evidencian dos aspectos de particular influencia en la manera en la que los derechos son alegados como causas de infracción del derecho de la Unión: una la ligada a los mandatos del art. 51 de la Carta y otra ligada al cauce procesal en el que se invocan. Y no hay que olvidar que, hasta ahora, los derechos fundamentales en la Unión han sido objeto casi exclusivo de interpretación prejudicial.

Respecto al primer aspecto, incluso dentro de esa originaria concepción amplia del ámbito de aplicación como efectividad, la que se deduce de *Fransson*,

³⁹ Se ha excepcionado la aplicación de la Carta en casos como los siguientes: sentencias de 15 de noviembre de 2011, Dereci, C-256/11, EU:C:2011:734; de 8 de noviembre de 2012, Iida, C-40/11, EU:C:2012:691; y de 6 de marzo de 2014, Siragusa, C-206/13, EU:C:2014:126; de 27 de marzo de 2014, Torralbo Marcos, C-265/13, EU:C:2014:187; de 10 de julio de 2014, Julián Hernández y otros, C-198/13, EU:C:2014:2055; de 1 de diciembre de 2016, Daoudi, C-395/15, EU:C:2016:917.

hay un límite o más bien una exigencia: la vinculación a una esfera de competencia atribuida. Si es así en el ámbito prejudicial, no debe serlo menos en el ámbito del recurso por incumplimiento. De hecho, mucho más estricta si cabe es la exigencia de vinculación en el segundo caso. Según establece el mismo art. 51 en su segundo párrafo, la Carta no amplía el campo de aplicación de las normas supranacionales y tampoco crea competencia o misión nueva para la Unión ni modifica las existentes. La mención del principio de subsidiariedad en el párrafo primero recuerda que el ejercicio de competencias de la Unión somete a escrutinio la justificación de la mayor eficacia de la medida supranacional para lograr objetivos de la integración, es decir, previstos en los Tratados o en las normas de derecho derivado. La invocación de los derechos de la Carta fuera de esas coordenadas es difícil de articular, pues supondría perseguir la infracción de los derechos fundamentales sustancialmente compartidos entre la Unión y los Estados más allá de los márgenes del art. 51. Como misión específica de la Comisión recogida en el Tratado de Lisboa, el recurso al art. 2 TUE tendría que confrontarse con la dicción literal del art. 51 de la Carta, donde se especifica que los derechos no crean misión ni competencia nueva. Ello a no ser que se acepte la idea de que ese art. 2 contiene un mandato, y crea una obligación para los Estados miembros, directamente exigible a estos por parte de la Comisión (Schmidt y Bogdanowicz, 2018: 1080).

Respecto al cauce procesal, las diferencias entre la cuestión prejudicial y el recurso por incumplimiento impiden trasladar de una a otro, sin más, las pautas conforme a las cuales los derechos fundamentales son invocados ante el TJUE, interpretados por este y, en suma, garantizados. Por un lado, las concepciones extensivas de la aplicabilidad de los derechos de la Carta nacen aparejadas a contextos prejudiciales en los que los derechos fundamentales de la Unión se impregnan de los contenidos normativos de la primacía y el efecto directo, que son los principios que permiten invocarlos y los hacen prevalecer frente a actuaciones de los Estados miembros. Primacía y efecto directo nacen también en el curso de cuestiones prejudiciales, cuando dada una controversia de hecho se desencadena un conflicto jurídico, de validez o interpretación, en el que están implicadas pretensiones particulares y de particulares. Los beneficios de primacía y efecto directo, en su relación con los derechos fundamentales, corresponden a un actor procesal que singularmente reivindica el reconocimiento de una posición jurídica que le reconoce el derecho de la Unión y, sobre esa base, pide la protección de un derecho o interés a través del principio de aplicación preferente. Esa protección se realiza bien a través de la aplicación directa de la disposición supranacional, desplazando la

acción del Estado, bien a través de un mandato interpretativo de efectividad⁴⁰. En definitiva, lo que hace aplicables de manera preferente a los derechos en la cuestión prejudicial son las condiciones del procedimiento, apoyadas en los principios de primacía y efecto directo o de efectividad. No se trata, por tanto, o no solo, de si la norma iusfundamental tiene aplicabilidad directa, sino del contexto en el que es invocada.

Pues bien, la invocación de la norma iusfundamental tiene un cariz distinto cuando es la Comisión la que la efectúa. La Comisión no es un particular, no defiende un interés ni un derecho propio, sino el interés general de la Unión (Prete, 2017: 35). Y ni siquiera es un defensor del pueblo, con la función de proteger los derechos, o un ministerio fiscal. Es una institución de la Unión y, como tal, no es apolítica. Tiene, además, una misión proactiva: profundizar en la integración. La posición que se reivindica en el incumplimiento, por tanto, no es la de un individuo frente al Estado infractor, pues es un recurso de naturaleza objetiva (Prete, 2017: 34-41). Por tanto, esa reivindicación de la Comisión no está mediatizada, no en el mismo sentido que la de un particular, por los principios de efecto directo y primacía, pues la posición que se reivindica es la de la misma norma iusfundamental que, en efecto, puede estar siendo desatendida o vulnerada, pero de la que no se deriva ningún derecho subjetivo cuya defensa esté representada en el procedimiento. En esa distinta composición subjetiva y objetiva del conflicto jurídico, el principio de competencia, ínsito a los de efecto directo y primacía pero distinto de aquellos, tiene mayor presencia que en una demanda prejudicial. Los derechos fundamentales supranacionales son inseparables, o más aún, de la identificación de la competencia de la Unión, que ha de ser clara, y de la puesta en relación de la misma con el derecho fundamental dañado. Los derechos de la Carta no pueden tener aplicabilidad directa ni efectividad fuera de esos márgenes⁴¹, pues más allá de ellos su garantía corresponde al orden constitucional estatal.

En definitiva, cuando se observa el cuadro de aplicación de los derechos supranacionales a la luz de estos matices, se aprecia que la hermenéutica de los derechos va a responder, en el incumplimiento, a una lógica abstracta frente a la lógica concreta de lo prejudicial. Esa lógica abstracta obliga a anudar la denuncia de desatención de los derechos de la Unión a otra disposición

⁴⁰ Sobre el hermanamiento entre el efecto directo y la invocación por particulares véase el trabajo de Winter (1972: 438). Sobre la relación entre primacía, efecto directo y eficacia indirecta o efectividad, los de Dougan (2007) y Claes (2006: 100).

⁴¹ Sin perjuicio de que las desviaciones sistemáticas de los principios democráticos en un Estado miembro puedan llevar a activar, como en el caso de Polonia, el mecanismo político del art. 7 del TUE.

supranacional que los conecte con el principio de competencia. En ausencia de una invocación del derecho fundamental dañado en su dimensión subjetiva, efecto directo y primacía se contraen. En tal contexto, solo a través del de competencia se llega al principio general de efectividad en el que se basa la preferencia en la aplicación y, en este caso, la coerción⁴². Y dado el fuerte componente político del procedimiento por incumplimiento, con el protagonismo de la Comisión, la observancia de los límites debe ser de lo más estricta.

2. ASPECTOS PROCESALES, ESTRUCTURA Y PRÁCTICA DEL PROCEDIMIENTO POR INCUMPLIMIENTO: DIFICULTADES PARA SU CONSIDERACIÓN COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este análisis abstracto, una revisión de ciertos aspectos del procedimiento desde el punto de vista de los derechos fundamentales, o de sus virtualidades para darles garantía, pondría de relieve particularidades de importancia. La primera, como se ha anticipado, está relacionada con la legitimación procesal y con una práctica en la que, sin apenas denuncias por incumplimiento entre Estados miembros, la Comisión monopoliza la iniciativa. Mediante esa iniciativa realiza, en parte, su misión de hacer respetar los Tratados e impulsar la integración. En el incumplimiento el componente político de la controversia es determinante, cosa que no ocurre, con excepciones, en el curso de una remisión prejudicial⁴³.

En efecto, el procedimiento de incumplimiento pone a una institución de la Unión frente a un Estado miembro. Y, como puede intuirse, el proceso de incumplimiento no funciona sobre la base de los equilibrios propios de un esquema de separación federal de poderes, sencillamente porque no existe separación federal de poderes en el sistema de relación entre Estados y Unión. Existen equilibrios, atribución de facultades a la Unión y reservas de competencia a los Estados, trabadas estas en los diferentes procesos de toma de decisión a través de técnicas diversas: las mayorías reforzadas y las minorías de bloqueo en el Consejo, la participación del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo, la superposición del Consejo Europeo y su tutela indirecta de la actividad de la Comisión, y la acción de impulso político y

⁴² Sobre el principio general de eficacia como base para la afirmación jurisprudencial del efecto directo, véase el trabajo de Pescatore (2015).

⁴³ Un juez ha de solventar un asunto en el que la interpretación o la validez del derecho de la Unión son clave. Un particular reclama al juez la protección de su derecho o interés.

normativo de esta. En tal contexto, una denuncia por infracción de derechos fundamentales no se basa ni en el juego de unas minorías defendiendo una comprensión de los derechos frente a mayorías ni en el de un Gobierno federal reclamando el respeto a las cláusulas iusfundamentales de la Constitución. Se trata de una institución con una misión específica, la integración, que defiende los derechos fundamentales en la medida en que sirven a esta, en la medida en que están vinculados al ejercicio de competencias atribuidas y en la medida en que su garantía es fundamental para mantener la cohesión en el espacio constitucional europeo.

Para que el procedimiento de incumplimiento adoptase una caracterización autónoma como mecanismo de garantía de los derechos fundamentales, habría que reconsiderar la propia caracterización de la Comisión, repensar su papel dentro de los equilibrios entre Unión y Estados y entre instituciones. O bien sería preciso ampliar la legitimación activa para impulsar una demanda por incumplimiento a otro tipo de actores, superando los problemas técnicos que esto conllevaría en relación con la fase precontenciosa. Ambos cambios a la vez sería la tercera propuesta. La apertura a otros actores podría concretarse en algún órgano constitucional, como una defensoría del pueblo fuerte, o, un ideal difícil de instrumentalizar, en los particulares como verdaderos titulares de los derechos⁴⁴.

Otras peculiaridades del procedimiento por incumplimiento también lastran su instrumentalización para dar garantía a los derechos. En relación con la dimensión política y con la práctica del mismo, la discrecionalidad de la que goza la Comisión a la hora de perseguir determinadas infracciones de derecho de la Unión es un efectivo demérito. Resulta evidente que la idea de discrecionalidad no ofrece garantía alguna para la efectiva defensa de los derechos fundamentales de la Unión, en caso de infracción de los mismos en un Estado miembro, y casi resulta contradictoria con ella. Si esa defensa se hace o no dependiendo de apreciaciones de la Comisión, los derechos fundamentales pueden ser una moneda de cambio. A excepción de las cuestiones técnicas relacionadas con la transposición de directivas, cuestiones que sean obvias como los plazos, la decisión de impulsar un recurso por incumplimiento para proteger los derechos fundamentales, o de no hacerlo, apenas tiene por qué ser motivada. Políticamente, además, la falta de transparencia (Prete, 2017: 350), el carácter confidencial y la reserva que rodea a toda la fase precontenciosa, de la cual apenas si se da noticia a través de notas de prensa para facilitar las ne-

⁴⁴ Véase la reflexión sobre la nula capacidad de acción que tienen los titulares de los derechos en este ámbito y las sugerencias que presenta De Schuter (2017: 46).

gociaciones con el presunto infractor (Koops, 2014: 132), no son apropiadas para un procedimiento de protección de derechos fundamentales.

Aún en relación con el papel de la Comisión, hay que volver a llamar la atención sobre esa práctica de la antes Alta Autoridad, más o menos frecuente, de instrumentalizar el procedimiento por incumplimiento como estrategia de integración encubierta (Héritier, 2015: 358). Por una parte, si se tratase de conseguir que en un Estado miembro se alcance un objetivo de integración relacionado con la garantía de los derechos fundamentales, presentar ante el Tribunal de Justicia una demanda de incumplimiento constituiría un mecanismo útil. El Tribunal de Luxemburgo podría llegar a fijar reglas específicas de garantía de esos derechos, con la eficacia y cauces que ello abre, sanciones del 260 TFUE y recurso a los jueces estatales, para obligar al Estado infractor a enmendar la situación lesiva. Esto no significaría que la denuncia o la resolución del TJUE pudieran desvincularse del ámbito de aplicación del derecho de la Unión, remitiendo a lo dicho sobre la vinculación de los derechos fundamentales a la atribución de competencias. Sí significaría, y sin embargo, que a través de una sentencia de incumplimiento el TJUE ayudaría a concretar reglas de aplicación de las normas iusfundamentales a situaciones concretas de transposición o ejecución de derecho de la UE. Por otra parte, y no obstante, más delicado para el TJUE sería actuar a favor de la efectividad de los derechos en un escenario como los que a veces sirven para ámbitos de integración determinados por competencias atribuidas, por ejemplo, cuando la contravención se refiere a libertades económicas y se opera directamente desde el Tratado, sin derecho derivado de desarrollo (Héritier, 2015: 362). Se trataría de un escenario-tipo en el que, desde una directriz de *soft law*⁴⁵ de la Comisión, con el fin principal de promover la garantía de los derechos en los Estados miembros, el Tribunal llegara a declarar un incumplimiento por contravenir un derecho de la Carta sin justificar conexiones adicionales con derecho vigente de la Unión.

En definitiva, si se utilizase una estrategia tal de integración encubierta, llevándola más allá de los parámetros de la esa composición plural del constitucionalismo de relación entre Unión y Estados, el resultado se arriesgaría a dar la razón a algunos tribunales constitucionales, certificando una actuación *ultra vires* de la Unión. Por tanto, si bien el procedimiento de incumplimiento podría adoptar una caracterización particular como mecanismo de garantía de los derechos fundamentales, aprovechando las sinergias ya desarrolladas en torno al mismo y que sin duda sirven al proyecto de integración, darle una aplicación más extensiva, o más allá de obligaciones jurídicas especificadas en normas de derecho de la Unión, obligaría a modificar los parámetros

⁴⁵ Sobre la función de «europeización» del *soft law* y sus límites: Peters (2011: 34).

suministrados por el art. 51 de la Carta. Aprovechar esas sinergias, no obstante, requeriría mantener inalteradas la posición y facultades de la Comisión en relación con el recurso de incumplimiento, que es lo que es por el impulso de esta, lo cual se pone en contradicción esta reflexión con algunas de las efectuadas más arriba.

Por fin, en relación con la fase contenciosa, un aspecto más sería el de la eficacia de un posible fallo del Tribunal de Justicia declarando la contravención de los derechos fundamentales en un Estado miembro. Si se la compara con una prejudicial, la de incumplimiento no se trataría de una sentencia con efectos sobre un caso particular que, siguiendo la interpretación del Tribunal de Justicia, implementaría un juez estatal. Consistiría, sin embargo, en una resolución declarativa con un modo de coerción indirecta sobre el Estado infractor. La definitiva ejecución de la misma solo dependería de las autoridades estatales, si bien, como se ha repetido, se haría factible la exigencia de responsabilidad al Estado y la demanda de aplicación de sus conclusiones, de nuevo, ante los tribunales internos. Es en esa dinámica en la que residiría la ya comentada propuesta doctrinal sobre la instrumentalización del incumplimiento para hacer efectivos los derechos (Von Bogdandy *et al.*, 2017). En tal sentido habría una asimilación con las formas del *stare decisis*, como control de constitucionalidad difuso, bajo unas condiciones favorables de colaboración por parte de los jueces estatales. En caso de que la justicia estatal también desoyese el juicio de Luxemburgo, se podría acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y obtener una nueva sentencia que insistiese en el desvalor de la conducta estatal, pero habría que pensar que, llegados a ese punto, la solución a las infracciones de derechos tendría que haber tomado ya otro cauce, el del art. 7 TUE, que en efecto podría activarse de forma paralela a la de las demandas de incumplimiento (Schmidt y Bogdanowicz, 2018: 1070-1073).

IV. SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN PROCEDIMIENTOS POR INCUMPLIMIENTO EN UN ANÁLISIS CONCRETO: EL DESMANTELAMIENTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN HUNGRÍA Y POLONIA

Para finalizar, un análisis de algunos procedimientos de incumplimiento en los que los derechos fundamentales se señalan como causa de infracción del derecho de la Unión cerrará este estudio, a la espera de que próximos desarrollos de la cuestión ayuden a completarlo. Como se anunció, el análisis tendrá su foco en asuntos en los que la Comisión ha abierto procedimientos por incumplimiento contra Hungría y Polonia, dada la desatención por parte de sus autoridades a ciertas garantías propias del Estado de derecho. El elemento

común a estos casos es que se impugnan leyes de los Parlamentos nacionales que no han sido aprobadas en desarrollo directo del derecho de la Unión, circunstancia que obliga a considerar, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, la subrogación del TJUE en la competencia objetiva de los jueces constitucionales estatales para revisar la adecuación constitucional de esas leyes.

1. HUNGRÍA

La preocupación por la situación de las garantías democráticas en Hungría, que ha venido siendo objeto de denuncia en los últimos años (FIDH, 2016), se ha agudizado recientemente con la renovación en el poder de Viktor Orbán tras las elecciones de abril de 2018. El pasado 12 de septiembre el Parlamento Europeo aprobó por amplia mayoría una propuesta⁴⁶ para activar contra Hungría la primera fase del art. 7 del TUE, de modo que el Consejo determine la existencia del riesgo claro de violación de los valores democráticos del art. 2 TUE. El Gobierno húngaro ha anunciado que recurrirá la votación parlamentaria ante el TJUE. Mientras tanto, Hungría tiene pendientes dos procesos de incumplimiento por asuntos relativos a derechos fundamentales, ambos en plena fase contenciosa. Uno se refiere a la financiación extranjera de organizaciones no gubernamentales que actúan en Hungría y el otro a la estructura empresarial de instituciones internacionales de educación superior con sede en ese país⁴⁷.

El primer asunto, remitido ya al TJUE como asunto C-78/18, expone que la causa de incumplimiento invocada para promover la acción judicial es la libertad de circulación de capitales consignada en el art. 63 del TFUE. La apertura del procedimiento, en su fase precontenciosa, fue en octubre de 2017. Estuvo motivada por la entrada en vigor de la ley que regula la financiación de organizaciones no gubernamentales, donde se introducían obligaciones para aquellas que recibieran fondos del extranjero en una suma anual superior a veinticuatro mil euros. Esas obligaciones consisten en el deber de registrarse

⁴⁶ Informe del Parlamento Europeo, Comité de Libertades Civiles, Justicia e Interior, 2017/2131(INL), «Sobre una propuesta instando al Consejo para determinar, de acuerdo con el artículo 7(1) del TUE, la existencia de un riesgo claro de una seria ruptura de los valores en los que se funda la Unión»; 11-04-2018. El texto final aprobado en el Parlamento Europeo no había sido publicado aún en la fecha de la última redacción de este artículo. La nota de prensa oficial está disponible en: <https://bit.ly/2Eb7IVe>.

⁴⁷ Procedimiento de incumplimiento número 20172110, asunto pendiente Comisión/Hungría, C-78/18; y procedimiento de incumplimiento número 20172076, asunto pendiente Comisión/Hungría C-66/18.

y etiquetarse a sí mismas, en sitios web y publicaciones impresas, como organizaciones financiadas desde el extranjero. Estas organizaciones no gubernamentales también han de suministrar información específica a las autoridades húngaras sobre la financiación que reciben del extranjero, incluyendo datos personales de ciertos donantes. Los datos se incluirían en un registro especial de acceso público. Las organizaciones concernidas se enfrentarían a sanciones si incumplieran estas obligaciones de registro, información y transparencia. Para la Comisión estas medidas suponen una discriminación indirecta y desproporcionada de la libertad de circulación de capitales, ya que afectan exclusivamente a las donaciones extranjeras, incluidas las de otros Estados miembros. La discriminación se identifica con el efecto inhibitorio provocado por la cantidad de formalidades y cargas administrativas, que pueden producir, incluso, efectos estigmatizadores sobre receptores y donantes. En relación con esto, entiende la Comisión que se vulneran los derechos fundamentales a la libertad de asociación, intimidad y protección de datos personales previstos en los arts. 12, 7 y 8 de la Carta.

El caso de las instituciones de educación superior, admitido por el TJUE como C-66/18, se trata de otra ley húngara que modifica la ley de enseñanza superior, imponiendo nuevos requisitos a las instituciones educativas extranjeras. Son requisitos de distinto tipo, relativos a la denominación de esas instituciones, a la necesidad de acuerdos bilaterales con los países que no pertenezcan al Espacio Económico Europeo para poder ofrecer servicios de educación en Hungría, a la obligación de proveer servicios educativos también en el país de origen de la institución y otras exigencias como el registro y autorización. Entiende la Comisión que esa ley infringe las libertades de establecimiento y de libre provisión de servicios de los arts. 49 y 56 TFUE. Sostiene que se contraviene la Directiva 2006/123/CE de servicios en el mercado interior, en su art. 16, que desgrana los elementos de la libertad de prestación de servicios. Afirma, por fin, que se vulneran los derechos fundamentales a libertad de enseñanza, educación y libertad de empresa de los arts. 13, 14 y 16 de la Carta.

Como se puede comprobar, en ninguno de los dos casos la invocación de los derechos fundamentales es directa y mucho menos autónoma, sino que se pone en relación con las libertades fundamentales de la Unión y, en el caso de la enseñanza, también con una disposición de derecho derivado. Se proporciona, por tanto, una conexión con el ámbito de acción supranacional tal como exige el art. 51 de la Carta. En coherencia, lo lógico es que el Tribunal de Justicia aborde estos casos sobre la base de la hermenéutica habitual, que consistiría en determinar, primero, la existencia de un conflicto en relación con el ejercicio de las libertades fundamentales del Tratado, en el segundo caso apoyándose en la directiva. Dada la expansiva interpretación de las libertades que lleva haciendo el TJUE desde sus orígenes, y en especial desde los años

ochenta, es más que probable que en ambos casos se admitiese que hay limitaciones a las mismas. En el test de incumplimiento podría ser concluyente la identificación del elemento discriminatorio por razón de nacionalidad, presente en ambos supuestos, que si se califica como discriminación directa determina la infracción de las libertades económicas. En caso de discriminación indirecta, la clave estaría en el escrutinio de la proporcionalidad de la medida.

Si el Tribunal desestimase la infracción de las libertades, el asunto concluiría ahí, no habiendo cabida para el escrutinio autónomo de la conformidad iusfundamental de las leyes húngaras. Pero en caso de que el Tribunal declarase que hay afección y vulneración de las libertades económicas, habría que ver cómo afronta la cuestión de los derechos fundamentales. Una posibilidad sería que el juez europeo terminase su pronunciamiento ahí, dando por sentado que la declaración de incumplimiento obliga a modificar las leyes infractoras para hacerlas compatibles con las libertades fundamentales. Solucionado ese desajuste, el de los derechos fundamentales iría de suyo. La otra, que dada la coyuntura que atraviesan las relaciones entre la Unión y el Estado húngaro igual se acaba llevando adelante, sería que el TJUE aprovechara su sentencia para determinar los elementos de las medidas discriminatorias de libertades que vulneran los derechos fundamentales de la Unión, pudiendo crear, así, reglas iusfundamentales impeditivas y precluyentes en relación con el derecho estatal, invocables por los particulares ante la jurisdicción interna.

No obstante, el Tribunal se situaría ahí en una posición delicada. Como se ha comentado, los recursos se dirigen frontalmente contra leyes formales del Parlamento que no han sido directamente aprobadas en transposición, desarrollo o aplicación del derecho de la Unión, por lo que, de entrar a conocer el tema de los derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia tendrá que realizar un control de constitucionalidad en sentido pleno. Es decir: tendrá que declarar la adecuación o no de las medidas legislativas limitativas de las libertades comunitarias a los derechos fundamentales. En definitiva, por ese camino el Tribunal de Justicia llegaría a realizar las funciones propias de los tribunales constitucionales internos, al menos desde un punto de vista material. La situación se prefigura como una especialmente comprometida. Teniendo en cuenta esto, pudiera ser que el juez europeo optase por la primera vía y concluyera su pronunciamiento declarando la infracción de las libertades económicas y sin entrar en la cuestión de los derechos fundamentales. Pero, dado que en los procedimientos contra Polonia la cuestión de los derechos adopta matices distintos, también podría el TJUE aprovechar para definir una postura fuerte en la defensa de los derechos fundamentales a través del incumplimiento.

2. POLONIA

En Polonia, el pulso del Ejecutivo estatal con la judicatura llevó a la Unión a activar en diciembre de 2017, y por primera vez, la fase inicial del art. 7 TUE, tras el infructuoso esfuerzo de la Comisión por conseguir que el Gobierno polaco rectificase a través de una recomendación, en el marco de su acción para proteger el Estado de derecho (Von Bogdandy *et al.*, 2018: 987). Modificaciones del papel del Consejo Nacional del Poder Judicial polaco, encargado de la salvaguarda de la independencia de los jueces; nombramientos polémicos de miembros del Tribunal Constitucional y negativa de este a publicar ciertas resoluciones; jubilaciones forzosas de jueces y designaciones políticas de tribunales... son algunas de las medidas controvertidas por afectar a la separación de poderes y a las garantías del Estado de derecho⁴⁸. Dado que la organización del poder judicial no es materia atribuida, la vía política del art. 7 es la apropiada, pero la Comisión no ha renunciado a canalizar también el conflicto desde una perspectiva jurídica, vinculándolo con la efectividad del derecho de la Unión a través del principio de independencia judicial como elemento del derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁹.

En efecto, la Comisión tiene abiertos dos procedimientos de incumplimiento en los que impugna leyes polacas que modifican las edades de jubilación de los jueces y que incorporan mecanismos para permitir que, llegada la edad fijada, estos permanezcan en su cargo a criterio del Gobierno⁵⁰. El segundo de ellos es reciente y se encuentra en fase precontenciosa. Se refiere a los jueces del Tribunal Supremo, cuya edad activa se reduce *ope legis* en cinco años, de setenta a sesenta y cinco, sin perjuicio de que el presidente de la República decida prolongar su mandato. La Comisión lo ha activado por la vía de urgencia, para elevar cuanto antes el recurso al TJUE. Mientras, en Polonia, el Tribunal Supremo elevó en agosto de 2018 una cuestión prejudicial al TJUE sobre la adecuación de tal ley al principio de independencia judicial del art. 19 TUE y sobre la interpretación de la Directiva 2000/78 que incluye la no discriminación por edad. El Supremo ha suspendido la aplicación de la ley (Sikora, 2018), adelantándose así a la posibilidad de que la Comisión

⁴⁸ Recomendaciones (UE) 2016/1347, 2017/146 y 2017/5320 de la Comisión por lo que respecta al Estado de derecho en Polonia.

⁴⁹ Taborowski (2018) consideró en un primer momento que el procedimiento por incumplimiento era un paso atrás de la Comisión respecto al lanzamiento del art. 7 TUE. No obstante, el desarrollo hasta ahora de los procedimientos parece desmentir esa impresión, que abriría una vía paralela a la del art. 7.

⁵⁰ Procedimientos por incumplimiento número 20172119 y 20172121. El primero es el asunto pendiente Comisión/Polonia, C-192/18. El segundo el C-619/18.

solicítase al juez europeo una medida cautelar suspensiva de la misma ley cuando presentase la demanda de incumplimiento⁵¹.

El primer asunto, sobre la jubilación de los jueces ordinarios, se encuentra más avanzado y en manos del TJUE como asunto C-192/18 (Schmidt y Bogdanowicz, 2018: 1093-1099). El planteamiento de ambos es paralelo. La Comisión parte de la discriminación por razón de sexo, al establecerse una edad diferente para la jubilación de las juezas, sesenta, y de los jueces, sesenta y cinco. Afirma que la reforma del poder judicial contraviene el art. 157 TFUE y la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de género en materia laboral. La demanda se ancla de forma evidente en el ámbito de efectividad del derecho de la Unión y es conforme al art. 51 de la Carta, pero la conexión con los derechos fundamentales que concierne a la Comisión no se focaliza en la igualdad, sino en la tutela judicial efectiva. Esa conexión se formula de forma abstracta: cuando la ley da al ministro de Justicia la facultad de prolongar el mandato de los jueces que alcancen la edad de jubilación, se ataca la independencia del poder judicial y se afecta al derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 47 de la Carta. El conflicto está en la dimensión objetiva del derecho: al manipular la composición de la judicatura, afectando a la independencia de sus integrantes, los derechos de tutela de los ciudadanos estarían en peligro y, con ello, la efectividad general del derecho de la Unión, que descansa, en primera instancia, en la acción de las jurisdicciones estatales. Se invoca entonces una norma de principio del TUE, recogida en el art. 19, sobre la obligación de los Estados miembros de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión.

Este planteamiento es deudor de ciertos precedentes jurisprudenciales sobre una senda para obtener un pronunciamiento del Tribunal, afirmando que existe infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. El primer precedente es la sentencia por incumplimiento del asunto C-286/12, *Comisión/Hungría*⁵², donde se denunciaba una modificación de la edad de jubilación de jueces y notarios que contravenía la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo. El Tribunal de Justicia concluyó que la medida era

⁵¹ El TJUE ha adoptado medidas cautelares contundentes contra Polonia en procesos anteriores: en el Auto de 20 de noviembre de 2017, *Comisión/Polonia*, C-441/17 R, EU:C:2017:877, ordenó parar la gestión forestal de un bosque protegido, pendiente el recurso de incumplimiento, e incluyó la posibilidad de sancionar a Polonia pecuniariamente, algo no previsto como medida cautelar y reservado al ámbito del 260 TFUE (Sarmiento, 2017). Aquí, auto de 19 de octubre de 2018, *Comisión/Polonia*, C-619/18 R, EU:C:2018:852.

⁵² Sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Comisión/Hungría*, C-286/12, EU:C:2012:687.

discriminatoria, desproporcionada y que había incumplimiento. No se planteaban o discutían conexiones con el derecho a la tutela judicial efectiva. El precedente podría haberle bastado a la Comisión para atacar la ley polaca sin necesidad de apelar a los derechos fundamentales. Es aquí donde aparece la relación con el segundo precedente, el asunto prejudicial *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁵³. El conflicto gira en torno a una ley que recorta el salario de los jueces portugueses, como medida de equilibrio financiero dentro de un contexto general de restricciones presupuestarias. Los jueces recurren su aplicación y alegan que ese recorte ataca la independencia judicial, principio que se desprende tanto de la constitución nacional como del art. 19 del TUE, en conexión con el 47 de la Carta. El Supremo Tribunal Administrativo portugués consulta al TJUE sobre este extremo y el juez europeo responde elevando ese principio de independencia judicial a una posición autónoma dentro del derecho de la Unión, pues lo conecta con los valores democráticos defendidos en el art. 2 TUE. En una resolución inédita, el TJUE responde a la consulta prejudicial sobre la sola base del art. 19, por más que al final decida que los recortes están justificados en la coyuntura económica y no infringen tal principio (Pech y Planton, 2018). Por último, esta línea argumental se refuerza en el asunto *LM*, cuando la High Court irlandesa consulta en vía prejudicial al Tribunal de Justicia si denegar una orden de detención europea emitida por Polonia, habiéndose activado contra ese Estado el procedimiento del art. 7 TUE, estaría en línea con la jurisprudencia *Aranyosi*⁵⁴. El Tribunal de Justicia responde afirmativamente, precisando que tendrían que verse las peculiaridades del caso y las particulares del sujeto, pero lo hace recordando su sentencia sobre los jueces portugueses, aludiendo al art. 19 TUE y a su conexión con los derechos del 47 de la Carta⁵⁵.

Es evidente que estos precedentes determinan el contexto de los procedimientos por incumplimiento contra Polonia. Como en los casos húngaros, se puede especular si el TJUE, en su momento, detendrá su apreciación de incumplimiento tras considerar la discriminación laboral o si, efectuando una revisión constitucional de la ley estatal, no aprobada en desarrollo del derecho

⁵³ Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117.

⁵⁴ En la que el TJUE considera conforme a la decisión marco de la orden de detención europea rechazar la orden de detención si el juez de ejecución constata que en el Estado de remisión el sujeto se hallaría en riesgo de ver vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. Sentencia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y 659/15, EU:C:2016:198.

⁵⁵ Sentencia de 25 de julio de 2018, *LM*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, 50-59, apdos. 50-59.

de la Unión, valorará el daño que la independencia judicial y el derecho a la tutela judicial efectiva estén sufriendo en Polonia. No sería aventurado vaticinar que, en concordancia con las estrategias descritas como integración encubierta y con la anticipada en el auto de 19 de octubre de 2018 en el asunto C-619/18, en esta ocasión el Tribunal se decidiese a articular una argumentación que potenciase el valor de la declaración de incumplimiento, incluyendo la infracción de los derechos. Los precedentes sentados⁵⁶ aportan el asidero del art. 19 TUE, este facilita la justificación conforme al 51 de la Carta, o evita tener que hacerla (Schmidt y Bogdanowicz, 2018: 1096)⁵⁷, y el apoyo en la directiva antidiscriminación impide un fallo basado solo en interpretaciones de principios. Un resultado así facilitaría, en casos venideros, la sanción de las actuaciones estatales no respetuosas con la tutela judicial como derecho. Sobre otros derechos fundamentales aún es difícil conjeturar.

V. CONCLUSIONES

La caracterización justiciable de los derechos fundamentales a través del recurso por incumplimiento ahonda en la naturaleza constitucional y federal de la Unión Europea. Todo complejo normativo de naturaleza constitucional requiere mecanismos de garantía de los derechos y de los principios constitucionales democráticos. Pero en la Unión, la eficacia de esos mecanismos ha de equilibrarse conforme a los parámetros propios de la pluralidad constitucional en la que se sustentan sus relaciones con los Estados.

El recurso por incumplimiento es una herramienta limitada para proteger los derechos fundamentales en los Estados miembros y para que se rectifiquen las infracciones. Las limitaciones son menos significativas cuando se trata de rectificar incumplimientos de derechos fundamentales relacionados directamente con el desarrollo del derecho de la Unión, como transponer una directiva o adoptar medidas para la ejecución de un reglamento. En esos casos los obstáculos son los propios de cualquier procedimiento de esta naturaleza: la discrecionalidad en la iniciativa de la Comisión, la opacidad de la fase

⁵⁶ A los que, como señalan Schmidt y Bogdanowicz (2018: 1091-1099), podrían unirse otros que se adentran en la cuestión de qué se entiende por un sistema judicial satisfactorio o insisten en el mandato del art. 19 del TUE hacia los Estados miembros.

⁵⁷ Como apuntan Schmidt y Bogdanowicz (2018: 1094), en la jurisprudencia anterior la conexión con el 19 TUE no librara al 47 de la Carta del control de adecuación al 51 de la misma. Sentencias de 16 de mayo de 2017, *Berlioz*, C-682/15, EU:C:2017:373, apdos. 44 y 50; y de 14 de junio de 2017, *On line games*, C-685/15, EU:C:2017:452, apdo. 54.

precontenciosa, las condiciones de efectividad de las sentencias... Pero los asuntos que más dificultad plantean no son estos, sino aquellos en los que la Comisión se enfrenta con actuaciones de los Estados miembros en situaciones casi o puramente internas. La alegación de incumplimiento ha de anudarse, ahí, a un mandato de derecho de la Unión que permita proyectar sobre ese ámbito la acción tutelar de la Carta, salvando las limitaciones de su art. 51. En esos supuestos, la conexión con los derechos fundamentales se ha intentado bien sobre la base de las libertades económicas, como en los dos casos de Hungría, bien buscando una conexión abstracta: saltando del derecho derivado aplicable al plano de los principios del Tratado y de ahí a los derechos. Ese es el esquema argumental con el que se ataca la reforma judicial polaca, vinculándola con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la obligación de los Estados de garantizarla conforme al art. 19 del TUE.

Aún es incierta la manera en la que el Tribunal de Justicia dará respuesta a ese segundo conjunto de casos. La hermenéutica habitual, basada en los fines de la integración, interpreta funcionalmente el derecho del Estado miembro que colisiona con las obligaciones establecidas en el derecho de la UE. Esa hermenéutica no puede actuar para garantizar los derechos de la Carta si la acción del Estado miembro los afecta a través de regulaciones que caen fuera de las competencias atribuidas. Si las rozan tangencialmente, la cuestión es cómo articular un argumento de defensa de los derechos que evite el riesgo de *ultra vires*. El art. 51 de la Carta es una barrera y, aunque haya sido interpretado de una manera abierta por el Tribunal de Justicia en el ámbito de la cuestión prejudicial, eso no significa que esas pautas puedan trasladarse en los mismos términos a la esfera del recurso por incumplimiento. Por otra parte, tampoco esa jurisprudencia está libre de límites.

Las estrategias conocidas como técnicas de integración encubierta, empleadas por la Comisión a través de demandas por incumplimiento, apelan a principios normativos del Tratado y los proyectan sobre la acción del Estados. Su objetivo es conseguir del TJUE un pronunciamiento favorable a las propuestas de la Comisión. El planteamiento de los recursos por incumplimiento contra Polonia en relación con la independencia del poder judicial ha tomado ese camino: anudar una discriminación a los jueces por edad y sexo, que es contraria a una directiva, con el art. 19 del TUE y con la obligación de los Estados de salvaguardar la tutela judicial. Es en este orden de cuestiones en el que hay que considerar la posición de la Comisión en el procedimiento de incumplimiento. El margen de discrecionalidad, arma de doble filo en cualquier situación, debe ser escrupulosamente utilizado en materia de derechos fundamentales. Mientras la Comisión actúe dentro de los parámetros normativos del procedimiento y de las competencias atribuidas, incluso con la comprensión extensiva que siempre ha tenido de las mismas, la acción contra

el incumplimiento de los Estados seguirá siendo beneficiosa para la integración (Evans, 1979: 456). Eso si no se olvida de que los derechos no son competencias, como explica el 51 de la Carta, más que cuando una base jurídica del TFUE los confirma. El riesgo de extralimitarse existe para la Comisión. Es una institución sin legitimación democrática directa que discute la adecuación constitucional de la actuación de Gobiernos elegidos por los pueblos de los Estados miembros. Y al final son los sistemas constitucionales internos los que tienen que conseguir corregir las desviaciones que se produzcan en relación con los valores y principios de la democracia liberal (Von Bogdandy *et al.*, 2018: 985). Las estrategias de integración encubierta, que hasta ahora han sido admitidas en relación con objetivos económicos de la integración, podrían hacer saltar suspicacias, y discutirse su legitimidad, al proyectarse sobre materias constitucionalmente más sensibles como los derechos fundamentales. La sujeción al principio de legalidad, el *rule of law*, es exigible a los Estados, pero también lo es a la Unión.

Por último, para potenciar el empleo del procedimiento de incumplimiento en la protección de los derechos fundamentales podrían hacerse cambios: revisar el papel de la Comisión respecto a la promoción de los derechos y la relación entre la Carta y el resto del derecho de la Unión, mediatizada por el art. 51 y el principio de competencia. Otras alternativas, en sentido contrario, pasan por ampliar la legitimación para abrir el procedimiento y articularlo de manera que la Comisión no sea la dueña del mismo, modificando los arts. 258 y siguientes del TFUE. Estas últimas medidas sacrificarían la eficacia en favor de la despolitización.

Bibliografía

- Alonso García, R. (2002). *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Jean Monnet Working Paper Series, 4/02. Disponible en: <https://jeanmonnetprogram.org/>.
- Alonso García, R. (2003). *El juez español y el Derecho Comunitario*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Azpitarre Sánchez M. (2015). Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, 243-268. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.104.08>.
- (2016). Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 941-975. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.55.05..>
- Biglino Campos, P. (2003). Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 14, 45-68.

- Carmona Contreras, A. (2016). El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 13-40.
- (dir.). (2018). *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*. Pamplona: Aranzadi. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.107.01>.
- Claes, M. (2006). *The National Courts' mandate in the European Constitution*. Oxford: Hart Publishing.
- Closa, C., Kochenov, D. y Weiler, J. H. H. (eds.). (2016). *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316258774>.
- Cruz Villalón, P. (2004). *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid: Trotta.
- (2016a). Sobre las «Disposiciones Generales» que rigen la interpretación y aplicación de la Carta. En F. Rubio Llorente, J. Jiménez Campo, J. J. Solozábal Echevarría, P. Biglino Campos y A. Gómez Montero (eds.). *La Constitución Política de España. Estudios en Homenaje a Manuel Aragón Reyes* (pp. 573-585). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2016b). La Constitución del Estado miembro. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 12, 26-30. Disponible en: <https://bit.ly/2NnhT8v>.
- (2017). El valor de la posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la comunión constitucional europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 85-101. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19146>.
- De Schuter, O. (2017). *Infringement proceedings as a tool for the enforcement of fundamental rights in the European Union*. Disponible en: <https://www.opensociety-foundations.org/>.
- Díez-Hochleitner Rodríguez, J. (1993). La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros. *Revista de Instituciones Europeas*, 20 (3), 837-900.
- Dougan, M. (2007). When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy. *Common Market Law Review*, 44 (4), 931-963.
- Eeckhout, P. (2002). The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question. *Common Market Law Review*, 39, 945-994. Disponible en: <https://doi.org/10.1023/A:1020832600674>.
- Evans, A. C. (1979). The enforcement procedure of article 169 EEC: Commission Discretion. *European Law Review*, 4, 442-456.
- FIDH (2016). *Hungary: democracy under threat*. París: Federación Internacional de Derechos Humanos. Disponible en: <https://bit.ly/2Qs45vu>.
- Gordillo Pérez, L. I. (2005). Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea. *Estudios de Deusto*, 53 (2), 253-306. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-53\(2\)-2005pp253-306](https://doi.org/10.18543/ed-53(2)-2005pp253-306).
- Gordillo Pérez, L. I. y Martinico, G. (2013). La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia: un cuento desde el país de las hadas. *Teoría y*

- Realidad Constitucional*, 32, 429-480. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.32.2013>.
- Gormley, L. W. (2017). Infringement proceedings. En A. Jakab y D. Kochenov (eds.). *The enforcement of EU law and values: ensuring member states' compliance* (pp. 65-78). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198746560.003.0005>.
- Groppi, T. (2005). ¿Existe un modelo europeo de Justicia Constitucional? *Revista de Derecho Político*, 62, 33-54. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.62.2005.8952>.
- Häberle, P. (2002). *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos.
- Héritier, A. (2015). Covert integration in the European Union. En J. Richardson y S. Mazey (eds.). *European Union. Power and policy making* (pp. 351-369). New York: Routledge.
- (2017). Covert integration of core state powers. Renegotiating incomplete contracts. En P. Bursens, C. De Landtsheer, L. Braeckmans y B. Seggaert (eds.). *Complex Political Decision-Making* (pp. 15-30). London: Routledge.
- Hesse, K. (2001). Constitución y Derecho Constitucional. En E. Benda, W. Maihofer, H. Jochen Vogel, K. Hesse y W. Heyde (eds.). *Manual de Derecho Constitucional* (pp. 1-15). Madrid: Marcial Pons.
- Iglesias Sánchez, S. (2012). The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights. *Common Market Law Review*, 49, 1565-1583.
- Jakab A. y Kochenov D. (eds.). (2017). *The enforcement of EU law and values: ensuring member states' compliance*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198746560.001.0001>.
- Kaila, H. (2012). The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States. En P. Cardonnel, A. Rosas y N. Wahl (eds.). *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh* (pp. 291-294). Oxford: Hart Publishing.
- Knook, A. (2005). The Court, the Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union. *Common Market Law Review*, 42, 367-398.
- Koops, C. E. (2014). *Contemplating compliance: European compliance mechanisms in international perspective*. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11245/1.412682>.
- Lenaerts, K. (2012). Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights. *European Constitutional Law Review*, 375-403. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019612000260>.
- Lindholm, J. (2007). *State Procedure and Union Rights A Comparison of the European Union and the United States*. Uppsala: Iustus Förlag.
- Materne, T. (2012). *La procédure en manquement D'État. Guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne*. Bruselas: Larcier.
- Núñez Lozano, M. C. (2017). La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los Actos Nacionales. En VV. AA. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación*

- Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 549-614). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Palombella, G. (2016). Beyond Legality. Before Democracy: Rule of Law Caveats in the EU Two-Level System. En C. Closa, D. Kochenov, y J. H. H. Weiler. *Reinforcing rule of law oversight in the European Union* (pp. 36-58). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316258774.004>.
- Pech, L. y Planton, S. (2018). Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses. *EU Law Analysis Expert insight into EU law developments* [blog], 13-03-2018. Disponible en <https://bit.ly/2ycRTY0>.
- Pescatore, P. (2015). The Doctrine of “Direct effect”: An infant disease of Community Law. *European Law Review*, 40 (2), 135-153.
- Peters, A. (2011). Soft law as a new mode of governance. En U. Diedrichs, W. Reiners y W. Wessels (eds.). *The Dynamisc of Change in EU Governance* (pp. 21-51). Cheltenham: Edward Elgar.
- Pizzorusso, A. (2002). *Il patrimonio costituzionale europeo*. Bolonia: Il Mulino.
- Poiars Maduro, M. (2004). How constitutional can the European Union be? The tension between intergovernmentalism and constitutionalism in the European Union. En J. H. H. Weiler y C. L. Eisgruber (eds.). *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective, Jean Monnet Working Paper Series*, 5/04. Disponible en: <http://www.jeanmonnetprogram.org>.
- Prete, L. (2017). *Infringement Proceedings in EU Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer.
- Prete, L. y Smulders B. (2010). The Coming of Age of Infringement Proceedings. *Common Market Law Review*, 47 (1), 9–61.
- Robin Olivier, S. (2014). The Evolution of Direct Effect in the EU: Stocktaking, Problems, Projections. *Jean Monnet Working Paper Series*, 07/14. Disponible en: <https://jeanmonnetprogram.org/>.
- Rodríguez Iglesias, G. C. y Baquero Cruz, J. (2006). Las funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Fundamentos*, 4, 291-346. Disponible en: <https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>.
- Rosas A. (2012). When is the Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level? *Jurisprudence*, 19, 1269-1288.
- Rubio Llorente, F. (1992). Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35, 9-39.
- Sarmiento, D. (2013). Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the new Framework of Fundamental Rights Protection in Europe. *Common Market Law Review*, 50, 1267-1304.
- (2017). Provisional (And Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law. *Verfassungsblog On Matters Constitutional* [blog], 24-10-2017. Disponible en: <https://bit.ly/2O0KEx0>.
- Schmidt, M. y Bogdanowicz, P. (2018). The infringement procedure in the rule of law crisis: how to make effective use of article 258 TFUE. *Common Market Law Review*, 55, 1061-1100.

- Schütze, R. (2009). *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199238583.001.0001>.
- Sikora, A. (2018). The CJEU and the rule of law in Poland: Note on the Polish Supreme Court preliminary ruling request of 2 August 2018. *EU Law Analysis. Expert insight into EU law developments* [blog], 04-08-2018. Disponible en: <https://bit.ly/2Rr9YKW>.
- Stein, E. (1981). Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution. *American Journal of International Law*, 75, 1-27. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2201413>.
- Tabarowski, M (2018). The Commission takes a step back in the fight for the Rule of Law. *Verfassungsblog On Matters Constitutional* [blog], 03-01-2018. Disponible en: <https://bit.ly/2O35TYu>.
- Von Bogdandy, A., Kottmann, M., Antpöhler, C., Dickschen, J., Hentrei, S. y Smrkolj M. (2012). Reverse Solange—Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States. *Common Market Law Review*, 49 (2), 489-519.
- Von Bogdandy, A., Antpöhler, C. y Ioannidis M. (2017). Protecting EU values. En A. Jakab y D. Kochenov (eds.). *The enforcement of EU law and values: ensuring member states' compliance* (pp. 218-133). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198746560.003.0013>.
- Von Bogdandy, A., Bogdanowicz, P., Canor, I., Schmidt, M. (2018). Guest Editorial. A potential constitutional moment for the European rule of law. The importance of red lines. *Common Market Law Review*, 55, 983-996.
- Von Danwitz T. y Paraschas, K. (2012). A fresh start for the Charter: Fundamental questions on the application of the European Charter of Fundamental Rights. *Fordham International Law Journal*, 35, 1396-1425.
- Walker, N. (2002). The idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*, 65 (3), 317-359. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1468-2230.00383>.
- Ward A. (2014). Article 51. Field of Application. En S. Peers, T. Hervej, J. Kenner y A. Ward (eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary* (pp. 1413-1454) Oxford: Hart Publishing. Disponible en: https://doi.org/10.5771/9783845259055_1456.
- Weiler, J. H. H. (1991). The Transformation of Europe. *The Yale Law Journal*, 100 (8), 2403-2483. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/796898>.
- (2000). Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg. *Harvard Jean Monnet Paper*, 13/2000. Disponible en: <https://bit.ly/2OyNJ6X>.
- (2016). Epilogue: Living in a Glass House: Europe, Democracy and the Rule of Law. En C. Closa, D. Kochenov, y J. H. H. Weiler. *Reinforcing rule of law oversight in the European Union* (pp. 313-326). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316258774.017>.
- Winter, J. A. (1972). Direct applicability and Direct Effect. Two distinct and different concepts in Community Law. *Common Market Law Review*, 9 (4), 425-438.