

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

MAESTRÍA EN DE DERECHO

MENCIÓN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

**Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la Unión Europea y su posible proyección
en el ámbito de atribución de competencias de la Comunidad Andina**

Daniel Achá Lemaitre

2008

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez, dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Daniel Achá Lemaitre

Quito, 7 de agosto de 2007

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

**Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y su posible proyección hacia
la Comunidad Andina**

Daniel Achá Lemaitre

Tutor: Dr. César Montaña Galarza

Quito - Ecuador

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo investigativo se centra en explicar cómo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad aparecen en el ámbito comunitario europeo. Con este fin trataremos la naturaleza jurídica de estos principios, sus antecedentes histórico-filosóficos y jurídicos, y acompañaremos la teoría con algunos ejemplos que permitan apreciar de qué manera se desempeñan estos principios en la práctica comunitaria.

En el presente trabajo analizaremos la cuestión del reparto y regulación del ejercicio de competencias entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y el papel determinante que el principio de subsidiariedad está llamado a desempeñar en este aspecto. Asimismo, indagaremos acerca de los órganos políticos y jurisdiccionales a quienes se les encomienda velar por su correcta aplicación.

Sobre la base de los elementos teóricos y el modelo práctico de funcionamiento del principio de subsidiariedad en la Comunidad Europea, a través de la presente investigación se propondrá las bases de un esquema de subsidiariedad en la Comunidad Andina, en calidad de una nueva norma básica jurídicamente vinculante y a través de la cual por primera vez en la Comunidad Andina, exista una delimitación clara de los tipos de acciones que pueden llevarse a cabo dentro de las competencias compartidas entre la Comunidad Andina y sus Países Miembros.

A Dios y a mis padres con infinita gratitud

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD. UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Introducción

1.1. Aspectos generales del principio de subsidiariedad

1.2. Concepto de subsidiariedad

1.3. Naturaleza del principio de subsidiariedad

1.4. Ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad

1.4.1. Subsidiariedad e individuo

1.4.2. Subsidiariedad y colectividades

1.5. Doble lectura del principio de subsidiariedad

1.6. Orígenes del principio de subsidiariedad

1.6.1. Orígenes remotos

1.6.2. Corriente liberal

1.6.3. El principio de subsidiariedad en la doctrina social de la Iglesia Católica

1.7. Principio de proporcionalidad

1.7.1. Concepto

1.7.2. Aplicación del principio de proporcionalidad

1.7.3. Principio de proporcionalidad y su independencia respecto del principio de subsidiariedad

1.8. Regulación de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en la Unión Europea a través del Protocolo N° 30.

1.8.1. Lo que se viene a partir del Tratado de Lisboa: nuevo Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

CAPÍTULO II

ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

2. Principio de atribución de competencias

2.1. Distintos tipos de competencia

2.1.1. Competencias de atribución

2.1.1.1. Competencias de atribución exclusivas

2.1.1.2. Competencias de atribución compartidas

a) Competencias concurrentes

b) Competencias complementarias

2.1.2. Competencias implícitas

- 2.1.3. Competencias suplementarias
- 2.2. Competencias comunitarias en relación con las competencias nacionales. Base jurídica
- 2.3. Aplicación del principio de subsidiariedad en las áreas de competencia compartida. Prueba de eficiencia
- 2.4. Control de aplicación del principio de subsidiariedad
 - 2.4.1. Control Político (control a priori)
 - a) Obligaciones de la Comisión
 - b) El papel del Consejo
 - c) Intervención del Parlamento Europeo
 - d) El control político a cargo de los Parlamentos nacionales
 - 2.4.2. Justiciabilidad del principio de subsidiariedad (control a posteriori)
 - 2.4.2.1. "Modus operandi" respecto a la revisión del fondo de la decisión
 - 2.4.2.2. Tipo de revisión que desarrollará el Tribunal de Justicia
 - 2.4.2.3. Recursos posibles ante el Tribunal de Justicia
 - a) Recurso de anulación
 - b) Excepción de ilegalidad.
 - c) Cuestión prejudicial
 - d) Recurso por omisión.

CAPITULO III

PROYECCIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD HACIA LA COMUNIDAD ANDINA

- 3. Génesis de la Comunidad Andina
 - 3.1. La Comunidad Andina como Organización Supranacional
 - 3.2. Sistema Andino de Integración (SAI)...
 - 3.2.1. Revisión de los órganos del Sistema Andino de Integración
 - 3.2.1.1. El Consejo Presidencial Andino
 - 3.2.1.2. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores
 - 3.2.1.3. Comisión de la Comunidad Andina
 - 3.2.1.4. Secretaría General de la Comunidad Andina
 - 3.2.1.5. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
 - a) Acción de Nulidad
 - b) La Interpretación Prejudicial.
 - c) Recurso por Omisión o Inactividad.
 - 3.2.1.6. Parlamento Andino
 - 3.3. Las competencias en la Comunidad Andina
 - 3.3.1. Competencias exclusivas de la Comunidad Andina
 - 3.3.2. Competencias compartidas de la Comunidad Andina
 - 3.3.3. Competencias complementarias de la Comunidad Andina
 - 3.3.4. Competencias implícitas en la Comunidad Andina
- Propuesta

CONCLUSIONES

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ANEXOS.

INTRODUCCIÓN

La Comunidad Andina (CAN) y la Unión Europea (UE) como organizaciones supranacionales están capacitadas para ejercer aquellas competencias que les han sido atribuidas por sus Estados Miembros, a través de sus respectivos tratados constitutivos. Sin embargo, dichos instrumentos jurídicos no establecen un sistema de reparto de competencias plasmado en la enumeración exhaustiva de las que corresponden exclusivamente a la Comunidad, a los Estados o a ambas instancias de decisión. Es decir, no existe en el ordenamiento jurídico comunitario un criterio claro que permita delimitar los ámbitos de competencia sólo comunitaria y los ámbitos en los que ésta puede coexistir con la estatal.

La ausencia de un catálogo en el que conste el reparto de competencias entre las Comunidades y sus Países Miembros puede generar una multiplicación descontrolada e inadecuada de competencias a cargo de la Comunidad y por ende la ampliación de los planos de intervención de la misma, lo que finalmente ocasiona que el ciudadano comunitario -para quien se crean derechos y obligaciones- no acepte que se evolucione a sus espaldas y se le prive de conocer cómo y quién decide políticas que le afectan directa o indirectamente. Para evitar esta susceptibilidad, en el caso particular de la Comunidad Europea, se buscaron fórmulas para articular el ejercicio de competencias compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros. El principio de subsidiariedad, según el cual la Comunidad Europea intervendrá en aquellas materias sobre las que comparte competencias con los Estados, cuando la acción de éstos sea insuficiente para alcanzar los objetivos de la acción pretendida y, en consecuencia, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario, fue una de ellas.

Pese a la importancia del principio de subsidiariedad, en el caso de la Comunidad Andina no se prevé una regla como ésta, ni siquiera se ha suscitado un debate sobre su significado y alcance. De manera que a través del presente trabajo se pretende desentrañar el principio de subsidiariedad a partir del modelo utilizado en la Comunidad Europea para comprender las reglas de su funcionamiento y sobre esta base elaborar un mecanismo que garantice que las decisiones en el marco de las competencias compartidas entre la Comunidad Andina y sus Países Miembros se tomen por los propios individuos o los grupos más próximos a ellos y únicamente en supuesto que su acción sea insuficiente para alcanzar sus objetivos, intervenga el nivel más alto -el supranacional- sea aportando su ayuda, sea coordinando las actividades de los niveles inferiores, sea contribuyendo con auxilio material o actuando en sustitución de los grupos menores. De esta forma contribuiremos al derecho comunitario andino con una regla de organización mediante la cual se diseñará el reparto de ámbitos competenciales entre los distintos peldaños del poder, en función a criterios como la necesidad, la proximidad, la eficacia, el equilibrio, procurando cargar al más cercano al ciudadano con todo lo que pueda realizar y dejando para el superior sólo aquello que sobrepase la capacidad del inferior o que exija medidas uniformes para toda la comunidad.

Así se pueden evitar decisiones inadecuadas y a espaldas de los individuos, por el contrario se asegura su desarrollo y el respeto de su dignidad, lo que sin duda se traduce en la legitimación y posterior fortalecimiento de la Comunidad Andina. Son estas las razones que explican fácilmente por qué decidí escoger al principio de subsidiariedad como objeto de investigación.

CAPÍTULO I

LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD. UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Introducción

Aclarar lo que se entiende por principio de subsidiariedad puede resultar un objetivo que dará dificultades, fundamentalmente, si consideramos los debates que se produjeron luego de su introducción en el texto del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. A pesar de ello, nuestro propósito es analizar este principio de manera objetiva y sobretodo entendiendo que en el marco comunitario europeo es un concepto que ha alcanzado un desarrollo significativo y se constituye en una verdadera referencia, mientras que en la Comunidad Andina la discusión sobre el mismo no se ha suscitado todavía porque sencillamente la regla del principio de subsidiariedad no forma parte del derecho comunitario andino.

1.1. Aspectos generales del principio de subsidiariedad

En una concepción general, Alicia Chícharro sintetiza adecuadamente el alcance, la función y la aplicación del principio de subsidiariedad.¹ Dice que la subsidiariedad ha sido calificada como una regla de buen sentido que obliga a la instancia más extensa a no suplir a otra de menor ámbito hasta que no se demuestre la incapacidad de esta última para llevar a cabo una determinada acción u obtener el efecto pretendido, pero que también obliga a actuar a la primera cuando se constate esa incapacidad.

La función que cumple el principio de subsidiariedad se resume tradicionalmente en la regulación de las relaciones entre la esfera pública y la privada y, dentro de éstas,

¹ Alicia Chícharro Lázaro, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi Editorial, 2001, p. 33.

las de los distintos grupos o niveles de poder que las integran. Establece además, de forma general, que lo que en una sociedad puede ser realizado adecuadamente por los responsables del escalón más próximo al ciudadano no debe transferirse a otro más alejado, salvo que la acción del primero no sea suficiente para lograr los fines pretendidos y la intervención del segundo aporte mayor eficacia.

Esta regla aplicada en el plano político-administrativo, según Chícharro, da lugar a un principio organizativo por el que cada instancia pueda desarrollar con libertad sus fines según su capacidad, pero la ayuda de las instancias políticas superiores vendrá a suplir la incapacidad de las autoridades de los niveles inferiores en la medida de sus necesidades.²

1.2. Concepto de subsidiariedad

Etimológicamente el término subsidiariedad proviene del latín “subsidium”, del que deriva el adjetivo *subsidiario*. “Subsidium” hacía referencia a las tropas de reserva de las que sólo se dispone en última instancia y que sirven como ayuda o sostén de las levadas regulares. De este contexto etimológico la doctrina de Chícharró Lázaro señala que se pueden extraer tres líneas de significación del término.

En primer lugar, subsidiariedad hace alusión a algo que está en reserva, en cierto modo secundario respecto de algo principal.³ Una segunda idea es el refuerzo: los romanos lo utilizaban para designar el contingente que se sumaba a las milicias ya desplegadas. Por último, la citada autora concluye que el sentido que se impone es el de ayuda, socorro o asistencia.

² La terminología empleada por la autora -instancias, escalones o niveles superiores e inferiores- responde a una intención de graficar el poder que cada uno tiene en el orden institucional, pero no hace referencia a su importancia o valor.

³ Se puede interpretar que lo principal es la acción de la instancia inferior, mientras que lo secundario tiene que ver con la acción de la instancia superior. Dicho de otro modo, la acción comunitaria es subsidiaria a la acción estatal.

En nuestros tiempos la interpretación de la subsidiariedad ha dado lugar a tres ideas relacionadas entre sí: lo secundario, lo supletorio y lo complementario.

Lo secundario ha sido empleado desde el punto de vista jurídico, para hacer referencia a algo que es accidental respecto de algo principal.

Lo supletorio y lo complementario cobran mayor importancia porque de acuerdo con lo expresado por Chícharro Lázaro, cuando hablamos de subsidiariedad partimos de la existencia de al menos dos niveles entre los cuales tiene lugar un reparto de tareas cuyos límites, en muchos casos, no pueden ser percibidos con nitidez. Si a la hora de llevar a cabo esas tareas una instancia inferior no puede alcanzar el resultado pretendido, la superior puede o bien sustituir a la inferior o bien complementar con su intervención las medidas ya adoptadas por aquélla pero que no son suficientes para alcanzar el resultado previsto.⁴

En el primer caso, la comunidad inferior cede sus prerrogativas a favor de una instancia más idónea que la asuma de manera eficaz.⁵ La segunda posibilidad tiene que ver con el auxilio o asistencia que prestará la comunidad superior al nivel inferior.⁶

⁴ Alicia Chícharro, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, p. 35.

⁵ De cara a la creación de un “espacio de libertad, seguridad y justicia” en la Unión Europea, previsto en el Tratado de Amsterdam, la Comisión ha propuesto acciones legislativas especialmente importantes en este ámbito. En las principales iniciativas se busca definir un marco jurídico común relativo a la creación de un sistema europeo común de asilo. La consecución de los objetivos establecidos en el Tratado en materia de asilo y otras políticas relativas a la circulación de las personas justifica la intervención comunitaria en la medida en que los Estados miembros no puedan alcanzar de manera satisfactoria los objetivos de la intervención contemplada que, debido a sus dimensiones o efectos, pueden alcanzarse mejor a nivel comunitario. Se justifica, pues, la propuesta destinada a establecer normas mínimas sobre la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros. La aplicación de normas mínimas comunes en el marco de la política de asilo es fundamental para que se concrete el sistema europeo común de asilo. En efecto, el solicitante de asilo considerará más justo que un solo Estado miembro sea responsable de una solicitud de asilo si todos los Estados miembros aplican idénticas normas mínimas de acogida. Comisión de las Comunidades Europeas, *COM(2001) 181 DE 3.4.2001*, Bruselas, 2001.

⁶ En materia de salud pública la Comisión aprobó una propuesta relativa al apoyo de una cooperación a largo plazo entre Europa y los países en desarrollo **para luchar contra el VIH/SIDA, la malaria y la tuberculosis**. Esta iniciativa, original desde el punto de vista de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, está destinada a permitir que la Comunidad pueda actuar junto con los Estados miembros, complementando su actuación, en los programas de investigación que aplican algunos de ellos. Siguiendo esa línea, la Comisión consideró que no era necesario que la Comunidad llevara a cabo su propia acción, sustituyendo a los Estados miembros, sino que sería más eficaz y acorde con lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado CE, apoyar las acciones de los Estados miembros.

En mi opinión, luego de analizar las tres ideas sobre la subsidiariedad, creo que se trata de una ayuda, pues la subsidiariedad constituye un mecanismo de reforzamiento de la comunidad inferior, ya que la instancia superior complementa y apoya una acción de un grupo social que no es capaz por sí solo de ejercer con eficacia sus competencias. No obstante, esta ayuda aunque necesaria no deja de ser algo accesorio y complementario, por lo que no intervendrá más que en aquellos casos en los que sea requerida.

Pienso que el principio de subsidiariedad aplicado a la sociedad indica la intervención compensativa y auxiliar de los organismos sociales más grandes -como el Estado o las Comunidades- a favor de los individuos y de los grupos intermedios.

En el ámbito comunitario, Altiero Spinelli⁷ es quien define por primera vez desde la perspectiva institucional el principio de subsidiariedad, declarando que: “la Unión sólo actúa para alcanzar objetivos que pueden ser realizados en común de una forma más eficiente que si los Estados miembros actuaran separadamente”.⁸ Spinelli entendía que la acción comunitaria es la subsidiaria con respecto a la de los Estados, y no al contrario.

Sobre la base de la definición anterior considero que la subsidiariedad descansa en una relación dialéctica: el derecho de actuar de la unidad más pequeña es operativo en la medida, y sólo en la medida en la que únicamente él puede actuar mejor que una unidad mayor a la hora de alcanzar los resultados perseguidos. Dicho de otro modo, lo que los hombres o una comunidad menor puedan hacer mejor por sí mismos no debe ser asumido por una sociedad mayor.

Comisión de las Comunidades Europeas, COM(2002) 149, de 20.03.2002, Bruselas, 2002.

⁷ Altiero Spinelli fue uno de los más firmes defensores del federalismo como sistema hacia el que debía evolucionar la Comunidad Europea. Con la caída del régimen fascista, Spinelli prosiguió su lucha por la redacción de una Constitución Europea, que creara la ansiada federación. Este ideal se plasmó en el proyecto de 1984 que, aunque no se trataba de una Constitución revolucionaria, sino de una reforma de los Tratados constitutivos, y no creaba una Federación Europea, sino una entidad algo más modesta, la Unión Europea. *Proyecto Spinelli*, aprobado por Resolución del Parlamento Europeo de 14 de febrero de 1984.

⁸ Esta definición la pronunció Spinelli durante un discurso en 1983 con ocasión de la Sexta Conferencia Jean Monnet en el Instituto Universitario de Florencia.

Por su parte la Comisión Institucional del Parlamento Europeo autoriza un informe sobre el principio de subsidiariedad designando a Giscard D'Estaing como ponente del mismo. Ese informe es presentado en junio de 1990 y en él se define la subsidiariedad como aquel principio: "según el cual la Unión deberá ocuparse de aquellas funciones que por su envergadura, o sus repercusiones, o por motivos vinculados a una mejor aplicación, pueden ser llevados a cabo de manera más eficaz por las instituciones de la Unión que por cada uno de los Estados miembros". Además distingue dos tipos de subsidiariedad, la vertical (entre Comunidad, Estados y Regiones) y la horizontal (entre poderes públicos y fuerzas sociales).

Hasta 1990 nunca se había hablado claramente sobre el principio de subsidiariedad, además, sería aquella la primera vez que se da una definición oficial del principio de subsidiariedad.

Ahora bien, la definición del principio de subsidiariedad que corresponde a los instrumentos jurídicos constitutivos de la Unión Europea, se encuentra en el artículo tres, literal b) del Tratado de Masstricht (hoy artículo 2 del TUE y artículo 5 del TCE⁹):

"La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.
En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.
Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

De acuerdo con Pablo Corral Anuarbe¹⁰, de la norma transcrita se desprenden dos definiciones principales de subsidiariedad: en la primera se define en términos de

⁹ El Tratado de Lisboa –firmado el pasado 13 de diciembre de 2007- traslada este artículo, con el mismo alcance del artículo vigente, al artículo 3-ter del Tratado de la Unión Europea, que se tiene previsto entre en vigencia una vez que todos los países miembros de la Unión ratifiquen dicho Tratado hasta el primero de enero de 2009.

¹⁰ Pablo Corral Anuarbe, *El principio de subsidiariedad y la Unión Económica y Monetaria*, en Cuadernos de Estudios Empresariales, No. 5, Madrid, Servicio de Publicaciones UCM, 1995, pp. 448-449.

efectividad, quiere decir que la Comunidad actuará en los casos concretos en los que determinada acción pueda lograrse mejor o con mayor efectividad a nivel comunitario. La otra definición se basa en la necesidad de intervención de la Comunidad. Para José Manuel Peláez el criterio de necesidad significa que la acción de la Comunidad se considera la adecuada porque el objetivo de la misma no podría lograrse de manera satisfactoria a nivel nacional; en tanto el criterio de eficacia es el hecho de alcanzar más eficazmente aquel objetivo lo que hace indicada la intervención comunitaria (aunque el mismo pudiese lograrse a nivel nacional, si bien menos eficazmente).¹¹

En esta misma línea, José Luis Castro Ruano estima que el ejercicio de una competencia corresponderá a aquel nivel político-administrativo mejor capacitado para su materialización óptima -la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para una aplicación más eficiente-, primando el nivel político más cercano al ciudadano. Quiere decir que una institución de nivel superior sólo intervendrá en un ámbito competencial dado, si el nivel inferior no tuviese capacidad para materializar de forma satisfactoria el ejercicio de tal competencia. Según el principio de subsidiariedad, toda colectividad superior que interviene en competencias de una colectividad de base, lo hace de forma subsidiaria, es decir para remediar una insuficiencia de medios o incapacidad de resultados de tal colectividad de base.¹²

Desde el punto de vista de Jacques Delors, la subsidiariedad comprende dos aspectos infranqueables. En un plano, el derecho que tiene cada quien de ejercer sus responsabilidades allí donde pueda actuar de la mejor manera y, en otro plano, la

¹¹ José Manuel Peláez Marón, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 59.

¹² José Luís Castro Ruano, *El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: una lectura en clave regional*, Valencia, 1998, p. 219.

obligación que tienen las autoridades públicas de suministrarle a cada quien los medios para desarrollar o alcanzar todas sus capacidades.¹³

Personalmente, luego de estudiar estas nociones, en mi opinión la subsidiariedad ofrece a los niveles inferiores la garantía contra reivindicaciones desmedidas de competencias por parte de los niveles superiores de poder. En sentido contrario, permite a los niveles superiores la asunción efectiva de todas aquellas competencias cuyo ejercicio es juzgado como más eficaz a nivel comunitario, esto es, puede ser utilizado tanto para ampliar los poderes de determinado nivel político-administrativo como para disminuirlo.

A mí modo de ver, el principio de subsidiariedad no tiene por qué ser un freno a la extensión de la competencia comunitaria sino el fundamento constitucional¹⁴ para ensanchar la acción comunitaria cada vez que la acción estatal sea insuficiente y la dimensión o los efectos pretendidos sólo puedan ser alcanzados mediante la acción comunitaria.¹⁵ La subsidiariedad permite que la intervención comunitaria se amplíe

¹³ Jacques Delors, *The Principle of Subsidiarity: Contribution to the debate*, European Institute of Public Administration, Maastricht, The Netherlands, 1991, p. 18.

¹⁴ Aquellos tratados internacionales que contienen el derecho comunitario originario de una Comunidad son instrumentos marco, programáticos, que establecen las líneas principales de actuación de los órganos comunitarios en función a los objetivos que en los mismos se señala. Cesar Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2007, p.344. Precisamente, sobre la base de la idea anterior me refiero a “fundamento constitucional”, no en sentido de hacer referencia a determinada Constitución Política sino que dentro del Derecho Comunitario se habla de normas de rango constitucional cuando éstas se encuentran en los tratados constitutivos o son de derecho originario tal como sucede con el principio de subsidiariedad.

¹⁵ La seguridad vial es un claro ejemplo de cuándo y por qué la Unión considera que la subsidiariedad ya no puede justificar la falta de actuación a nivel comunitario. Las serias consecuencias transnacionales de algunos accidentes graves ponen de manifiesto la necesidad de una protección uniforme, constante y de alto nivel en los túneles de la red de carreteras transeuropea. La naturaleza de estos accidentes y los problemas que plantearon a las autoridades nacionales demuestran también que las medidas de los Estados miembros eran claramente insuficientes. La Comisión estimó, por lo tanto, que debían establecerse **condiciones de seguridad mínimas en los túneles a nivel comunitario**. Sobre la base de un análisis de impacto en profundidad, la Comisión llegó a la conclusión de que era necesaria una directiva sobre los túneles más problemáticos (los que tienen una longitud superior a 500 metros), para prevenir accidentes que ponen en peligro la vida humana, el medio ambiente, y las infraestructuras de los túneles, y garantizar un nivel mínimo de seguridad. COM(2002) 769, de 30 de diciembre de 2002.

cuando las circunstancias lo exijan e, inversamente, se restrinja cuando deje de estar justificada.¹⁶

1.3. Naturaleza del principio de subsidiariedad

Varios autores -como Aracely Mangas Martín y Alicia Chicharro- califican al principio de subsidiariedad como un concepto “poliédrico” en razón de que se proyecta sobre tres planos diferentes: el social, el político y el jurídico.

Para Chicharro, como principio general de organización social, el primer objetivo de la subsidiariedad es hacer que las decisiones sean tomadas por los propios individuos o por los grupos más próximos a éstos. Los poderes públicos sólo están llamados a intervenir cuando la acción de los individuos o grupos privados no es suficiente para atender los objetivos pretendidos. Chicharro, continúa señalando que conforme al principio de subsidiariedad la sociedad debe estructurarse escalonadamente desde abajo hacia arriba. Bajo este lineamiento, los niveles de poder que deben decidir son los más cercanos al ciudadano, los que están en contacto directo con los problemas y, en definitiva, saben mejor cómo resolverlos. Si no fuesen capaces será el siguiente escalón el llamado a intervenir, y así sucesivamente.¹⁷

Paz Sáenz de Santa María¹⁸ sostiene que desde el plano jurídico se concibe al principio de subsidiariedad como una regla, por muy genérica que sea su formulación, de articulación del ejercicio de las competencias de la Comunidad y de los Estados

¹⁶ La propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el **uso obligatorio de cinturones de seguridad** fue objeto de varios debates en el Consejo durante el primer semestre de 2002. En el debate, la mayoría indicó que la directiva era demasiado descriptiva y no respetaba el principio de subsidiariedad, y que la legislación en este ámbito debía ser competencia de los Estados miembros, limitándose la Comunidad a adoptar una legislación marco que estableciera los principios generales. COM (2000) 815 final, de 29 de octubre de 2000, Bruselas, 2000.

¹⁷ Alicia Chicharro Lázaro, *El principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 36.

¹⁸ Paz Sáenz de Santa María, *et al*, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex 1999, p. 140.

miembros. Si bien se trata de una norma técnica de división de funciones, es a su vez un principio fundado en el valor superior de la justicia, se apoya en una serie de criterios abiertos que orientan el reparto de funciones pero no distribuye exactamente los campos de intervención.

Como concepto político, representa una regla de organización a través de la cual se determinará el reparto de competencias entre los distintos peldaños de una determinada comunidad, procurando otorgar al más cercano al ciudadano con todo lo que pueda realizar y dejando para el superior sólo aquello que sobrepase la capacidad del inferior o que exija medidas uniformes para toda la comunidad.

En este sentido, se hace hincapié en la necesidad de democratizar el proceso de toma de decisiones, aproximándolo lo más posible a los ciudadanos y postulando la consiguiente restricción de las intervenciones públicas, cualquiera que sea su nivel organizativo, para propiciar las de la denominada sociedad civil o la de los escalones inferiores del cuerpo político.

Por regla general, cuando el principio de subsidiariedad desarrolla su función con respecto al ejercicio de las competencias, se aplica en el campo de las competencias compartidas, es decir, aquellas en las que dos o más niveles de autoridad gozan de poderes para actuar, dejando de lado el de las competencias exclusivas donde por definición¹⁹ todos los poderes pertenecen al mismo centro de decisión.

Comparto el razonamiento de Chícharro sobre la naturaleza social del principio de subsidiariedad, al entender que las decisiones deben ser asumidas por los propios individuos o por los grupos más cercanos a estos, de manera que la sociedad se vaya fortaleciendo de abajo hacia arriba. Al respecto, Fraga Iribarne sostiene que el principio de subsidiariedad postula que, en principio, la ordenación política administrativa y los correspondientes ordenamientos jurídicos se construyan de abajo arriba, resolviendo en

¹⁹ Ver la definición de competencias exclusivas en el segundo capítulo punto 2.1.1.1.

cada nivel cuanto sea posible, lo más cerca de la base y de los legítimos intereses correspondientes. Lo íntimo a nivel familiar, lo inmediato a nivel parroquial, lo local a nivel municipal...y así sucesivamente a los niveles comarcal, provincial y regional.²⁰

Encuentro, también, en las ideas anteriores una conexión con el denominado “principio democrático” que como señala Cesar Montaña está sembrado en la Norma Fundamental Nacional, y tiene sus connotaciones especiales, sirve en todos los casos en los cuales la actuación de la Comunidad por medio de sus órganos e instituciones se plasme en normas de derecho comunitario derivado, en virtud de aquél, éstas no pueden ir en contra ni más allá de lo establecido en las normas de cada uno de los Estados miembros.²¹ Este principio cuida que las acciones comunitarias cuenten con la aprobación del pueblo soberano, por eso se puede decir que existe la necesidad de forjar la construcción comunitaria de cara a los ciudadanos, y, más allá de eso, con su participación democrática directa cada vez que sea necesario.²² ¿Cómo lograrlo? considero que a partir de amplias consultas antes de encarar determinadas acciones y, apelando a la actuación de un parlamento comunitario, integrado por los representantes

²⁰ Marcelo Fraga Iribarne, *Conferencia de la Universidad Carlos III de Madrid sobre la Administración Única*, Madrid, 1992, p. 22.

²¹ Considero que el cumplimiento del principio de subsidiariedad exige que se “respeten simultáneamente el derecho comunitario y las disposiciones nacionales bien establecidas. La propuesta relativa a la sensible cuestión de la investigación con **células madre de embriones humanos** es un ejemplo de cómo aplica la Comisión este requisito. El *Programa marco ID* permite financiar la investigación con células madre de embriones humanos para combatir grandes enfermedades. Se había determinado entonces una clara necesidad de acción comunitaria. La propuesta de la Comisión tiene por objeto establecer normas éticas estrictas para la financiación de proyectos de investigación que impliquen la obtención de células madre de embriones humanos sobrantes. Esta propuesta permitiría a la Unión contribuir de manera responsable al progreso de esta ciencia en beneficio de pacientes del mundo entero y, al mismo, garantizar que las actividades de investigación se desarrollen dentro de un marco ético claro. Por otro lado, los fondos comunitarios estimulan el intercambio de resultados de conocimientos entre equipos de investigación de diferentes Estados miembros. Ahora bien, la Unión ha tenido que tomar en consideración la gran diferencia entre los Estados miembros por lo que respecta a la aceptación de ética de esta investigación, pues algunas legislaciones la prohibían totalmente. En este sentido, la propuesta de la Comisión indica que no se concederá financiación comunitaria para ninguna investigación de ningún tipo que implique el uso de embriones humanos o de células madre de embriones humanos a las entidades jurídicas establecidas en un país en el que tal investigación esté prohibida. Los participantes en proyectos de investigación deberán cumplir la legislación y las normas éticas en vigor en los países en los que se lleve a cabo la investigación. COM (2003) 390, de 9 de julio de 2003.

²² Cesar Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2007, p.346.

elegidos directa y democráticamente por los pueblos de los estados miembros. Así se obtendrá la legitimación a la hora de la emanación de normas desde la órbita supranacional, que luego serán implementadas por disposiciones de derecho derivado.

Por su triple naturaleza el principio de subsidiariedad fue calificado como concepto “poliédrico” hecho que dio origen a un debate acerca de si éste debía tener un carácter exclusivamente político o, por el contrario, debía quedar configurado como un principio plenamente jurídico. La consecuencia más importante de dicha controversia radica en que si al principio se le atribuye naturaleza jurídica, a partir de dicha atribución el principio es perfectamente justificable ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad, es decir podrá ser objeto de control jurídico. Efectivamente existen varios elementos que permiten y justifican el control jurisdiccional del principio de subsidiariedad, análisis que lo desarrollaremos más adelante cuando veamos los tipos de control que se ejercen a tiempo de velar por el cumplimiento de la aplicación del principio de subsidiariedad.

1.4. *Ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad*

Sobre este tema poco es lo que se ha escrito, a pesar de ello existen un par de autores que desarrollan el contenido de una manera muy objetiva, por ejemplo, Delcamp²³ parte de la idea de que la subsidiariedad es mucho más que un simple principio de organización institucional, pues considera que se aplica primero a las relaciones entre el individuo y la sociedad, luego a las relaciones entre sociedad y las instituciones y, finalmente, en el seno de una estructura institucional, inspirando el reparto de competencias entre la base y el vértice.

²³ A. Delcamp, citado por citado por Ana Carretero García, *Los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*, Toledo, Palop Producciones, 1998, Pág. 61.

Para desarrollar cada una de estas relaciones en las que interviene el principio de subsidiariedad nos apoyaremos en la doctrina de Alicia Chicharro Lázaro²⁴ pues dentro de la bibliografía consultada es quien más ha estudiado y aportado sobre el tema.

1.4.1. Subsidiariedad e individuo

Pienso que es muy pertinente indagar sobre el fundamento del principio de subsidiariedad, es decir debemos tratar de identificar el sustento del principio que venimos investigando. Para ello partiremos de una idea central que tiene que ver con el *derecho de toda persona a gobernarse a sí misma*, que como se verá tiene argumentos para conectarse con el principio de subsidiariedad.

José María Gil Robles sostiene que el principio de subsidiariedad puede fundamentarse en una razón meramente experimental o práctica, a saber, el hecho de que pueda ser más eficaz, más funcional, asignar una competencia -siempre que sea posible- al organismo que se halla más próximo, más inmediato, al ciudadano, que confiársela al que, por tener un ámbito de actuación más amplio no tiene esa inmediatez.²⁵

Son varios los autores que fundamentan el principio de subsidiariedad desde esta idea que venimos planteando. Es el caso concreto de James Bryce que dentro de su obra "The American Commonwealth" resume los argumentos habitualmente esgrimidos en la doctrina anglosajona en favor del autogobierno de la siguiente manera:

1. El autogobierno estimula el interés del pueblo en los asuntos de su comunidad (léase de su vecindad) mantiene la vida política local, educa al ciudadano en la realización diaria del deber cívico, y le enseña que la constante vigilancia y el sacrificio de su tiempo y trabajo propios son el precio que hay que pagar por la libertad individual y la prosperidad colectiva. (...)

²⁴ Alicia Chicharro Lázaro, 2001, pp. 38-41.

²⁵ José María Gil-Robles, *El principio de subsidiariedad en la construcción europea*, Valencia, Parlamento Europeo, 1993, p. 3.

5. El autogobierno garantiza la buena administración de los asuntos locales, al dar a los habitantes de cada localidad los medios adecuados para controlar cómo se llevan esos asuntos.²⁶

Si bien la posición de Bryce no hace alusión directa a la subsidiariedad, la consecuencia de esos razonamientos es que hay que procurar la mayor dosis de autogobierno posible y al nivel más próximo al ciudadano que sea posible. Esta es una forma de enunciar el principio de subsidiariedad.

El que una decisión se tome dentro del nivel más cerca al ciudadano no significa que esta no sea efectiva. De hecho, cuando se determina -a la luz del principio de subsidiariedad- que sea el nivel local el que intervenga es porque aquél nivel tiene la capacidad de lograr el objetivo pretendido y puede, en consecuencia, desarrollar efectivamente determinada acción.

Conviene tener en cuenta que Bryce expresa esos razonamientos en defensa del federalismo, destacando su connotación democrática frente a los abusos de un poder centralizado. A favor de esa distribución territorial del poder esgrime otros tres argumentos²⁷ igualmente válidos para fundamentar el principio de subsidiariedad, que conviene destacar:

6. El federalismo permite a un pueblo realizar experiencias legislativas y administrativas que no podrían realizarse sin riesgo en un gran país centralizado. Una república relativamente pequeña, como es un estado americano puede hacer y deshacer leyes fácilmente; los errores no son serios porque se corrigen pronto; otros estados aprovechan la experiencia de una ley o un método que han resultado bien en otro estado que la ha probado.
7. El federalismo si bien disminuye la fuerza colectiva de una nación disminuye también los riesgos a los que la exponen su tamaño y la diversidad de sus partes.
Del mismo modo, si la discordia social o una legislación imprudente se presenta en un miembro de la federación, el problema puede detenerse en la frontera del Estado, en lugar de extenderse y afectar a toda la nación.
8. El federalismo al crear muchos parlamentos locales descarga al parlamento nacional de una parte de esa gran masa de tareas que de otro modo podría resultar demasiado pesada. Así los asuntos se pueden

²⁶ James Bryce, *The American Commonwealth*, Londres, Macmilian and Co., 1888, p. 466

²⁷ Ob. cit. p. 468

despachar más prontamente y la gran asamblea central de la nación tiene tiempo para deliberar sobre las cuestiones que afectan más directamente a la totalidad de ésta.

Existe otra corriente que enlaza el principio de subsidiariedad con el *concepto de persona y el derecho de ésta a gobernarse a sí misma*. Así, Enrique Gil y Robles²⁸, citado por José María Gil-Robles, expone sobre el “self-government” explicando que éste se entiende como el derecho al propio gobierno que tiene toda sociedad -en virtud de su personalidad o independencia- y mediante el cual atiende a sus fines y necesidades usando los medios y recursos propios.

De allí, Enrique Gil, deduce que el auxilio social que una sociedad superior presta a otra inferior es sólo complementario en razón de la insuficiencia, defecto de su capacidad gubernativa o falta y escasez de recursos. Sostiene que de no existir estos fundamentos y motivos, el auxilio no sólo es inútil y carece de título, sino que puede ser, además nocivo y, en todo caso, supone una intervención desordenada de la esfera gubernativa.

Teniendo en cuenta que nuestro objetivo es tratar de identificar el fundamento del principio de subsidiariedad, a base de los criterios anteriores considero que la base político-ideológica del principio de subsidiariedad está formada por dos elementos: primero, el valor de la libertad personal y, segundo, la autonomía individual. Esto significa que cuando una persona puede realizar una determinada función es lógico que actúe por sí misma; claro que la sociedad y el poder político pueden socorrer al individuo cuando éste sea incapaz de desenvolverse por sí solo. De manera, que la noción original y primaria de este principio deriva del reconocimiento de la dignidad humana y del derecho al desarrollo de la propia personalidad, de modo que los poderes públicos deben respetar la esfera de acción de los individuos o grupos intermedios, mismos que constituyen el límite inferior de la aplicación del principio de subsidiariedad.

²⁸ Enrique Gil y Robles, *Tratado de Derecho Político según los principios de la Filosofía y el Derecho Cristianos*, Madrid, Editores Libreros, 1961.

1.4.2. Subsidiariedad y colectividades

Para comprender cabalmente esta relación Chícharro Lázaro parte de un principio antropológico según el cual se entiende que el individuo no es suficiente por sí mismo, en consecuencia el ser humano busca de acuerdo con su naturaleza, la alianza con los demás para lograr sobrepasar el límite de su propia capacidad y de esta manera conseguir objetivos más ambiciosos. En este sentido, forma parte de la comunidad de residentes de un cantón, un concejo, una provincia, etc., que pertenecerá a una región integrada en un Estado. Este último puede negociar tratados con otros países de su entorno con el fin de transferir competencias a una organización internacional y/o supranacional que, junto a otras organizaciones del mismo tipo y diversos Estados, conforman la comunidad internacional.²⁹

Según Sánchez Agesta, los miembros de estos grupos menores que representan la sociedad tienen una estructura, un conjunto de normas específicas, y un cuadro de funciones propias del grupo.³⁰ Justamente en esta situación cumple su papel el principio de subsidiariedad, puesto que para desarrollar esas funciones propias a las que se hace referencia, cada grupo reclama una esfera de autonomía adecuada, en la que actuará por sí mismo obligando a cualquier otra entidad superior a respetar su capacidad de acción y, si las circunstancias lo exigen, a limitar su intervención a lo estrictamente necesario.

²⁹ Cabe destacar las diferencias que, hoy en día, distinguen a la Comunidad Andina o la Unión Europea - como procesos de integración- del resto de las organizaciones internacionales. En efecto, dados los rasgos singulares que presenta tanto en su naturaleza jurídica como en su estructura orgánica y en su dinámica funcional, se ha venido en hablar de la CAN o la UE como organizaciones de integración supranacional en contraposición al resto de las organizaciones internacionales, que serían de mera cooperación interestatal. José Manuel Peláez Marón, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, 2000, p. 37.

³⁰ L. Sánchez Agesta, *El principio de la función subsidiaria*, 1962, p. 8.

1.5. Doble lectura del principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad ha sido calificado por varios autores y en muchas oportunidades como un concepto “ambiguo”.³¹ En primer lugar, porque existe otra subsidiariedad, la que viene del campo de la ciencia política, donde no es reciente. En segundo lugar, porque el concepto está presente en muchos ordenamientos nacionales con un matiz de menor importancia, de carácter accesorio.³²

Reputada la subsidiariedad como un concepto “ambivalente” que puede usarse tanto para justificar como para limitar la acción del nivel superior, han surgido dos interpretaciones diferentes: una positiva o ascendente y otra negativa o descendente.

Tradicionalmente el principio de subsidiariedad se ha interpretado de forma negativa, como un principio de organización social que parte desde abajo abogando por la máxima autonomía de las entidades inferiores y limitando la acción ordenadora de las superiores, primando criterios como la necesidad, la proximidad, la dignidad humana.³³

Desde la perspectiva negativa el principio de subsidiariedad se presenta como la garantía del respeto de la autonomía y responsabilidad propia de los miembros de la comunidad, así como de la ayuda suplementaria de los poderes públicos para alcanzar el bien superior. Como anota Chicharro Lázaro, el principio de subsidiariedad interpretado

³¹ Ver por ejemplo Gérard Iyon citado por José María Miranda, *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social*, en Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, No. 47, Oviedo, Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, p. 111. Para este autor el principio de subsidiariedad carece tanto de “elegancia como de exactitud”.

Para Aracely Mangas M., la noción de subsidiariedad está cargada de un “contradictorio magnetismo”; *El Tratado de la Unión Europea*, Págs. 46-47.

³²El hecho de que el principio de subsidiariedad fuese bien conocido por los países fundadores de las Comunidades Europeas y se hallase, en mayor o menor medida, incorporado en sus respectivos ámbitos internos, como elemento armonizador del ejercicio y ejecución de las competencias del propio Estado y las de sus respectivas estructuras políticas y administrativas, evidencia que lo que estos países venían considerando, a nivel interno, como un principio útil, lo valorasen igual o en mayor medida, a nivel comunitario. José Manuel Peláez Marón, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 57. Existe, por ejemplo, un sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España, o un sistema de distribución de competencias entre el Estado Federal (USA, Alemania) y los Estados federados en los que se maneja el principio de subsidiariedad como criterio de la distribución de las competencias compartidas.

³³ Alicia Chicharro Lázaro, 2001, 42.

negativamente tenderá a contener la acción del mayor en la medida de lo posible, para salvaguardar la autonomía del inferior.

En mi opinión la subsidiariedad negativa debería entenderse como aquella que se manifiesta como límite o freno a la intervención de un poder superior, cuando otro nivel más cercano a los particulares y/o grupos pueda desempeñar una competencia. Tendría, en este caso, un efecto descentralizador.

Pero también existe una interpretación positiva, según la cual siempre que la autoridad superior sea más eficaz para alcanzar un determinado objetivo, será ésta la que intervenga en lugar de las instancias más próximas al ciudadano, primando criterios relativos a la eficacia y al interés general.³⁴ De este modo, la instancia superior o el poder central irán adquiriendo cada vez más prerrogativas, a la vez que los grupos intermedios perderán en manos de los Estados la mayor parte de sus competencias. Dada la mayor capacidad de las instancias superiores que poseen más medios, la instancia central irá succionando tantas competencias como sea posible.³⁵

Desde mi punto de vista la subsidiariedad positiva entraña para los poderes superiores un deber de obrar, cuando la dimensión del asunto a tratar o la incompetencia de los niveles inferiores de poder así lo exijan. Se puede entender que ésta genera un

³⁴ El concepto de desarrollo sostenible se integra en varios ámbitos, especialmente en materia medioambiental. De acuerdo con el artículo 174 de la CE, la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre **responsabilidad ambiental** aplica el principio de quien contamina paga. Esta propuesta establece un marco para la prevención y la reparación de los daños medioambientales. Ante los problemas que plantean la contaminación de parajes y de las aguas, la destrucción de la biodiversidad y la ausencia en algunos Estados miembros de un régimen de responsabilidad para paliar los daños medioambientales, se consideró necesario adoptar una acción a nivel de la Comunidad. Su objetivo es garantizar que, en el futuro, el que contamine realice las tareas de limpieza o asuma su coste, porque de no aplicarse el principio del que contamina paga se puede correr el riesgo de que se perpetúen los comportamientos censurables que han causado la contaminación. Además, en ausencia de un marco legislativo común, los agentes económicos podrían aprovechar las diferencias entre los Estados miembros para eludir sus responsabilidades. La propuesta legislativa responde a estos requisitos y es proporcional a las necesidades, puesto que establece un marco de medidas orientadas a reparar daños graves que afecten a la biodiversidad, como fundamento común mínimo en el que puedan basarse los Estados miembros para aplicar eficazmente el régimen propuesto. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, COM(2002) 17, de 23 de enero de 2002, Bruselas, 2002.

³⁵ Alicia Chicharro Lázaro, 2001, 44.

efecto contrario al que deriva de la subsidiariedad negativa, ayudando a acrecentar el número de competencias comunitarias.

Yo diría que se trata, por una parte, de un principio flexible que puede ser interpretado de dos formas opuestas entre sí, pero que, en todo caso, busca un equilibrio entre injerencia y no injerencia, autoridad y libertad atendiendo a las circunstancias concretas. La subsidiariedad sitúa a cada uno en el lugar que le corresponde llevando a cabo las tareas que por definición le son propias³⁶, es decir, distribuye las tareas teniendo en cuenta la pluralidad de sujetos y la naturaleza de la función a realizar. Por otro lado, considero que es un principio dinámico ya que la capacidad de las autoridades nacionales de controlar cuestiones transnacionales varía en el tiempo. Esta capacidad ha disminuido en las últimas décadas y resulta insuficiente en varios ámbitos. Inversamente, algunas de las medidas comunitarias adoptadas hace muchos años no conservan necesariamente el mismo valor añadido en 2008.

1.6. Orígenes del principio de subsidiariedad

1.6.1. Orígenes remotos

Al rastrear las fuentes del principio de subsidiariedad, los autores que lo han estudiado recurren a pensadores como Aristóteles, Santo Tomas de Aquino o Althusius. Sin embargo, es necesario advertir que aunque se trata de un principio de funcionamiento administrativo-político bastante general, resulta difícil localizar su origen con precisión.

El primero de los filósofos clásicos en tratar el tema de la subsidiariedad fue Aristóteles en su obra *La Política*³⁷, al afirmar la primacía del individuo frente a una *polis* omnipotente, debiendo estar siempre ésta al servicio de aquel.

³⁶ Ver el concepto de competencias exclusivas y compartidas en los puntos 2.1.1.1. y 2.1.1.2., respectivamente, del segundo capítulo.

³⁷ Aristóteles, *La Política*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970.

Esta idea fue tomada por Santo Tomas de Aquino en el siglo XIII, dando un fundamento teológico a la relación Estado-individuo. Se refiere al principio de subsidiariedad cuando afirma que: “la perfección, para toda autoridad, consiste en el proveer a los propios súbditos en el respeto de su naturaleza; por lo tanto así como sería no conforme a un gobierno humano que la autoridad impidiese a los súbditos el desarrollo de sus propios deberes, sino temporalmente, por motivo de alguna excepcional necesidad, de la misma manera sería no conforme al gobierno divino que las creaturas fueran privadas de la facultad de actuar según los modos propios de su naturaleza. Luego que, entonces, es la acción autónoma la que cobra valor, el poder político no intervendrá sistemáticamente sino sólo en la medida en la cual sea necesario”. (Conf. S. Tomás de Aquino. *Contra Gentiles*, III, 71).³⁸

El filósofo Althusius (s. XVII), también trató el tema de la subsidiariedad al tomarla como principio fundamentador del reparto de poderes entre las comunidades que engloban sucesivamente al individuo, la familia, los gremios, la ciudad, la provincia, y el Estado. Entre todas estas comunidades el aglutinante es el “foedus” (traducción laica del término bíblico alianza), mediante el “subsidium” del superior al inferior quede garantizado.

1.6.2. Corriente liberal

Entre los autores de la tradición liberal que han hecho referencia a algunos de estos aspectos, la doctrina menciona por ejemplo a John Locke y a Alexis de Tocqueville. Dada la importancia para el individualismo liberal y el énfasis que la interpretación “descendente” del principio de subsidiariedad pone en la capacidad decisoria del individuo o de entidades sociales próximas al ciudadano, no es de extrañar que se recurra a

³⁸ Giovanna Razzano, *Il principio di sussidiarietà nel progetto di riforma della costituzione della Commissione Bicamerale*, en *Diritto e Società*, Padua, CEDAM, 1997, pp. 523 y ss.

autores de esta tradición de pensamiento político que terminaron de sentar bases teóricas claras respecto al principio en cuestión.³⁹

John Locke aportó al concepto con la noción del contrato propuesto por el Estado al individuo, de acuerdo con el cual éste aliena una parte de su libertad a cambio de la garantía del respeto a su autonomía en la esfera privada y de beneficiarse de los servicios que sólo el Estado le puede prestar.

Por su parte, Alexis de Tocqueville partiendo de los principios filosóficos de Locke, inspiró el fundamento del reparto de competencias y del establecimiento del sistema constitucional de “checks and balances” típico del federalismo norteamericano.⁴⁰

1.6.3. El principio de subsidiariedad en la doctrina social de la Iglesia Católica

Sin embargo, las raíces directas del principio de subsidiariedad moderno están en una corriente de pensamiento que, en muchos sentidos, se sitúa en las antípodas del liberalismo individual: se trata de la doctrina social de la Iglesia Católica.⁴¹

Los Sumos Pontífices de la Iglesia Católica han venido defendiendo constantemente el principio de subsidiariedad. Así por ejemplo, León XIII (1891), sin emplear el término como tal, aludía a su fundamento en la encíclica *Rerum Novarum* al recordar: “no es justo, según hemos dicho que ni el individuo ni la familia sean absorbidos

³⁹ Roberto Breña, *El principio de subsidiariedad y la construcción de una Europa social*, Comisión de Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, 1998, Pág. 471.

⁴⁰ Alexis de Tocqueville en su obra *La democracia en América*, al mismo tiempo de apreciar las ventajas del sistema federativo se niega a creer que los pueblos confederados puedan luchar largo tiempo, en igualdad de fuerzas, contra una nación en la que el poder gubernamental se halle centralizado. Para ilustrar su pensamiento relata el siguiente ejemplo: “la Constitución da al Congreso el derecho de llamar a la milicia de los diferentes Estados al servicio activo cuando se trata de sofocar una insurrección o de rechazar una invasión; otro artículo dice que en dicho caso el Presidente de los Estados Unidos es el comandante en jefe de la milicia. Cuando la guerra de 1812, el Presidente dio orden a las milicias de norte de trasladarse a las fronteras; sin embargo Connecticut y Massachusetts se negaron a enviar su contingente porque si bien reconocieron que la Constitución autoriza al Estado federal a servirse de las milicias, dijeron que no existía ni insurrección ni invasión alguna por lo que la medida perjudicaba sus intereses, en consecuencia el gobierno federal tuvo que buscar en otra parte las tropas que necesitaba. Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p.158.

⁴¹ Las Encíclicas fueron tomadas del *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, a cargo del Pontificio Consejo “Justicia y Paz” disponible en el sitio web: www.vatican.va

por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie”⁴²

No obstante, no será sino cuarenta años después con la encíclica *Quadragesimo Anno* (Pío XI, 1931) cuando el tema de la subsidiariedad reciba un tratamiento más detenido. En esta última se puede leer:

“ (...) sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y darlo a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos (...) Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvando este principio de función “subsidiaria”, el orden jurídico entre las diversas asociaciones, más firme será no sólo la autoridad, sino la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación.”⁴³

La encíclica *Quadragesimo Anno* fue redactada por un joven jesuita alemán de nombre B. von Nell-Breuning; éste consideraba que la función de la subsidiariedad se traduce en salvaguardar la autonomía y la responsabilidad propias del individuo humano frente a la sociedad. Pero, asimismo, se trata de salvaguardar la autonomía y la responsabilidad de los círculos de vida social más pequeños frente a los procesos de socialización más amplios y omniabarcantes y que se estatuyen, así, claramente en niveles ordenados y superpuestos.⁴⁴

Juan XXIII no sólo volvió a recordar la vigencia de ese principio en la encíclica “*Mater et Magistra*”⁴⁵, sino que lo aplicó en la “*Pacem in Terris*”⁴⁶ a la ordenación de las relaciones mundiales, afirmando:

“(140) Además, así como en cada Estado es preciso que las relaciones que median entre la autoridad pública y los ciudadanos, las familias y los grupos intermedios re

⁴² León XIII: Encíclica “*Rerum Novarum*”, núm. 26

⁴³ Tomado del trabajo de Juan García Gutiérrez, *Subsidiariedad, Ciudadanía y Política Educativa en la UE*, Departamento de Teoría e Historia de la Educación, UCM, Pág. 5.

⁴⁴ B. von Nell-Breuning citado por Carlos Eduardo Maldonado en *Derechos Humanos, Solidaridad y Subsidiariedad*, Bogota, Editorial Temis, 2000.

⁴⁵ Juan XXIII: “*Mater et Magistra*”, núm. 52.

⁴⁶ Juan XXIII: “*Pacem in Terris*”, núms. 140-141.

regulen y gobiernen por el principio de la acción subsidiaria, es justo que las relaciones en la autoridad pública mundial y las autoridades públicas de cada nación se regulen y rijan por el mismo principio. Esto significa que la misión propia de esta autoridad mundial es examinar y resolver los problemas relacionados con el bien común universal en el orden económico, social, político o cultural, ya que estos problemas por su extrema gravedad, amplitud extraordinaria y urgencia inmediata presentan dificultades superiores a las que pueden resolver satisfactoriamente los gobernantes de cada nación.

(141) Es decir, no corresponde a esta autoridad mundial limitar la esfera de acción e invadir la competencia de la autoridad pública de cada Estado. Por el contrario, la autoridad mundial debe procurar que en todo el mundo se cree un ambiente dentro del cual no sólo los poderes públicos de cada nación sino también los individuos y los grupos intermedios puedan con mayor seguridad realizar sus funciones, cumplir sus deberes y defender sus derechos.”

En el texto de las dos últimas encíclicas podríamos sustituir “autoridad pública mundial” por “instituciones comunitarias”, y “bien común universal” por “bien común comunitario”; y se tendrá como resultado una clara y completa aplicación del principio de subsidiariedad a las relaciones entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros, sin forzar el espíritu ni el contenido del texto, puesto que las Comunidades no son sino una forma de unión supranacional para resolver problemas y realizar funciones que ya no pueden llevar a cabo satisfactoriamente por separado los Estados que conforman dichas comunidades.

En lo posterior, el Papa Juan Pablo II también se ha referido a este principio en la encíclica “Centesim Annus”⁴⁷. De acuerdo con el esquema de la encíclica comienza recordando:

“...de la concepción cristiana de la persona se sigue necesariamente una justa visión de la sociedad. Según “Rerum Novarum” y la doctrina social de la Iglesia, la sociedad del hombre no se agota en el Estado sino que se realiza en diversos grupos económicos, sociales, políticos y culturales los cuales como provienen de la misma naturaleza humana tienen su propia autonomía sin salirse del bien común”.

Más adelante contrapondría esta concepción pluralista frente a la concepción que inspira diversos totalitarismos:

“El Estado totalitario tiende además a absorber en sí mismo la nación, la sociedad, la familia, las comunidades religiosas y las mismas personas. Defendiendo la propia libertad, la Iglesia defiende a la persona que debe ofrecer a Dios antes que a los hombres, defiende la familia, las diversas organizaciones sociales y las

⁴⁷ Juan Pablo II: “Centesimus Annus”, núm. 13.

naciones, realidades todas que gozan de un propio ámbito de autonomía y de soberanía.”⁴⁸

En ocasión del examen del papel del Estado en el orden económico, el Papa Juan Pablo II manifestó:

“En este ámbito también debe ser respetado el principio de subsidiariedad. Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales con miras al bien común.”⁴⁹

Benedicto XVI, el primer Sumo Pontífice del siglo XXI y actual jerarca de la Iglesia Católica, también se refirió al principio de subsidiariedad en la primera encíclica de su pontificado intitulada *Deus caritas est*. En ella declaró:

“El Estado deberá actuar siguiendo el principio de subsidiariedad, es decir, no pretendiendo abarcar en sí mismo todas las iniciativas. El principio de subsidiariedad busca evitar que el Estado se convierta en una gran instancia burocrática que en lugar de servir a la sociedad, la paraliza, cuando no la parasita. Precisamente, está en la naturaleza del Estado apoyar y promover aquellas instituciones que están más cerca de las problemáticas y que pueden dar respuestas más adecuadas.”⁵⁰

Como se puede apreciar, la historia de la subsidiariedad, a través de los diversos textos de la Iglesia Católica, es la historia de una gradual extensión y profundización del concepto. En un comienzo se lo introduce como una referencia política y social, posteriormente -como se dio en las encíclicas de Juan XIII y Juan Pablo II- se va ampliando hacia terrenos más particulares como las competencias económicas a cargo de las autoridades públicas, al de las preocupaciones relativas a la ayuda regional por parte de los gobiernos centrales, y a la esfera de los asuntos internacionales abogando por una idea de “gobierno mundial”.

Por lo tanto, creo que la subsidiariedad fue introducida para crear un principio de acuerdo o de armonía entre los diferentes grupos sociales -que componen, todos, la

⁴⁸ Juan Pablo II: “Centesimus Annus”, núm. 45.

⁴⁹ Ibidem, núm. 48.

⁵⁰ Benedicto XVI, *Carta Encíclica Deus Caritas est* del 25 de diciembre de 2005. Tomada del sitio web www.vatican.va/roman_curia/pontifical

sociedad civil- y, mediante este balance de fuerzas, controlar los abusos del poder por parte del Estado o de los principales ejes del poder, sea éste político, militar o económico). Pareciese que la introducción del principio de subsidiariedad originalmente tiene una fuerte carga anti-estatal, en el sentido de expresar un rechazo o por lo menos un llamado crítico a fenómenos como la concentración del poder, los usos y abusos del poder y las relaciones entre Estado político y sociedad civil.

Asimismo -a partir del análisis de las encíclicas mencionadas- puedo concluir que la Doctrina Social de la Iglesia Católica lucha contra dos concepciones extremas. Por una parte, la Iglesia se opone a la postura extrema del individualismo y rechaza dejar todo al individuo sin la intervención del Estado, la Iglesia considera al ser humano como un ser esencialmente social que necesita de los demás seres humanos. Por otra parte, la Doctrina Católica toma posición contra la postura extrema del totalitarismo, pues considera un error que el Estado esté facultado para hacer todo, ya que los individuos, las sociedades intermedias y los diversos grupos sociales perderían así toda la eficacia de su iniciativa y de sus propios medios. Además, la Iglesia entiende que el ser humano, por ser persona, es un fin en sí mismo y no debe ser considerado como un simple medio. Un ser humano no debe ser absorbido como una pieza dentro de un todo estatal, pues perdería su ser, su iniciativa y sus propias fuerzas.

A partir de la segunda guerra mundial, el principio de subsidiariedad, tal como aparecía en las encíclicas mencionadas, fue adoptado y renovado por los partidos democristianos de Europa. Además, combinado con otros principios fundamentales que estos partidos han adoptado y defendido (como son el personalismo, la solidaridad y la justicia distributiva), contribuyó a construir la visión continental de la democracia cristiana sobre el Estado de bienestar. Dicha visión, si bien desconfía de la intervención estatal indiscriminada, no pone reparos a la misma cuando los principios señalados no podían

cumplirse sin su intervención. Es decir, no existen límites infranqueables o estáticos a la intervención gubernamental.⁵¹

En cuanto a los antecedentes jurídicos, el principio de subsidiariedad parece estar inspirado en las constituciones de alguno de los Estados miembros. Varios autores coinciden que se trata de la Ley Fundamental de Bonn o Constitución alemana de 1949. En ella, al tratar las atribuciones del *Bund* (parlamento nacional) y de los *Länder* (unidades políticas que conforman la federación) el artículo 30 señala que “el ejercicio de prerrogativas estatales y el cumplimiento de las tareas del Estado incumben a los *Länder*, salvo lo dispuesto en la Ley Fundamental”.

Breña considera que en esta relación, entre federalismo y subsidiariedad, está el origen de la ambigüedad del principio. Sostiene aquello, por el hecho de que un sistema federal de gobierno incluye las dos tendencias contradictorias -la positiva o ascendente y la negativa o descendente- están contenidas en el principio de subsidiariedad. Por un lado, todo Estado federal pretende contar con una serie de competencias y prerrogativas que le permitan mantener la unidad del país a través de un conjunto de medidas de índole diversa (políticas, económicas, sociales o culturales); por otra parte, cada una de las unidades territoriales que conforman el Estado en cuestión pretenden mantener dichas medidas dentro unos límites que, desde su punto de vista, no infrinjan sus márgenes de acción política, sus posibilidades de desarrollo económico y sus especificidades culturales.

En términos institucionales, son dos los documentos que constituyen antecedentes del principio de subsidiariedad: 1) el Informe Tindemans de 1975 y 2) la idea implícita que ya recogía el proyecto de Constitución Europea de Altiero Spinelli, en su artículo 12, párrafo 2.

⁵¹ Roberto Breña, Comisión de Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, Pág. 472.

Sin embargo, no fue sino hasta 1992 que el principio de subsidiariedad quedó solemnemente consagrado en el ordenamiento jurídico comunitario por medio del Tratado de Masstricht, en un marco de grandes cambios y avances en la integración europea. Está recogido con carácter general en el artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (antiguo artículo 3B). Además de ésta, existen otras referencias al principio de subsidiariedad. La primera de ellas se encuentra en el antepenúltimo párrafo del preámbulo del TCE: “resueltos a continuar el proceso de creación de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad”.

El artículo A del Tratado, en su párrafo segundo, aunque sin mencionar expresamente el principio de subsidiariedad, utiliza la misma fórmula del preámbulo al señalar que en la Unión Europea “las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos”.

Una última alusión directa al principio de subsidiariedad aparece en el Tratado de Masstricht en el artículo K3, en su apartado 2, letra b, cuando se establece que, para la aplicación de algunas disposiciones del título VI del Tratado (que tratan sobre la cooperación judicial, aduanera y policial), el Consejo podrá “adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate...”.

Más tarde se volvería sobre la cuestión durante el Consejo Europeo celebrado en Dublín durante el 13 y el 14 de diciembre de 1996. Allí fue perfilándose el futuro “Acuerdo de Ámsterdam”, y se vio claramente que la opción triunfadora sería la propuesta de un Protocolo del TCE y el artículo 3B (actual art. 5 del TCE). Este instrumento legal tiene por objetivo definir de forma precisa los criterios de aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad, haciéndolos jurídicamente vinculantes, con el objeto de garantizar su

más estricto respeto; tanto como su aplicación coherente por parte de las instituciones.⁵² Dicho Protocolo establece además obligaciones para las instituciones, y en primer lugar para la Comisión, que debe motivar sus propuestas legislativas en relación con el principio de subsidiariedad. Sin embargo, dicho Protocolo no contiene novedades fundamentales sobre el principio en sí, simplemente es un elemento útil para su aplicación, como lo veremos más adelante cuando lo analicemos.

1.7. Principio de proporcionalidad

1.7.1. Concepto

Con carácter previo a conceptualizar el principio de proporcionalidad conviene precisar que si bien los Estados no pueden alcanzar de manera suficiente los objetivos previstos y la acción a nivel comunitario alcanza mejor los objetivos pretendidos, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la comunidad no actuará automáticamente sino que habrá que revisar si los medios que dispone son apropiados para conseguir esos fines. De lo anterior se puede apreciar que existe una conexión entre el principio de subsidiariedad que justifica la intervención comunitaria y el principio de proporcionalidad que determinará cómo desarrollará su acción la Comunidad. Por esta razón es importante hacer un análisis breve del principio de proporcionalidad.

El artículo 5, párrafo 3º, que consagra el principio de proporcionalidad tiene el siguiente tenor literal: “Ninguna acción de la comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos pretendidos presente tratado”.

Según el principio de proporcionalidad debe existir una adecuación y un equilibrio entre los medios que utiliza el nivel supranacional y los objetivos previstos en los Tratados que hacen a los procesos de integración, de modo que cuando pueda optarse entre diversas medidas apropiadas para lograr un determinado objetivo, habrá que recurrir a la menos restrictiva de todas ellas.

⁵² Ramón Tamames y Mónica López, *La Unión Europea*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, Pág. 120.

Al respecto, Alicia Chicharro sostiene que este principio supone que los medios deben adecuarse a los fines que se persiguen.⁵³ Es decir, en términos generales, el principio de proporcionalidad requiere que las autoridades públicas lleven a cabo acciones susceptibles de alcanzar la finalidad perseguida, no habiendo otra medida menos restrictiva de la esfera de la libertad de los ciudadanos, siempre que el coste absoluto sea equilibrado en relación con el beneficio a obtener.⁵⁴

En el mismo sentido se pronuncian Araceli Mangas y Diego Liñán, ambos consideran que de conformidad con las Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo, los medios que emplee la Comunidad deben ser proporcionales al objetivo que se persiga. Cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre los gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos, deberá ser reducida al mínimo y deberá ser proporcionada con el objetivo que se desee alcanzar.⁵⁵

⁵³ Alicia Chicharro Lázaro, *El principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2001, Pág. 150.

⁵⁴ La propuesta sobre **sustancias químicas**, presentada el 29 de octubre de 2003, por ejemplo, es un caso en el que, según la Comisión, la única opción es la de un reglamento o, dicho de otro modo, ningún instrumento menos vinculante ha permitido alcanzar con eficiencia los objetivos establecidos en la materia. La conclusión sobre la necesidad de realizar una importante reforma en el ámbito de las sustancias químicas venía precedida de un amplio consenso sobre el desfase de la legislación vigente para responder eficaz y convenientemente a la preocupación de los ciudadanos por el posible impacto de las sustancias químicas en la salud y el medio ambiente. Entre otros problemas particulares, cabe destacar la falta de información suficiente sobre las sustancias químicas comercializadas por primera vez antes de 1981 (propiedades, usos, riesgos, y medidas de reducción de riesgo); la gran carga administrativa que soportan las autoridades públicas; y la lenta y costosa realización de las determinaciones del riesgo finales. Para encontrar una respuesta adecuada a las justificadas preocupaciones de todos los agentes interesados, la Comisión ha valorado cuidadosamente luego de varias consultas las ventajas y desventajas de diversos instrumentos, especialmente en cuanto al coste para la industria y la carga administrativa. La conclusión final de la Comisión es que el registro, la evaluación, la autorización y la restricción de sustancias químicas debe fijarse en un reglamento y gestionarse a través de una agencia europea de sustancias y preparados químicos. La elección del instrumento más fuerte entre las opciones legislativas de que dispone la Unión tiene varias justificaciones. Un reglamento es el mejor medio de prevenir distorsiones de la competencia, elemento fundamental, teniendo en cuenta las consecuencias económicas de la acción prevista. Asimismo, el seguimiento legislativo de un reglamento por parte de los Estados miembros y su supervisión por parte de la Comisión son relativamente sencillos respecto al trabajo que supondría una directiva. Por último, la elaboración de un acto legislativo sobre esta cuestión se justifica por la complejidad técnica, más aún tratándose de productos potencialmente peligrosos. En consecuencia, no era posible recurrir a soluciones alternativas más flexibles, como la autorregulación.

⁵⁵ Araceli Mangas y Diego Liñán, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2004, Pág. 119.

El principio de proporcionalidad hasta el Tratado de Maastricht, era un aporte de la jurisprudencia comunitaria que lo fue construyendo conforme al modelo alemán. Por ejemplo, en la Sentencia *Denkavit* establecía: “en virtud del principio de proporcionalidad, las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias no deben exceder de lo que es apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido.”⁵⁶

A través de sus fallos el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea fue depurando la configuración del principio de proporcionalidad y a su vez dictó una definición más precisa. Así, en la sentencia pronunciada en el caso *Fromançais* disponía:

“En orden a establecer si una previsión de Derecho Comunitario es acorde con el principio de proporcionalidad es necesario verificar, en primer lugar, si los medios que se emplean para alcanzar el fin corresponden a la importancia de ese fin y, en segundo lugar, si son necesarios para su consecución”.⁵⁷

Por medio de una jurisprudencia más actual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado el concepto, añadiendo que en caso de que se den diversas alternativas, se escogerá la menos onerosa, si las desventajas que produce no son desproporcionadas con los fines perseguidos. Este criterio es recogido, por ejemplo, en la sentencia *Crispolonti* en los términos siguientes:

“El principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho Comunitario, exige que los actos de las Instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a las menos onerosas, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos”.⁵⁸

Este principio, también denominado por algunos autores como Principio de razonabilidad, se encuentra establecido -mientras se aguarda la ratificación del Tratado de Lisboa⁵⁹ -, en el Art. 5 parte *in fine* del Tratado de la Comunidad Europea, que

⁵⁶ Sent. TJCE de 17 de mayo de 1984, (15/83)

⁵⁷ Sent. TJCE de 23 de febrero de 1990, (66/90)

⁵⁸ Sent. TJCE de 5 de octubre de 1994, (C-133/93 y C-362/93)

⁵⁹ Para realizar plenamente su potencial, la Unión Europea (UE), en posición oficial, manifestó que el proceso de integración requiere de modernización y reformas. La UE formada a la fecha por veintisiete Estados

puntualmente establece: “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado”. Y en el artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero: “La Comunidad cumplirá su misión, en las condiciones previstas en el presente Tratado, mediante intervenciones limitadas”.

El Tratado de Lisboa traslada este principio, con el mismo alcance del artículo vigente, al artículo 3 –ter del Tratado de la Unión Europea, que se tiene previsto entre en vigencia una vez que todos los países miembros de la Unión ratifiquen dicho Tratado hasta el primero de enero del 2009.

En mi opinión, el principio de proporcionalidad es un principio que busca alcanzar el equilibrio y la ponderación entre una serie de intereses en conflicto intentando evitar el exceso. Es decir obliga a comparar las medidas que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos. Este último detalle es muy importante porque, precisamente, el principio de proporcionalidad se desenvuelve en el plano de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

miembros, funciona en la actualidad con normas concebidas para quince de ellos. Durante los últimos diez años ha tratado de encontrar la forma adecuada de optimizar los instrumentos con los que cuenta y reforzar su capacidad de actuación. Al mismo tiempo, cada vez son más los Estados que desean una actuación colectiva de la UE para solucionar problemas que afectan colectivamente, ya se trate del cambio climático, la seguridad energética, o el terrorismo internacional. Como la UE ha crecido y tiene nuevas responsabilidades, es lógico que actualice su modo de proceder. Con sus mejoras, el Tratado de Lisboa busca dotar a la Unión de los medios necesarios para enfrentar los desafíos del mundo de hoy. En definitiva, las razones fundamentales del Tratado son tres: eficacia en la toma de decisiones, más democracia gracias al mayor protagonismo del Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales y más coherencia en la actuación exterior. Por estas razones, el pasado 13 de diciembre de 2007 los dirigentes de la UE firmaron el Tratado de Lisboa, culminando así unas negociaciones sobre asuntos institucionales que habían durado varios años. El Tratado de Lisboa modifica los Tratados de la Unión Europea y la Comunidad Europea ahora en vigor, pero no los sustituye. El nuevo texto proporcionará a la Unión el marco jurídico y los instrumentos necesarios para hacer frente a los retos del futuro y dar respuesta a las exigencias de los ciudadanos. El Tratado de Lisboa tendrá que ser ratificado por todos los Estados miembros para que pueda entrar en vigor. A cada Estado le corresponde decidir, con arreglo a su marco constitucional, si la ratificación se hace por referéndum o por votación Parlamentaria. El objetivo es que, una vez ratificado, el Tratado se encuentre en vigor el 1 de enero de 2009, para que pueda publicarse antes de las elecciones al Parlamento Europeo de ese año. Mientras tanto, el actual Tratado de Niza que entró en vigor en 2003 seguirá rigiendo las actividades de la UE hasta que todos los países de la Unión hayan finalizado el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa.

Desde esta perspectiva, Ana Carretero considera al principio de proporcionalidad como un principio comparativo, puesto que hay que buscar entre medidas alternativas idóneas y además rechazar aquéllas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas que aseguren igualmente la consecución del fin.⁶⁰

Con este mecanismo, a mi criterio, se pretende disminuir la intromisión dentro de la esfera de los derechos y las libertades del individuo, realizando, a través de consideraciones valorativas, una ponderación entre las distintas opciones o medidas aplicables.

Tal como ocurre con el principio de subsidiariedad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se constituye en el ente contralor del cumplimiento del principio de proporcionalidad, exigiendo el respeto de este principio a los legisladores comunitarios.

1.7.2. Aplicación del principio de proporcionalidad

Suponiendo que la eficiencia en la intervención de la Comunidad fue demostrada conforme con el principio de subsidiariedad, de acuerdo con el principio de proporcionalidad esa intervención deberá ser sometida previamente a una evaluación de intensidad o lo que en la doctrina se denomina *test de la intensidad*.

Según Emiliou, citado por Alicia Chicharro, la revisión de una determinada medida a la luz de la proporcionalidad se compone de dos elementos diferentes: *principio de adecuación* y *principio de necesidad*. Se trata de dos elementos relacionados entre sí y que constituyen condición *sine qua non* a ser superada por la medida adoptada por una autoridad pública para que su validez pueda sostenerse plenamente.

Para Emiliou *la adecuación* significa que los medios elegidos deben potenciar notablemente el fin deseado. La medida no será adecuada si aparenta ser incapaz de

⁶⁰Ana Carretero García, *Los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*, Toledo, Palop Producciones, 1998, p. 98

lograr completamente ese fin. De allí que si se busca declarar la nulidad de la intervención comunitaria es necesario que la no adecuación sea absoluta o manifiesta.⁶¹

Para que una medida sea necesaria debe ser pertinente, o sea, presentar una relación de causalidad con el objetivo perseguido, pero también ser indispensable, es decir, no poder ser reemplazada por otra medida que permita alcanzar el objetivo pretendido con la misma eficacia, pero probando un agravio menor a los ciudadanos. Este criterio constituye la piedra angular de la jurisprudencia comunitaria relativa a la proporcionalidad. Aunque el legislador dispone de una amplia esfera de libertad para la determinación de los medios o instrumentos que considere necesarios, el Tribunal declarará la nulidad de una actuación comunitaria cuando ésta no se considere indispensable, porque exista un medio igualmente efectivo pero con menor incidencia sobre los derechos y libertades que el ordenamiento comunitario reconoce.

Las Conclusiones de Edimburgo del Consejo Europeo⁶² de 11 y 12 de diciembre de 1992, constituyen otro instrumento muy importante al momento de determinar la aplicación del principio de proporcionalidad.⁶³

⁶¹ P. Emiliou, citado por Alicia Chícharro, *El principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 153.

⁶² Consejo Europeo de Edimburgo, *Conclusiones de la Presidencia*, pp. 8-9.

⁶³ En función de una serie de directrices contenidas en dicho instrumento es posible establecer la aplicación del principio de proporcionalidad. A decir de éstas: 1) se apunta que será de aplicación a toda acción de la Comunidad sin distinción entre competencias compartidas y exclusivas, que es una de las razones por las que no cabe asimilarlo al principio de subsidiariedad; 2) toda carga, sea financiera o administrativa, que incumba a la Comunidad, o a los gobiernos nacionales, a las autoridades locales, a los operadores económicos o a los ciudadanos, debe ser reducida al mínimo y debe ser proporcional al objetivo a realizar; 3) las medidas de la Comunidad deben dejar el mayor margen posible a los planes nacionales siempre que sean compatibles con la realización del objetivo pretendido, respetando las exigencias del Tratado; 4) cuando sea absolutamente necesario dictar normas comunitarias, se procurará que sean prescripciones mínimas, dejando a los Estados la facultad de complementarlas con su legislación nacional, en los casos en que así lo prevé el Tratado como en los que no, siempre que esto no sea incompatible con los objetivos a alcanzar o con el Tratado; 5) la Comunidad no debe legislar más que en lo necesario. Así, se preferirán las directivas a los reglamentos, las directivas cuadro frente a disposiciones más detalladas, medidas no imperativas como las recomendaciones, los códigos de buena conducta, reconocimiento recíproco, etc., a cualquier norma de contenido obligatorio. Igualmente se fomentará la cooperación entre los Estados miembros; y 6) se debe tener en cuenta la posibilidad de que sean sólo algunos Estados los que necesiten unas determinadas medidas, en cuyo caso la acción eventualmente adoptada por la Comunidad no debe extenderse al resto de los Estados, a menos que sea necesario para la realización de un objetivo del Tratado.

Una vez que el principio de proporcionalidad ha sido desarrollado teóricamente y estudiado en cuanto a su aplicación, considero pertinente introducir un análisis, desde la perspectiva de la proporcionalidad, respecto a las razones por las que se legisla en el plano comunitario, al beneficio que supone una legislación adecuada a nivel regional y, por último, a los canales de participación ciudadana que constituyen una forma de encontrar alternativas a las medidas con las que cuenta y/o plantea el nivel comunitario.

La experiencia nos muestra que por lo general todo proceso de integración, de una u otra forma, busca disolver los obstáculos a la circulación de mercancías, servicios y personas. Esto, finalmente, se traduce en seguridad y bienestar para los ciudadanos. En este contexto, la legislación es un elemento clave para solventar estos retos, es un aspecto necesario y aceptado de la sociedad moderna. Sirve, entre otros muchos fines, para proteger la salud garantizando la seguridad alimentaria, proteger el medio ambiente estableciendo normas de calidad del aire y del agua, fijar normas para que las condiciones de competencia de las empresas en el mercado sean equitativas, etc.

Tanto la Comunidad Andina como la Unión Europea tienen objetivos múltiples. Los Estados miembros deciden trabajar conjuntamente a través de políticas comunes para lograr tales objetivos. Es así, que se regula a nivel comunitario en ámbitos en que los Estados miembros han concertado políticas comunes como el comercio o las aduanas y en otros ámbitos en que determinadas circunstancias regular a nivel comunitario aporta valor añadido (medio ambiente, salud, defensa de la competencia, defensa de los consumidores, propiedad intelectual, etc.).

Para los ciudadanos, estas políticas son fuente de libertad, seguridad, crean trabajo e impulsan el crecimiento y el desarrollo sostenible. Sin embargo, creo que una legislación mal concebida o mal planteada puede resultar excesiva y rebasar lo estrictamente necesario -quebrantando el principio de proporcionalidad-. Algunas leyes pueden ser injustificadamente costosas o contraproducentes y con el tiempo estas leyes

pueden afectar a los poderes públicos, a la actividad empresarial e incluso a los derechos fundamentales de ciudadanos en general. Por esta razón una parte importante de la elaboración de mejores normas es tener una idea cabal de todas sus consecuencias. Las propuestas pueden así adoptarse a fin de obtener el máximo provecho y minimizar efectos secundarios negativos.⁶⁴

Una forma de reducir las normas excesivas e innecesarias, consiste en mejorar el acceso a los procesos decisorios y ampliar el círculo de participación en el desarrollo de las políticas comunitarias. En mi opinión, el nivel supranacional tiene la obligación de comunicar y enseguida realizar una amplia consulta previa respecto a la propuesta de legislación que se pretende incorporar. Tener en cuenta la opinión de actores como los poderes públicos, organizaciones productoras y, desde luego la sociedad civil, constituye una forma de encontrar alternativas adicionales a las planteadas por la Comunidad y, en su caso, probar si aquellas políticas propuestas por la Comunidad son realizables en la práctica. Estas consultas pueden formularse a través de distintos canales: foros, talleres, grupos consultivos o mediante una herramienta masiva como el internet.

Como se puede apreciar, una intervención proveniente del nivel supranacional que se enmarca en el criterio de la proporcionalidad, que no interfiere negativamente en los derechos y libertades de los ciudadanos y, que además, involucra la participación de

⁶⁴ Por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea se ha impuesto, la realización de una evaluación de impacto de las propuestas políticas importantes. Con ello ha operado un cambio importante en el modo de forjar las políticas. Se trata de un planteamiento basado en el conocimiento y encaminado a asegurarse de que la decisión de presentar iniciativas y el modo de hacerlo se apoyan en pruebas sólidas y en un análisis de todas las opciones. La Comisión puede de esta manera tomar decisiones a partir de una serie de opciones, cada una con sus correspondientes ventajas y desventajas. Los análisis de impacto han llevado a un ajuste importante de intenciones durante la preparación de propuestas. Por ejemplo, en el Libro Verde relativo a una estrategia sobre el medio ambiente urbano se propone la preparación de dos directivas marco: una sobre planes y sistemas de gestión medioambiental y otra sobre planes de transporte urbano sostenible. En el contexto de la evaluación de impacto y las consultas, estas dos acciones fueron rechazadas por los Estados miembros y la mayor parte de los entes locales por motivos de subsidiariedad (esto es, necesidad absoluta de tener en cuenta la situación local, así como la imposibilidad de imponer un contenido específico de los planes en toda la UE). Finalmente, en la estrategia temática sobre el medio ambiente urbano se adoptó la opción de un enfoque no vinculante.

diferentes actores en la toma de decisiones, representa una suma de beneficios para los Estados miembros del proceso de integración y evita excesivas cargas o regular más allá de lo estrictamente necesario.

1.7.3. Principio de proporcionalidad y su independencia respecto del principio de subsidiariedad

La subsidiariedad y la proporcionalidad figuran entre los principios fundamentales sobre los que se asienta la Unión.⁶⁵ Es importante subrayar que el papel al que están llamados a desempeñar el uno y el otro es diferente. Veamos algunas diferencias:

Mientras la subsidiariedad implica que una acción determinada debe ser adoptada en el nivel más idóneo (quien debe, por tanto, actuar), por su parte, la proporcionalidad hace referencia a la adecuación entre medios y fines (es decir, cómo debe producirse esa actuación una vez resuelta la primera cuestión).

Complementando el criterio anterior, Alonso García sostiene que mientras la subsidiariedad se refiere a la posibilidad misma de la intervención de la comunidad, la proporcionalidad se sitúa, admitida tal posibilidad, en el estadio siguiente relativo a la naturaleza de la intervención.⁶⁶ En otras palabras, mientras que la subsidiariedad es un criterio de necesidad (responde a la pregunta, ¿debe actuar la comunidad?), la proporcionalidad lo es de intensidad (responde a la pregunta, ¿cuál debe ser la naturaleza o la intensidad de la acción de la comunidad?).

Para Emiliou ambos principios son diferentes partes de un mismo test. Afirma que una vez determinada la necesidad de una acción llevada a cabo por la Comunidad, entra en juego la proporcionalidad indicando la clase de acción a entablar.⁶⁷

⁶⁵ Así lo ha manifestado la Comisión de las Comunidades Europeas en su informe “*Legislar Mejor, 2003*”, diciembre de 2003, Bruselas, p. 17.

⁶⁶ Alonso García, *Derecho Comunitario*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Arces S.A., 1994, p. 112.

⁶⁷ N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, Kluwer, The Hague, 1996, p.142.

En opinión de Strozzi, aunque se trata de principios diversos, “en ocasiones se integran recíprocamente pues el ejercicio de una competencia compartida que no respete el principio de subsidiariedad es calificado “ipso facto” de no proporcional -independientemente de la adecuación entre fines y medios- si el objetivo puede ser realizado por los Estados miembros con eficacia suficiente, dejando intactas su libertad y sus exigencias específicas”.⁶⁸

Considero que en el proceso comunitario de toma de decisiones los dos principios deben operar sucesivamente. La subsidiariedad se encarga de justificar la acción a causa de su dimensión y a sus efectos. En tanto que la proporcionalidad asegura que la medida que se pretende tomar es apropiada y necesaria para alcanzar los objetivos previstos.⁶⁹

De acuerdo a lo establecido en artículo cinco del Tratado de la Comunidad Europea, a lo anterior hay que añadir que la subsidiariedad se aplica únicamente a las competencias compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros, en cambio la

⁶⁸ G. Strozzi, *Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne*, RTDE, 1994, pág. 72.

⁶⁹ Llevemos esa posición teórica a un hecho concreto en el que se pueda apreciar cómo operan los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En el marco de la política de seguridad, tras los atentados perpetrados el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, se consideró necesario reforzar aún más la seguridad de los ciudadanos, especialmente en los transportes aéreos. En este ámbito, la Comisión ha detectado un riesgo importante debido a la deficiente acción de los Estados miembros respecto a los transportistas de terceros países. En efecto, no todos los Estados miembros someten a estos transportistas a los mismos controles, lo cual supone un riesgo para la seguridad de los pasajeros y una distorsión de la competencia, puesto que dichos transportistas pueden decidir transitar por aeropuertos que apliquen normas menos estrictas. Tras el dictamen del grupo de alto nivel de expertos en seguridad aérea, la Comisión propuso una **directiva** del Parlamento Europeo y del Consejo **relativa a la seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan los aeropuertos de la Comunidad**, en particular, para aplicar en todo el territorio comunitario las inspecciones en tierra que realizan algunos Estados miembros a las aeronaves no comunitarias. (*Nótese que debido a la deficiente acción de los Estados, la competencia de la Comunidad a la luz del principio de subsidiariedad queda justificada pues aportará mayor efectividad*). Ahora bien, para cumplir de la mejor manera posible el objetivo de la propuesta, la Comisión ha tenido que elegir el instrumento legislativo adecuado teniendo en cuenta las recomendaciones del Protocolo. La propuesta de la Comisión, a la vez que fija los objetivos generales y los procedimientos que garantizan la armonización, deja a los Estados miembros la responsabilidad de transponer los principios y las estructuras de control de acuerdo con normas comunes detalladas. En consecuencia, la Comisión ha descartado la elección de la directiva marco a favor de una directiva justificando, en el memorándum explicativo, la imposibilidad de recurrir a dicha fórmula. (*Véase como la Comisión en función al principio de proporcionalidad elige entre las medidas comunitarias que permiten ofrecer a los Estados miembros varias formas alternativas de alcanzar los objetivos pretendidos, de esta manera se cumple con la exigencia de que ninguna acción de la Comunidad exceda lo necesario para lograr sus objetivos*).

proporcionalidad tiene un alcance superior, abarcando tanto el campo de las competencias compartidas como el de las exclusivas.

1.8. Regulación de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en la Unión Europea a través del Protocolo N° 30.

El Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 incorporó como anexo al Tratado de la Comunidad Europea, un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que recoge la práctica acumulada desde 1992 en la materia.⁷⁰ Así, el Protocolo número 30 (en adelante el Protocolo) funde y constitucionaliza en un solo texto todos los documentos relativos a la materia, estableciendo, por una parte, la fuerza vinculante de los criterios acogidos en tales textos y, por otra, la posibilidad de un control jurisdiccional a cargo del Tribunal de Justicia, esto al amparo del artículo 311 del Tratado de la Comunidad Europea,⁷¹ que establece que los Protocolos en cuanto tales poseen idéntico valor jurídico vinculante que el propio Tratado.⁷²

El Protocolo establece que a fin de justificar la acción comunitaria deberán reunirse los dos aspectos del principio de subsidiariedad: *a) que los objetivos de la acción propuesta no puedan ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los Estados miembros en el marco de su sistema constitucional nacional; y b) por consiguiente, puedan lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad*.⁷³

⁷⁰ A decir de estos documentos: 1) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 27 de octubre de 1993; 2) Declaración del Consejo Europeo de Birmingham de 16 de octubre de 1992; 3) Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo de 11 y 12 de diciembre de 1992; y 4) Acuerdo interinstitucional del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión sobre los procedimientos de aplicación del principio de subsidiariedad de 29 de octubre de 1993.

⁷¹ Art. 311 TCE: “Los Protocolos que, de común acuerdo entre los Estados miembros sean incorporados como anexos al presente Tratado serán parte integrante del mismo”.

⁷² De hecho en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) se reconoce a los Protocolos un valor idéntico al del mismo Tratado. Ver por ejemplo las sentencias del TJCE de 10 de julio de 1986 (TJCE,1986,122), *Wybot vs. Faure y otros*, asunto 149, p. 2391 y 22 de octubre de 1987 (TJCE 1988,30), *Foto-Frost vs. Haupzollant*, asunto 314/85 p. 4199.

⁷³ Para valorar si ello concurre en un caso concreto, el Protocolo prevé que deberán aplicarse las siguientes directrices, verificando que: 1) el asunto que se considera presenta aspectos transnacionales que no pueden ser

Al haber sido definidos a efectos de la actuación de la Comunidad, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad constituyen una obligación jurídica y política para el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión: “Al ejercer las competencias que le han sido conferidas, cada institución deberá garantizar el cumplimiento del principio de subsidiariedad. También garantizará el respeto del principio de proporcionalidad (...)”.⁷⁴

El Protocolo destaca que “el principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad Europea por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia”, y que dicho principio se dirige sólo “a los ámbitos en los cuales la Comunidad no tiene competencia exclusiva”, en cuya definición no interfiere.⁷⁵ En efecto, el principio de subsidiariedad sólo ofrece una orientación acerca de cómo deben ejercerse las competencias compartidas en el ámbito comunitario.

Paolo Mengozzi⁷⁶ considera que el Protocolo dedica un amplio espacio a regular las modalidades que todas las instituciones comunitarias que participan en el proceso de toma de decisiones deben observar cuando decidan adoptar un acto comunitario. Indica además que el punto 4) del Protocolo establece que “para toda norma comunitaria propuesta se expondrán los motivos en los que se basa con vistas a justificar que cumple los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.⁷⁷

regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros; 2) las actuaciones de los Estados únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado (tales como la necesidad de corregir distorsiones de la competencia o evitar restricciones encubiertas del comercio o reforzar la cohesión económica y social), o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembro; 3) la actuación comunitaria proporcionaría claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados.

⁷⁴ Apartado 1 del Protocolo.

⁷⁵ Apartado 3 del Protocolo.

⁷⁶ Paolo Mengozzi, *Derecho Comunitario y de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Tecnos, 2000. p.123.

⁷⁷ En particular, el apartado 9) del Protocolo prevé que la Comisión debería: a) consultar ampliamente antes de proponer textos normativos y, en su caso, publicar los documentos de consulta. Entre los documentos de consulta, cabe mencionar: el **Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea** en el que se piden reacciones de las instituciones de la Unión Europea (UE), los Estados miembros, las autoridades locales y la sociedad civil sobre la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia de los trabajos de las instituciones de la UE; el **Libro Verde sobre la protección de los consumidores de la Unión Europea**, que abre una amplia consulta pública para definir las futuras orientaciones de la política de protección de los consumidores que permitan limitar los obstáculos que suponen para el mercado interior las diferentes

Respecto a los criterios a seguir para poder justificar la acción comunitaria, el Protocolo precisa que “las razones para concluir que un objetivo comunitario puede lograrse mejor en el nivel de la Comunidad deben justificarse mediante indicadores cualitativos o, cuando sea posible, cuantitativos”. Lo que se trata de conseguir con esta disposición, de acuerdo al criterio de Constantinesco⁷⁸, citado por Alicia Chicharro, es que la Comisión identifique claramente los motivos de su proposición, aquellos que corresponden a la justificación de los principios mencionados, aportando indicadores cualitativos y cuantitativos para evidenciar que la acción comunitaria puede lograrse mejor en lo comunitario que en lo nacional.

De acuerdo al principio de proporcionalidad: “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado” y “la Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario”.⁷⁹ De allí que también son objeto de atención la forma, naturaleza y alcance de la acción comunitaria. La forma de la actuación comunitaria deberá ser lo más sencilla posible y, cuando sea necesario regular, las directivas serán preferibles a los reglamentos (*prueba de obligación mínima legal*).⁸⁰ En cuanto a la naturaleza y alcance debería tomarse en consideración la necesidad de

legislaciones nacionales en este ámbito; **el Libro Blanco**, que propone acciones comunitarias para reequilibrar el sistema de transportes europeo a favor de medios más respetuosos del medio ambiente, fomentar una mejor intermodalidad y garantizar una mayor eficacia y calidad a los usuarios. *b)* Justificar la pertinencia de sus propuestas en relación con el principio de subsidiariedad, proporcionando, en caso necesario, el memorándum explicativo que acompañe a una propuesta con todas las precisiones pertinentes. *c)* explicar la financiación total o parcial de la acción comunitaria con cargo al presupuesto de la Comunidad, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Comunidad, los gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos deberá ser reducida al mínimo y deberá ser proporcional al objetivo que se desee alcanzar. *d)* remitir al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social un informe anual sobre la aplicación del artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea. El propósito de este documento es presentar con hechos la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a través de varios ejemplos concretos de la actividad legislativa de la Comunidad.

⁷⁸ V. Constantinesco citado por Alícia Chicharro Lázaro, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2001, p.112.

⁷⁹ Apartado 6 del Protocolo.

⁸⁰ La Directiva permite a cada país adaptar e incorporar a su legislación la materia regulada por la Comunidad dentro de los límites fijados en ellas. Por ello esta norma se utiliza para la armonización o la aproximación de legislaciones. En el otro extremo está el Reglamento, que por resultar de aplicación directa y poder imponer obligaciones, lleva, en sí mismo, una nota de excepcionalidad. El Reglamento se lo emplea cuando se pretende unificar la normativa aplicable en todos los Estados miembros de la Comunidad.

minimizar la carga financiera o administrativa para todos los niveles de gobierno, los agentes económicos y los ciudadanos (*prueba del coste mínimo*). Asimismo, la actuación comunitaria debería dejar un margen tan amplio como sea posible para que las disposiciones se tomen a nivel nacional (*prueba del alcance mínimo*), es decir habrá que velar porque se respeten simultáneamente el Derecho Comunitario y las disposiciones nacionales bien establecidas.⁸¹

Si corresponde a los Estados actuar, porque conforme al principio de subsidiariedad la Comunidad no debe intervenir, el Protocolo exige que las intervenciones de los Estados cumplan con la previsión del apartado 10 del Tratado de la Comunidad Europea, “tomando todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con el Tratado y absteniéndose de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado”.⁸²

Los apartados 10, 11 y 12 del Protocolo fijan las condiciones que deben respetar o bajo las que deberían actuar las instituciones europeas. El Consejo tendrá en cuenta el informe de la Comisión en sus propios informes sobre los progresos realizados por la Unión que, conforme al artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, debe presentar anualmente al Parlamento. *Ambas instituciones examinarán, como parte integrante del examen global de las propuestas de la Comisión, si las mismas se atienen a lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado.* El examen se extiende tanto a las propuestas originales, como a las enmiendas que el Parlamento o el Consejo hayan creído oportuno introducir. En todo caso, en los procedimientos de toma de decisiones el Consejo debe mantener informado a la asamblea sobre si la propuesta se ajusta o no al principio de subsidiariedad.

⁸¹ Apartado 7 del Protocolo.

⁸² Apartado 8 del Protocolo.

Finalmente, el Protocolo dispone que: “el cumplimiento del principio de subsidiariedad será objeto de examen con arreglo a las normas establecidas en el Tratado”.⁸³ De esta afirmación se deriva que el Tribunal de Justicia será encargado de juzgar la vulneración del principio a través de las vías procesales previstas en el Tratado.

1.8.1. Lo que se viene a partir del Tratado de Lisboa: nuevo Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Tras la firma del Tratado de Lisboa el pasado 13 de diciembre de 2007, algunas de las normas previstas en el Protocolo N° 30 podrían desaparecer o ser reforzadas. Lo cierto es que el Tratado de Lisboa, a través del Protocolo N°1 por el que se modifican los Protocolos anexos al Tratado de la Unión Europea, deroga el Protocolo N° 30 sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad y lo sustituye por otro instrumento con el mismo título. Este nuevo Protocolo mantiene el mismo objetivo y esencia que el Protocolo N° 30. *Ambos establecen las directrices para la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como fijan un sistema de control de la aplicación de dichos principios.* En cuanto a la esencia o la razón de ser de estos cuerpos legales, los dos constituyen la garantía para que las decisiones se tomen lo más cerca posible de los ciudadanos de la Comunidad.

El principal aporte del nuevo Protocolo N° 1 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, tiene que ver con los derechos de recurso de los parlamentos nacionales, que se han reforzado considerablemente, ya que se establece claramente que todas las propuestas de la Comisión, de naturaleza legislativa, han de ser remitidas directamente a los parlamentos nacionales, para que éstos, en un plazo de ocho semanas, a partir de la transmisión de un acto legislativo, puedan emitir un dictamen a la atención de la Comisión, del Consejo y del Parlamento. Así, si al menos un tercio de los

⁸³ Apartado 13 del Protocolo.

parlamentos nacionales (un cuarto en el caso de propuestas en el ámbito de los asuntos de justicia, libertad y seguridad) emite dictámenes motivados apreciando el incumplimiento del principio de subsidiariedad, la Comisión debe reexaminar su propuesta, pudiendo decidir mantenerla, modificarla o retirarla. Si los dictámenes en cuestión procedieran de al menos una mayoría simple de parlamentos nacionales y la Comisión decide mantener su propuesta, se iniciará un procedimiento específico; la Comisión deberá motivar su decisión y además el 55% de los miembros del Consejo (quince estados) o una mayoría simple del Parlamento Europeo decidirán si el procedimiento legislativo sigue adelante o no.

El Protocolo N° 1 a través del artículo primero confirma la disposición del Protocolo N° 30, en cuanto al deber que tiene cada una de las instituciones de la Unión de velar por el respeto permanente de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Asimismo, el artículo dos del Protocolo N° 1 prevé una regla similar a la contenida en el apartado 9) del Protocolo N° 30, al comprometer que la Comisión antes de proponer un acto legislativo proceda a realizar amplias consultas. En caso de urgencia excepcional, la Comisión queda exonerada de realizar dichas consultas.

Otra novedad del Protocolo N°1, es la puntualización de lo que se debe entender por “proyecto de acto legislativo”.⁸⁴

Por su parte, el artículo 5 del Protocolo N°1 exige que los actos legislativos, se inspiren en relación con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Además, determina que estos actos legislativos incluyan una ficha de referencia.⁸⁵

⁸⁴ Según el nuevo Protocolo, los proyectos de actos legislativos, son: a) *las propuestas de la Comisión*; b) *las iniciativas de un grupo de Estados miembros*; c) *las iniciativas del Parlamento Europeo*; d) *las peticiones del Tribunal de Justicia*; e) *las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo.*

⁸⁵ La ficha deberá contener: 1) los pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; 2) los elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros; y 3) las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta.

Éstas son normas que forman parte del vigente Protocolo N° 30 y que, ahora, con las ligeras modificaciones que se apuntaron, han sido recogidas por el nuevo Protocolo.

El artículo 8 del Protocolo N° 1 -al igual que el apartado 13) del Protocolo N° 30- faculta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por los Estados en caso de violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo. En el segundo capítulo haré una referencia amplia en cuanto al control encomendado al Tribunal de Justicia en caso de vulneración al principio de subsidiariedad.

Ya que hemos realizado un análisis teórico de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que ha sido acompañado de ejemplos que permiten apreciar cómo funcionan estos principios en la práctica, es decir, luego de haber definido la base teórica, principalmente, del principio de subsidiariedad, en el siguiente capítulo veremos cómo el principio de subsidiariedad cumple su papel dentro de las competencias compartidas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, y cuáles son los órganos políticos y jurisdiccionales a quienes se les encomienda velar por su correcta aplicación.

CAPITULO II
ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL PRINCIPIO DE
SUBSIDIARIEDAD

2. Principio de atribución de competencias

Todo organismo supranacional nace para la consecución de unos fines cuyo cumplimiento se consigue mediante la realización de algunas funciones, y para que éstas puedan llevarse a cabo es preciso atribuirles determinadas competencias, esto es, facultades o poderes de actuación conforme a derecho. Por ello, las comunidades, como órganos supranacionales, están capacitadas para ejercer aquellos poderes y competencias que le han sido atribuidos a través de los tratados constitutivos por sus Estados miembros y, en principio, su capacidad de actuación estará limitada, específicamente, por los poderes que le han sido atribuidos, lo que en definitiva significa que no tienen capacidad para autoatribuirse competencias.

La idea anterior se condensa en el denominado *principio de atribución de competencias*. Se trata de un principio básico para determinar si los órganos comunitarios tienen competencia en determinada materia, es decir procura regir la delimitación de competencias, constituyéndose en el fundamento de la competencia del organismo supranacional y de sus instituciones. Como consecuencia del principio de atribución de competencias, los Estados miembros ya no podrán ejercer muchas de sus competencias constitucionales o sólo podrán hacerlo al servicio del derecho de la comunidad: "la atribución a la Comunidad Europea de una competencia normativa bajo la condición de exclusiva supone que los Estados miembros tienen que abstenerse en el futuro de dictar normas en dicha materia".⁸⁶

⁸⁶ Enrique Linde Paniagua, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Constitución y leyes S.A., 2000, p. 99.

Aparentemente la descripción de este principio no presenta mayor dificultad, sin embargo el problema se presenta en la práctica, porque los tratados que dan origen a los procesos de integración no otorgan una atribución expresa de las competencias que corresponden a los órganos supranacionales, por el contrario en ellos solo se hace una enumeración abierta de los objetivos que se busca lograr a través del proceso de integración y que deben ser cumplidos por los órganos comunitarios. Esto significa que la atribución de competencias no se efectúa en los tratados siguiendo una técnica análoga a la de las Constituciones Federales o a las que prevén los Estados autonómicos, en las que un sistema de listas preciso determina las competencias que corresponden al Estado federal y a los Estados miembros o a las regiones y su respectivo alcance,⁸⁷ sino que opera con una técnica singular, mediante el enunciado de objetivos y la relación de medios puestos a disposición de la organización para alcanzarlos.⁸⁸ Esta técnica no efectúa un reparto entre Comunidad y Estados miembros, no delimita sistemáticamente por ámbitos materiales o funciones las competencias asignadas a las Comunidades y las que permanecen en los Estados.

De ello puede concluirse que el perfil competencial comunitario deviene en irregular, ya que en algunos casos se puede encontrar con que a las comunidades les han sido atribuidas competencias bien definidas tanto en intensidad y extensión, pero en otras situaciones éstas poseen competencias cuya intensidad y extensión se determinan con tal amplitud que pueden calificarse de competencias generales atribuidas para la consecución de un fin.⁸⁹

⁸⁷ La Constitución de Alemania, por ejemplo, establece que es competencia del Estado Federal proporcionar la legislación básica y coordinar la planificación general respecto de la actividad económica, mientras que a cada Estado miembro de la federación le compete regular, planificar y fomentar su actividad económica, de acuerdo con la política y la ordenación general de la economía propuesta por el Estado Federal

⁸⁸ Paz Sáenz de Santa María, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 100.

⁸⁹ Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Noguerras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, pp. 44-45.

Al respecto, en la doctrina existen dos posiciones distintas. No son pocos los autores que afirman que este principio implica una atribución expresa de competencias, como es el caso de Enrique Linde Paniagua quien afirma que: “esta técnica excluye la posibilidad de atribuciones en blanco, al exigir la identificación de las competencias que se están atribuyendo”.⁹⁰ Por su parte Ana Carretero García sostiene que “la Comunidad no cuenta con competencias ilimitadas, sino que ésta actúa a través de las competencias que *específicamente* le atribuye el tratado”⁹¹; a su vez Javier Barnes señala que este principio implica solo poder hacer lo que le ha sido *expresamente* asignado, a través de las formas y medios previstos en los tratados. De la opinión de los citados autores, deberíamos concluir que la atribución de competencias a los órganos comunitarios, en cumplimiento de este principio, debe ser expresa y de lo contrario no existirá competencia alguna para el órgano supranacional. En efecto, muchos autores afirman que este principio implica que las competencias no atribuidas continúan a cargo de los Estados. Al respecto Armin von Bogdany⁹² sostiene que “el principio de atribución de competencias garantiza que permanezcan instaladas en el ámbito de los Estados miembros las competencias que no fueron atribuidas, es decir aquellas cuestiones respecto de las cuales no existe una competencia positiva a favor de la Unión”. Continúa señalando que este principio se constituye en una cláusula general a favor de las competencias de los Estados miembros.⁹³

⁹⁰ Enrique Linde Paniagua, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Constitución y leyes, 2000, pág. 99.

⁹¹ Ana Carretero García, *Los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*, Toledo, Diputación Provincial, 1998, pág. 34.

⁹² Armin von Bogdandy, “El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma”, en Eduardo de Enterría, comp., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2004, p. 22.

⁹³ Por ejemplo, si analizamos la política monetaria (artículos 105 y siguientes del TCE) comprobaremos que los Estados miembros que no se han incorporado a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria conservan el grueso de las competencias monetarias, así la Comunidad tiene en esta materia competencias reducidas. Si por el contrario, analizamos la política monetaria en el contexto de los Estados miembros que han iniciado la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, verificaremos que se ha producido la transferencia por los Estados miembros a la Comunidad Europea de la mayor parte del conjunto de

Para estos autores no hay lugar a las llamadas competencias implícitas -que repasaremos en el punto siguiente-. A pesar de ello, no es esta la única posición, existen otros autores que reconocen que la atribución de competencias en los procesos de integración no se da como en teoría se sostiene de manera expresa, por el contrario afirman que este principio no debe entenderse de modo restrictivo porque si bien es cierto que en la práctica no se atribuyen competencias a los órganos comunitarios de manera expresa, en los tratados sí se establecen con claridad los objetivos que persiguen. En esta medida es posible deducir de los tratados la atribución de competencias a la Comunidad delimitadas por el logro de los objetivos planteados, es decir, deberá entenderse que las competencias de los órganos supranacionales son aquellas necesarias para cumplir los objetivos formulados en los tratados, las llamadas competencias funcionales.

A partir de la concepción anterior se plantea también la posibilidad de las competencias implícitas que en líneas generales son aquellas que se derivan razonablemente de otras expresamente atribuidas en los tratados, de modo que sin que se reconozcan aquellas, éstas no podrían lograr plena eficacia o no sería posible su ejercicio. Se han entendido las competencias implícitas como una forma de ampliar las competencias de la Comunidad a aquellas competencias derivadas de las expresamente previstas. Más adelante volveremos sobre este tema para indicar qué señala la doctrina al respecto.

Preferiblemente, considero que la posición que se debe asumir es esta última, porque de lo contrario y dada la ausencia de atribución explícita de competencias, los órganos supranacionales probablemente quedarían sin competencias para lograr sus objetivos y el proceso de integración no tendría los instrumentos para materializarse. No

competencias en materia de política monetaria. Pero ni siquiera en este caso, se habría llevado a cabo una transferencia completa de las competencias de los Estados miembros a la Comunidad Europea.

obstante, es un tema que se lo debe manejar con cautela para evitar la intervención excesiva e injustificada por parte de las comunidades, de manera que lo importante es lograr un equilibrio a través de una interpretación adecuada de los tratados constitutivos. Los siguientes subtítulos van a permitir enriquecer este punto de vista.

2.1. Distintos tipos de competencia

Está claro que los organismos supranacionales disfrutaban de competencias de atribución. Sin embargo, un ejercicio reducido solamente a competencias de esa naturaleza podría impedir a las comunidades emprender otras acciones que se revelen igualmente necesarias y para las que los tratados no establecen una habilitación expresa, lo cual puede constituir una dificultad importante en el funcionamiento adecuado del proceso de integración. Para evitar los perjuicios derivados de esta situación, los propios tratados constitutivos, la práctica institucional y la evolución de las comunidades han dado lugar a otras dos competencias que complementan las anteriores, las competencias suplementarias, articuladas desde la óptica de la Unión Europea a partir del artículo 308 del TCE⁹⁴ y las competencias implícitas que devienen de la doctrina elaborada de manera exclusiva por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

Veamos a continuación cómo se presentan las competencias comunitarias según su naturaleza.

2.1.1. Competencias de atribución

La Comunidad Europea tiene derecho y obligación de actuar dentro de los límites de las competencias atribuidas y de los objetivos asignados. Por su parte, las instituciones u órganos auxiliares comunitarios no pueden ejercer competencias que no les hayan sido

⁹⁴Artículo 308 TCE: “Cuando una acción de la Comunidad resulta necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

atribuidas por los Estados en los tratados constitutivos, de manera que el contenido competencial ha de inferirse exclusivamente de lo establecido en los propios tratados:

“La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna” (artículo 5.1.)

“El Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos (...)” (artículo 5 TUE)

“Cada Institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado” (artículo 7.1. TCE)⁹⁵

Mencioné que no existe expresamente ningún criterio de clasificación ni cláusula alguna de reparto competencial entre la Comunidad y los Estados miembros.⁹⁶ Lógicamente, al ser una organización supranacional, los tratados se inclinan por el principio de atribución de competencias como principio para la delimitación de lo que corresponde legislar a la Unión Europea. Esta indefinición puede ser un inconveniente desde el punto de vista de la transparencia o de la legitimidad, pero desde una perspectiva más amplia es positiva, porque evita la rigidez y el bloqueo de la acción comunitaria que surgiría si hubiera una lista cerrada de competencias comunitarias.

Hecha la puntualización anterior, la doctrina y jurisprudencia distinguen dos competencias de atribución: 1) exclusivas, y 2) compartidas.

2.1.1.1. Competencias de atribución exclusivas

Son aquellas en las que la Comunidad tiene plena capacidad legislativa, en consecuencia queda excluida la intervención de los Estados miembros, incluso en el supuesto de que no se hubiera producido ninguna acción comunitaria. En esos ámbitos

⁹⁵ Paz Andrés Sáenz de Santa María, *et al.*, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 100.

⁹⁶“Las competencias comunitarias son competencias de atribución, pero esta atribución dista mucho de ser clara, al no seguir –como, por otro lado, es general entre las Organizaciones Internacionales- un sistema de listado de competencias materiales, que por lo demás se adaptaría mal al carácter en cierta medida instrumental de la Organización”. Ana Isabel Sánchez, *Federalismo e integración Europeo*, Madrid, Ed. IVAP S.A., pág. 71.

concretos se excluye una competencia de los Estados miembros paralela a la de la Comunidad, tanto en el orden interno como en lo internacional.⁹⁷

No obstante, como afirma Ana Carretero García, este modo de atribución de competencias de carácter exclusivo entrañaba el riesgo de provocar posibles lagunas en distintas materias, razón por la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea introdujo dos técnicas correctoras: 1) *la denominada habilitación a favor de los Estados miembros*, y 2) *la gestión del interés comunitario*.⁹⁸

La primera fue recogida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la Sentencia Donckerwolke al establecer que, “si la Comunidad es titular de una competencia exclusiva los Estados no podrían intervenir salvo en virtud de una habilitación específica por parte de la Comunidad”⁹⁹; habilitación que, por otro lado, deberá ser expresa (nunca en blanco) e interpretada restrictivamente.¹⁰⁰

En cuanto a la gestión del interés comunitario, esta técnica aparece en la Sentencia Comisión v. Reino Unido, según la cual los Estados miembros podrían intervenir excepcionalmente en condición de “depositarios del interés común en el marco de un proceso de colaboración con la Comisión y con el debido respeto a la misión general de supervisión que el art. 155 confía a dicha institución”¹⁰¹.

Las comunidades europeas tienen competencia exclusiva en materia de unión aduanera, política comercial común (mercancías), pesca (gestión y conservación de

⁹⁷“Reconocer a la Comunidad *competencias exclusivas* supone que los Estados pierden inmediata e irreversiblemente toda posibilidad de intervención en el ámbito competencial de que se trate. La atribución resulta así, total, definitiva y absoluta”. José Martín y Pérez de Nanclares, *La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados Miembros: Sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 356.

⁹⁸ Ana Carretero García, *Los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*, Toledo, Palop Producciones, 1998, p. 32.

⁹⁹ Sentencia N° 41/76 del TJCE de 15 de diciembre de 1976.

¹⁰⁰ “La otra cara de la competencia exclusiva de la Comunidad es la exclusión de competencia de los Estados miembros, que sólo podrán entrar en una materia si la Comunidad lo prevé expresamente.” José Martín y Pérez de Nanclares, *La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados Miembros: Sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia*, p. 264.

¹⁰¹ Sentencia N° 804/89 del TJCE de 5 de mayo de 1989.

recursos), política monetaria (emisión de moneda, fijación de tipo de interés). De allí que cualquier acto ulterior de la Comunidad en un ámbito de competencia exclusivo desplazaría las medidas estatales adoptadas, de donde se deduce además el carácter provisional de las mismas.

2.1.1.2. Competencias de atribución compartidas

Mediante las competencias compartidas la Unión Europea (UE) y sus Estados miembros son titulares de las competencias y ambos concurren a regularlas. Enrique Linde Paniagua indica que “si la competencia no es exclusiva, quiere esto decir que varios órganos o instituciones de la Comunidad y los Estados miembros serán competentes para regular una materia. Es decir, los Estados miembros y la Comunidad compartirían el ejercicio de una competencia o bien concurrirían con diferentes competencias sobre una misma materia”.¹⁰²

Estas competencias compartidas dan a la UE una fuerza de atracción que desplaza a la norma nacional, es decir, la utilización de la competencia por la UE impide, al menos parcialmente, ejercitar la competencia a los Estados miembros. Según Eneas Silvio Piccolomini la competencia de la Unión puede convertirse en exclusiva en virtud de su ejercicio.¹⁰³ Sin embargo, no les quita la competencia pues en estos ámbitos la intervención comunitaria se rige por el principio de subsidiariedad, que, como se vio, obliga a la Comunidad a justificar que es necesario actuar en el nivel comunitario, debido a que su acción resulta ser más eficaz y que se está ante un problema de naturaleza supranacional.¹⁰⁴

¹⁰² Enrique Linde Paniagua, y otros, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Colex, 2000, p. 100.

¹⁰³ Eneas Silvio Piccolomini, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, p. 405.

¹⁰⁴ Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñán Noguerras, *Instituciones y de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, p. 115.

Dentro de las competencias compartidas se distingue a su vez entre competencias concurrentes y competencias complementarias:

a) Competencias concurrentes

Las competencias concurrentes suponen un posible ámbito de actuación común entre la Comunidad y los Estados miembros a la hora de intervenir en una determinada materia. Se trata de una posibilidad que cuenta con carácter provisional y una vez que la Comunidad la hace efectiva ejercitando la acción correspondiente, desplaza a la competencia estatal. Para Armin Von Bogdandy estas competencias permiten la regulación de determinada materia por parte de los Estados y de la Comunidad. Sin embargo, en esta lógica la actuación de la Comunidad desplaza a la de los Estados, es decir que una vez que la Comunidad decide hacer uso de la competencia, queda habilitada para regular de manera definitiva la materia, de allí que los Estados tienen competencia mientras la Comunidad no haga uso de ella.¹⁰⁵

b) Competencias complementarias

En cuanto a las competencias complementarias, su ejercicio por parte de la Comunidad tendría únicamente el sentido de apoyar o complementar las competencias estatales. Es el caso de materias como educación, formación profesional, juventud, cultura, salud pública, medio ambiente, consumidores, transportes, seguridad y justicia, etc.; ya que en estos supuestos la acción de la Comunidad debe limitarse a favorecer y fomentar la cooperación entre los Estados miembros, apoyando y complementando la

¹⁰⁵ Armin von Bogdandy, “El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma”, en Eduardo de Enterría, comp., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2004, p. 35.

acción de éstos sólo si fuera necesario. En las competencias complementarias queda excluida expresamente la competencia de armonización legislativa.¹⁰⁶

En cualquier caso, y a pesar de la clasificación, el problema sigue siendo determinar, con carácter previo, qué criterios deben situar cada competencia de la Comunidad en un tipo concreto. Para ello, habrá que clasificarlas analizando las disposiciones de los tratados, visto su contexto, su significado general y su intención particular.

2.1.2. Competencias implícitas

Al no existir un catálogo de reparto de competencias, la primera teoría utilizada jurisdiccionalmente para canalizar la ampliación de competencias de la Comunidad fue la de “los poderes implícitos”, de honda tradición federal y por la que se consideró que el otorgamiento de poderes de acción por el tratado de la Comunidad incluía tanto los expresamente previstos como los implícitamente derivados de ellos.¹⁰⁷

El desarrollo de esta teoría en el ámbito comunitario se dio en gran medida gracias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que se apoyó en la tesis de los poderes implícitos en su labor de construcción jurisprudencial del ordenamiento jurídico

¹⁰⁶ Un ejemplo claro de concurrencia de competencias se da en el ámbito material de la cultura, regulado en el artículo 151 del TCE. Dicho precepto da entrada a la Comunidad en materia cultural a través de medidas de fomento o recomendaciones de la Comisión, excluyéndose expresamente la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Es decir, la Comunidad no puede armonizar la legislación de los Estados miembros, que conservan, por tanto, íntegramente sus competencias culturales.

¹⁰⁷ La doctrina de los poderes implícitos, que tiene su origen en el Derecho Constitucional norteamericano (implied powers) y que luego pasaría a constituir un principio interpretativo generalmente admitido tanto en el Derecho Internacional como en los Derechos internos, reconoce la ampliación de poderes no atribuidos expresamente por los textos, pero indispensables para un ejercicio real, completo y más útil de las tareas institucionales; de manera que admite la atribución de nuevas competencias y funciones en la medida que sean necesarias para la realización de los objetivos perseguidos. Carlos Molina del Pozo, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, DIJUSA, 2002, p.197.

comunitario, reconociendo la existencia de competencias implícitas en diversas situaciones.¹⁰⁸

Ana Carretero apunta que la doctrina comentada ha encerrado tradicionalmente una doble formulación: amplia y restrictiva. De acuerdo con la primera, la existencia de un objetivo dado implicaría la existencia de cualquier otro poder razonablemente necesario para alcanzarlo. Y conforme a la segunda (poderes implícitos stricto sensu), la existencia de un poder dado implicaría también la existencia de cualquier otro poder razonablemente necesario para el ejercicio del primero. En el Derecho Comunitario europeo la versión amplia quedó recogida en el artículo 235 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).¹⁰⁹ El tema que encierra esta normativa es bastante sensible porque podría servir, teóricamente, para realizar un aumento progresivo de las competencias comunitarias sin la necesidad de realizar una modificación expresa del Tratado, socavando así las competencias estatales, ya que estaríamos ante competencias no atribuidas a la Comunidad pero que ésta podría atribuirse en función de la supuesta necesidad de alcanzar sus objetivos.

Frente a estas consideraciones, se ha señalado que la finalidad del artículo 235 consiste sólo en una aplicación puntual de las competencias, para asegurar la efectividad del Tratado, sometida a tres condiciones: la primera, que no puede ser utilizado más que para alcanzar un objetivo de la Comunidad; la segunda, que esa acción de la Comunidad ha de ser necesaria, y la tercera, que el Tratado no haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, por lo que el recurso al artículo citado debe ser siempre subsidiario.

¹⁰⁸ Entre ellas destacan la competencia para concluir acuerdos internacionales en materias donde los Tratados no contemplan esta facultad pero sí atribuye a la Comunidad una competencia interna, y la de creación de órganos especializados en marcos sectoriales.

¹⁰⁹ En líneas generales la norma citada determina que en caso de no haberse previsto la atribución de competencias, ni poderes de acción para alcanzar y hacer efectivo alguno de los objetivos del Tratado, la Comunidad podrá dotarse de las facultades necesarias para lograr dichos objetivos.

Como se puede apreciar, la práctica comunitaria demuestra una interpretación excesivamente amplia de los objetivos, las competencias y los poderes de acción atribuidos a la Comunidad, interpretación que, respaldada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, terminó por significar un reconocimiento, de hecho, de posibilidades casi ilimitadas de expansión competencial por parte de la Comunidad. En este mismo sentido el profesor Alonso García señala:

“La interpretación extensiva de los objetivos comunitarios implicaba una ampliación del radio de aplicación material no sólo del artículo 235, sino de los demás preceptos del Tratado que preveían poderes de acción (con lo que aquél quedaba en situación de auténtica residualidad), multiplicándose así las posibles vías a través de las cuales se podían desdibujar los límites de la intervención de la Comunidad”.¹¹⁰

Al respecto, Fernando Díez Moreno es más categórico al indicar que: “el sistema de atribución de competencias que forma parte del Tratado de la Unión Europea significa dos cosas: primera, que para que la Unión pueda actuar sobre una determinada materia, deberá citar el precepto o preceptos que le habilitan para dicha actuación; y segunda, que la Unión *no tiene poderes implícitos*, pues en el caso en que falte atribución expresa, la competencia para actuar corresponde a los países miembros”.¹¹¹

Son todas estas un conjunto de ideas por demás importantes para poder comprender la razón de ser del principio de subsidiariedad que como veremos más adelante actúa como mecanismo corrector ante una posible ampliación competencial comunitaria inadecuada y/o excesiva.

2.1.3. Competencias suplementarias

Como cuestión previa al análisis de las competencias suplementarias es importante advertir -como señala Molina del Pozo-, las erróneas asimilaciones de esta

¹¹⁰ Alonso García citado por Ana Carretero García, *Los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*, Toledo, Palop Producciones, 1998, p. 40.

¹¹¹ Fernando Díez Moreno, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, p. 136.

categoría de competencias con las denominadas implícitas. Tal asimilación, indica, es permisible en la medida en que ambas tienen la condición de ser facultades complementarias de las específicamente atribuidas. Sin embargo, ni los requisitos exigidos para recurrir a unas o a otras, ni las respectivas intensidades y extensiones, son equiparables. Mientras las implícitas son meramente accesorias, derivadas de las competencias previamente establecidas, las competencias suplementarias o subsidiarias, como veremos más adelante, poseen una auténtica virtud innovadora.¹¹²

El Acta Única Europea que entró en vigor el 1 de julio de 1987 introdujo novedades que incidieron fundamentalmente sobre el control absoluto que los Estados miembros tenían sobre el proceso competencial de la Comunidad. Los autores de los tratados eran conscientes de que los poderes conferidos en forma de atribuciones específicas no serían suficientes para alcanzar los objetivos. Para colmar este vacío previeron, concretamente, el artículo 308 del TCE.¹¹³

Conforme se desprende de la norma citada, la primera novedad que introduce el Acta Única tiene que ver con la noción de carencia de poderes específicos, debiéndose entender por esta que la competencia suplementaria es aplicable tanto a situaciones en que la competencia no esté expresamente atribuida a la Comunidad como a aquellas en que, estándolo, resulte insuficiente. El artículo en cuestión no ha cesado de incrementar su influencia en el ordenamiento jurídico comunitario, bien como fundamento de actos aislados, cumpliendo un papel de instrumento jurídico destinado a rellenar vacíos competenciales dejados por los Tratados, bien como pilar clave en la articulación de conjuntos normativos coherentes que conforman políticas comunitarias sectoriales.¹¹⁴

¹¹² Carlos Molina del Pozo, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, DIJUSA, 2002, p. 198.

¹¹³ Art. 308 TCE: “Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.

¹¹⁴ Carlos Molina del Pozo, *Ob. Cit.*, Pág. 202.

No obstante, conscientes de este potencial expansivo, los autores del Tratado se preocuparon de garantizar que cualquier Estado miembro pudiera oponerse a acciones que, según su criterio, no satisficieran los requisitos fijados por el propio artículo 308 TCE. En términos institucionales, esta cautela se plasma en la exigencia de unanimidad en el seno del Consejo para la aprobación de las disposiciones propuestas por la Comisión. En este sentido, hablamos estrictamente, de un verdadero procedimiento establecido para la adopción de acciones subsidiarias, detalle que constituye otra novedad introducida por el Acta Única. Puede apreciarse que en este caso se está frente a un verdadero procedimiento de tinte comunitario, ya que en las decisiones relacionadas con esta cuestión son las instituciones las que en definitiva resolverán si se despliega o no una acción determinada.

Si acaso no se decidiera por unanimidad como establece la norma, cualquier Estado que esté en desacuerdo con la decisión, tramará el procedimiento. Para Santiago Deluca esta imposición podría ser considerada un tanto excesiva, sin embargo piensa que el rigor establecido por la unanimidad deja suficientemente a salvo los derechos de los Estados miembros a no permitir un exceso en la constante ampliación de las competencias comunitarias, que de otra manera sería imposible controlar.¹¹⁵

2.2. Competencias comunitarias en relación con las competencias nacionales. Base jurídica

Como señalamos, el sistema de atribución de competencias propio de los Tratados constitutivos de los procesos de integración supone la transferencia del ejercicio de competencias de los Estados miembros a la Comunidad y consiguientemente la reserva al Estado de la competencia no atribuida. No obstante, incluso en los sectores en que existe

¹¹⁵ Santiago Deluca, *La subsidiariedad y las competencias de la Unión Europea y el Mercosur*, en Revista Latinoamericana de Derecho, No. 4, julio-diciembre de 2005, Pág. 142.

transferencia, el principio general es, como anotan Paz Andrés Sáenz y Javier González, el de coexistencia de las competencias comunitarias con las estatales, ya que constituyen excepción las atribuidas a la Comunidad en régimen de exclusividad.

La ausencia de un sistema de listas en el reparto competencial -entre Estados y Comunidad- supone una cierta inconcreción en los criterios de delimitación e incluso en su contenido, que varía en función de la materia según la respectiva base jurídica.¹¹⁶

El régimen ordinario de atribución de las competencias comunitarias, es el régimen de coexistencia con las del Estado, ya sea porque las comunitarias complementan las estatales o porque están en régimen de concurrencia. En los casos en que rige la concurrencia de competencias, a medida que la Comunidad ejerce las propias y ocupa el campo material con su actividad, generalmente normativa, se reduce correlativamente el margen de actuación de los Estados. Por otra parte, la existencia de una atribución de competencia a la Comunidad, aún cuando ésta no la haya ejercido, condiciona el ejercicio de la competencia estatal concurrente, que está sujeto a ciertos límites: a) los Estados, por el hecho mismo de la atribución de competencias a la Comunidad, deben gestionar sus propias competencias de acuerdo con el interés común, y b) esta obligación se

¹¹⁶ El carácter específico de la competencia comunitaria, su condición de competencia atribuida y de intensidad variable, y el principio general que impide a la Comunidad y a sus instituciones actuar fuera de los límites y de los objetivos que impone el Tratado, exigen que toda actuación comunitaria disponga de un título en que basarse, de fundamento jurídico en su acción. La base jurídica se configura como la norma del Tratado que habilita a la Comunidad para una actuación y determina el alcance y las condiciones del ejercicio de la competencia. Se presenta además como el parámetro para sujetar a la Comunidad y sus instituciones al principio de legalidad comunitaria. Como se puede evidenciar la base jurídica garantiza la atribución de competencias de los Estados miembros de la Comunidad, salvaguarda las competencias de los Estados y también las de la Comunidad; garantiza asimismo los poderes de cada institución y las relaciones interinstitucionales en el sistema comunitario de toma de decisiones, salvaguardando de esta manera, el equilibrio institucional. Por todas estas razones, la elección e identificación de la base o fundamento jurídico no es sólo necesaria legalmente, sino que tiene que ser motivada, razonada de modo explícito y estar fundada en elementos objetivos.

impone incluso en ausencia de ejercicio efectivo de sus atribuciones por parte de la Comunidad, ya que el miembro está sujeto al principio de lealtad comunitaria.¹¹⁷

La coexistencia de las competencias de la Comunidad con las de los Estados miembros en la mayoría de los ámbitos materiales exige reglas de articulación de ambos campos, sin duda la más relevante es la contenida bajo el principio de subsidiariedad. Este principio opera articulando las competencias estatales con las comunitarias no exclusivas, pero no implica un sistema de reparto de competencias entre los posibles niveles - estatal y comunitario- de atribución, sino que proporciona criterios para coordinar el ejercicio de los poderes receptivos por parte de ambos. En el punto siguiente haré un desarrollo objetivo de cómo este principio opera en el marco de las competencias compartidas.

2.3. Aplicación del principio de subsidiariedad en las áreas de competencia compartida. Prueba de eficiencia.

Regular el ejercicio de competencias compartidas es la función asignada al principio de subsidiariedad. En el cumplimiento de esta tarea, o bien se tratará de racionalizar el número de intervenciones de la Comunidad allí donde no es necesario porque la acción estatal puede alcanzar los objetivos suficientemente, o bien se ampliarán las mismas al primar la acción comunitaria cada vez que la dimensión o los efectos de la acción contemplada sugieran una actuación a escala comunitaria.

Si la acción que se pretende adoptar recae dentro de un ámbito que no pertenece a la competencia exclusiva de la Comunidad, cabe preguntarse: ¿cómo conocer cuál de los dos niveles es el más apropiado para llevar a cabo esa determinada acción? Para encontrar una respuesta positiva a la interrogante, la doctrina sugiere la realización de

¹¹⁷ Paz Andrés Sáenz de Santa María, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 115.

una *prueba de eficiencia* que tiene como base el texto del artículo 5 TCE. Sobre la base de esta norma se puede sostener que la intervención comunitaria quedará justificada si se demuestra que: 1) los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y que; 2) puedan lograrse mejor, debido a la dimensión y a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Alicia Chícharro considera que la prueba de eficiencia consta de dos tests: *el test de la necesidad y el test de la eficacia*. Indica que el resultado conseguido después de realizados ambos tests determinará qué nivel es el que debe intervenir y permitirá resolver cuál de las dos partes implicadas, Comunidad o Estados miembros, posee la facultad para lograr mejor el efecto deseado.¹¹⁸

El test de la necesidad sólo permite actuar a la Comunidad cuando es absolutamente necesario que lo haga, dado que una actuación similar a nivel nacional no es posible. A través del test de necesidad lo que se pretende es que antes de reemplazar a los Estados miembros, la Comunidad intente una labor de coordinación o apoyo a las políticas nacionales en los ámbitos de interés común. Si concluido el proceso de coordinación se establece que la acción llevada a cabo a nivel nacional es capaz de alcanzar el objetivo deseado, pues ésta tendrá preferencia sobre la comunitaria. En todo caso, como apunta Alicia Chícharro, el resultado de este test no sólo involucraría la utilización de procedimientos y métodos diferentes, sino también la determinación de un campo de aplicación distinto.¹¹⁹ Es decir, si la medida se adopta por los Estados individualmente, se servirán para ello de sus propios procedimientos y afectará únicamente a sus ciudadanos; si, por el contrario, es la Comunidad quien toma la decisión, lo hará de conformidad con el correspondiente procedimiento previsto en los tratados y se aplicará al conjunto de los ciudadanos de la Comunidad.

¹¹⁸ Alicia Chícharro Lázaro, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi Editorial, 2001, p. 143.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 144.

De lo anterior se desprende otro detalle muy importante. Supongamos que la acción a nivel estatal es insuficiente para alcanzar los objetivos pretendidos tan sólo en uno o en algunos de los Estados miembros. Para este supuesto cabría que la Comunidad intervenga con su acción. Sin embargo, corresponde preguntarnos: ¿la Comunidad podrá sustituir mediante una decisión general también a aquellos Estados capaces de conseguir los fines perseguidos por sí solos? La respuesta es negativa, pues la Comunidad podrá intervenir apoyando la incapacidad de la acción estatal allí donde se produzca, pero no tendrá facultad para intervenir en el terreno de las actuaciones estatales cuando éstas sean suficientes.

Algunos doctrinarios consideran que es evidente que este test tiene una carga restrictiva de la intervención a nivel comunitario, lo que en consecuencia podría obstaculizar el crecimiento del proceso de integración. En una posición contraria, otros autores se inclinan por anteponer la acción estatal a la comunitaria, bajo el argumento de que, en la medida de lo posible, las decisiones se deben asumir lo más cerca al ciudadano.

Respecto al test de la eficacia, Chícharro Lázaro explica que éste exige una evaluación de la acción prevista en orden a establecer si, debido a su dimensión o a los efectos que eventualmente provoque, los objetivos de la misma pueden lograrse mejor a nivel comunitario. Se trata, por tanto, de determinar el “valor añadido” que aportaría la actuación comunitaria, para lo cual se llevará a cabo un análisis comparativo de los costes y beneficios, tanto de la acción realizada por las autoridades competentes a nivel nacional, como de la ejercida por las instituciones de la Comunidad.¹²⁰ De lo anterior obtenemos dos criterios fundamentales: la dimensión y el valor añadido que se traduce en determinar los costos y beneficios tanto de la acción comunitaria, como de la nacional.

¹²⁰ Alicia Chícharro Lázaro, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, p. 146.

Ambos formarán parte del examen previo del caso concreto para determinar la *mayor eficacia* de la acción llevada por la Comunidad.

Contrariamente al test de la necesidad, el de la eficacia impulsa la dilatación de la intervención comunitaria.

Ahora bien, lo anotado líneas arriba son postulados teóricos que requieren ser llevados a los hechos cotidianos, es decir que corresponde indagar sobre la realización de los test en aspectos como quiénes son los competentes para valorar la necesidad, la eficacia comparada y los efectos de determinada acción a tiempo de atribuirle a la Comunidad o dejarla en manos de los Estados, y cuáles son los parámetros que se deben tomar en cuenta.

Siguiendo con Alicia Chícharro sugiere que lo primero que debemos tener en cuenta es la presunción de competencia que juega a favor de los Estados. De allí, la carga de la prueba recae en todo caso en las instituciones comunitarias. De manera que cuando la Comunidad decida ejercer determinada competencia, corresponderá a las instituciones comunitarias decidir quién debe actuar en determinado ámbito de competencia concurrente.

Por otra parte, corresponde tener en cuenta el procedimiento usual de toma de decisiones al interior de la Comunidad, pues será en base a este procedimiento que las instituciones comunitarias cumplirán con su capacidad normativa.

Bajo la perspectiva de estas dos premisas podemos analizar que tanto en la Comunidad Andina como en la Unión Europea, la Comisión –en cada uno de estos procesos de integración- sería la primera institución involucrada no sólo porque posee el derecho de iniciativa legislativa, *sino también porque ella será la primera en apreciar la necesidad y mayor eficacia de la acción comunitaria*, cumpliendo el deber de justificar cada propuesta conforme a criterios cualitativos y cuantitativos, como se vio en el análisis de aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Si la Comisión llega a

la conclusión de que alguna de las dos condiciones no se cumple, no propondrá la medida, y los Estados podrán seguir legislando en el ámbito en cuestión.

Dentro del procedimiento normativo europeo, Báñez Vázquez explica que una vez que la propuesta de la Comisión llegue al Consejo y al Parlamento, ambas instituciones ya poseen un punto de referencia para entrar a valorar si se cumplen los requisitos que exige la correcta aplicación del principio: *la justificación dada por la Comisión en el preámbulo de su propuesta*. Sostiene que a partir de esa justificación, pueden estimar que la Comisión ha hecho lo correcto proponiendo la medida y, por tanto, continuar el procedimiento de adopción de la misma, o considerar que no se ha aplicado adecuadamente el principio y modificar o abandonar la propuesta.¹²¹

La Comisión Europea, en su Comunicación de 27 de octubre de 1992, expone su forma de proceder cuando, en los ámbitos de competencia concurrente, desee averiguar qué nivel es el más apropiado para actuar: analizará caso por caso utilizando como criterios, en primer término, la necesidad de la acción comunitaria y, en segundo, la proporcionalidad de la misma.

Para determinar la necesidad de la acción, conviene examinar: 1) la existencia de los medios a disposición de los Estados miembros, incluso desde el punto de vista financiero, para alcanzar los objetivos (legislación nacional, regional o local y otros; es decir una prueba de eficacia comparativa, y 2) la evaluación de la eficacia de la acción comunitaria, dimensión, problemas y costos, es decir una prueba de valor añadido. Para ello, se podrán tener en cuenta diferentes factores como los efectos de la acción, el coste de la inacción ó los límites eventuales de la acción a nivel nacional.¹²²

¹²¹ J. Barnés Vázquez, *El principio de subsidiariedad y las regiones europeas. Las Comunidades Autónomas*, en J. Barnés Vázquez (coord.): *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, Madrid, Civitas, 1993, p. 572.

¹²² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 27 de octubre de 1992 sobre el principio de subsidiariedad, SEC (92) 1990 final.

La Comisión en su informe presentado en 1995 intitulado “Legislar mejor”, apunta cuáles van a ser los criterios en los que se basará su decisión de intervenir o no en un determinado ámbito, siempre que éste no sea de su competencia exclusiva. Primero, se tendrá en cuenta la necesidad de la medida contemplada, es decir, si los objetivos pueden o no ser alcanzados por los Estados miembros de manera suficiente. Segundo, se evaluará la eficacia de la medida que se pretende, esto es, si realmente los objetivos pueden alcanzarse mejor por una acción realizada a nivel comunitario. En último término, si se plantea un recurso en contra de la acción, comunitaria o estatal, por inobservancia del principio de subsidiariedad, la Comisión señala que corresponderá al Tribunal de Justicia juzgar el resultado del test en cuestión. Este aspecto será analizado en un subtítulo especial dedicado al control jurisdiccional y político del cumplimiento del principio de subsidiariedad.¹²³

Finalmente, es pertinente aclarar acerca del orden de realización de los tests, ¿cuál de ellos se debe realizar primero? la doctrina coincide al indicar que no es necesario realizar ambos tests a la vez, ya que si se inicia por el de la necesidad, sólo se acudirá al de la eficacia en caso de que el resultado del primero ponga de manifiesto la incapacidad de los Estados para desarrollar la acción requerida con vistas a lograr el objetivo marcado. Si la acción estatal supera el test de la necesidad, porque resulta evidente la capacidad de los Estados para conseguir el objetivo, serán estos los que deben actuar, no entrando en ningún momento a determinar el valor añadido que aportaría la Comunidad, es decir el test de eficacia queda excluido.

Sin embargo, si la acción estatal no supera el test de la necesidad, la eficiencia de la acción comunitaria queda prácticamente probada. A pesar de ello, se recurrirá al test de eficacia comparativa para demostrar que la Comunidad puede aportar valor añadido por

¹²³ Informe de la Comisión al Consejo Europeo, *Legislar mejor, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, sobre la simplificación y la codificación*, CSE (95) 580.

encima de la acción estatal y que por ende permite realizar mejor los objetivos previstos.¹²⁴

2.4. Control de aplicación del principio de subsidiariedad

En el proceso de integración europeo garantizar el cumplimiento o aplicación del principio de subsidiariedad es una tarea que queda bajo la responsabilidad de las propias instituciones comunitarias. Así, en primer lugar, corresponde a la Comisión, al Consejo y al Parlamento Europeo desplegar una garantía de carácter político, y en segundo lugar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desplegará un control de carácter judicial. Se trata de una doble garantía de carácter institucional y jurisdiccional conforme veremos más adelante.

En mi opinión, con este control lo que se busca es que la Comunidad a tiempo de realizar una acción tenga en cuenta el principio de subsidiariedad a lo largo de todo el proceso de regulación. Poniatowski en un informe redactado por encargo del Senado francés destacó que la aplicación del principio de subsidiariedad dependerá, por un lado, de la autodisciplina de las instituciones comunitarias encargadas de elaborar las normas comunitarias y, por el otro, del control jurídico del Tribunal de Justicia¹²⁵, conforme se explica más adelante.

2.4.1. Control Político (control a priori)

En el proceso de integración europeo varias fueron las propuestas de control político del principio de subsidiariedad, a decir: un *Comité de Sabios*, que debería emitir su opinión sobre la compatibilidad de las proposiciones legislativas con el principio de

¹²⁴ Ver A.G. Toth, *The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty*, 1992, p. 977; Alicia Chícharro Lázaro, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Madrid, Aranzadi Editorial, 2001, p. 151.

¹²⁵ Sénat Français, *Repport d'Informations sur le príncipe de subsidiarité (Poniatowski)*. Citado por Alicia Chícharro Lázaro, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Madrid, Aranzadi Editorial, 2001, p. 171.

subsidiariedad, de manera que si el Comité consideraba que la medida contravenía el principio, la institución que emitió dicha medida debía retirarla.¹²⁶ Una segunda propuesta tenía que ver con una unidad especializada dentro de la Comisión encargada de comprobar la compatibilidad de las medidas con el principio de subsidiariedad.¹²⁷ Se propuso también un órgano específico cuya función consistiría en la revisión de las propuestas de decisiones comunitarias desde la perspectiva de la subsidiariedad.¹²⁸

Pese a la existencia de las propuestas señaladas, ninguna de estas ha sido recogida en los Tratados de la Unión Europea, sino que más bien la determinación de quién, cómo y cuándo se controlará tal aplicación se ha convertido en tarea y responsabilidad de las mismas instituciones comunitarias.

Así las cosas, en la Unión Europea se puede identificar que tres son las instituciones de carácter político -Comisión, Consejo y Parlamento Europeo- encargadas de verificar la conformidad de todas las acciones que se lleven a cabo con las disposiciones relativas a la subsidiariedad, tanto en la elección de los instrumentos jurídicos como en el contenido global de la propuesta. Veamos en qué medida le corresponde a cada una de las citadas instituciones velar por la observancia del principio de subsidiariedad:

e) Obligaciones de la Comisión.

Es pertinente dejar claramente establecido que sobre esta institución recae una responsabilidad importante ya que, por una parte, ostenta la iniciativa legislativa en la mayoría de los campos competenciales comunitarios y, por otra, es una institución idónea para recabar toda la información necesaria para determinar la oportunidad de una

¹²⁶ A. Teasdale, *Subsidiarity in Post-Maastricht Europe*, 1993, pp. 197 y 198.

¹²⁷ R. Dehousse, *Europe after Maastricht*, en *Law Books in Europe*, Munchen, 1.

¹²⁸ Groupe parlementaire de réflexion sur la CIG de 1996, *Compte rendu des travaux et conclusions*, Assemblée nationale, jun-décembre, 1995, p. 91.

intervención de la Comunidad. Por tanto, es de esperar que la Comisión desempeñe un rol preeminente en la aplicación del principio de subsidiariedad.

Como ya se vio en el capítulo anterior, el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (en adelante el Protocolo) exige en términos generales el deber de cada una de las instituciones comunitarias de velar por el permanente respeto de los mencionados principios.¹²⁹ Asimismo, este instrumento jurídico exige, específicamente, que la Comisión antes de proponer un acto legislativo proceda a amplias consultas.¹³⁰

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión antes de seguir adelante con un determinado acto legislativo examinará con detenimiento tanto la eficiencia como el alcance de su intervención. Para ello, puede realizar las consultas que considere convenientes, y en su caso publicar los documentos de consulta. Si después de todo la Comisión cree que es necesario llevar a cabo una determinada acción, es conveniente que en la exposición de motivos de la nueva propuesta haga constar la conformidad de ésta con el repetido principio.

Definitivamente, pienso que es muy importante que la Comisión exponga los argumentos justificativos de forma clara y precisa, asegurándose de que han sido bien entendidos por las autoridades de los Estados y por el público en general. En este sentido, conviene resaltar que su reflexión precederá sin duda alguna a la del resto de las instituciones, lo que prueba el papel que está llamada a desempeñar.

f) *El papel del Consejo.*

A pesar de que la Comisión posee el derecho de iniciativa legislativa en la Comunidad, el Consejo desempeña la importante función de adoptar esa legislación. Por

¹²⁹ Art. 1 del Protocolo núm. 1.

¹³⁰ Art. 2 del Protocolo núm. 1.

ello, los responsables últimos de la adaptación de las normas comunitarias al principio de subsidiariedad son los Estados miembros reunidos en Consejo.

El Protocolo prevé, en claros términos de obligación, que el Parlamento Europeo y el Consejo procederán al examen de la conformidad de las propuestas de la Comisión, con las disposiciones del artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea. En opinión de Alicia Chicharro, el Consejo ciñéndose a los términos concretos de cada medida planteada, fiscalizará tanto la oportunidad como el alcance de la misma, limitando las intervenciones legislativas comunitarias a los casos en que los objetivos previstos no puedan alcanzarse de otra manera.¹³¹

El Consejo tiene la obligación de motivar la adopción de legislación, cualquier medida que se tome debe ir acompañada de una exposición clara e inequívoca del razonamiento de la autoridad comunitaria en relación con ese acto, de manera que los interesados puedan conocer las justificaciones de la medida adoptada con el fin de ejercer sus derechos y el Tribunal de Justicia ejecutar su control jurídico *a posteriori*.

Me parece que es importante resaltar la opinión de Chicharro Lázaro, en sentido de que “la voracidad reglamentista de la Comisión se ha visto fomentada por un Consejo nada crítico, que ha adoptado sistemáticamente la mayor parte de las medidas propuestas por aquélla. El rechazo esporádico de algunas de ellas venía motivado más que por la toma en cuenta del principio de subsidiariedad, por razones de oportunidad política”.¹³²

De lo anterior se puede entender que la propia dinámica de las negociaciones en el seno del Consejo favorece en cierto sentido el intervencionismo comunitario. Un sistema de “concesiones por obtenciones”, lleva a los ministros a ceder en algunos puntos para alcanzar consensos en otros. Parece muy probable que la constante sea que un

¹³¹ Alicia Chicharro Lázaro, *El Principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2001, pág. 177.

¹³² Ob. cit. pág. 178.

Estado miembro denuncie un texto legislativo ante el Tribunal de Justicia en nombre de la subsidiariedad, cuando se haya quedado en minoría dentro del Consejo y pretenda recuperar a nivel jurisdiccional lo que ha perdido a nivel político.

Dada la flexibilidad de este principio y teniendo en cuenta que su revisión -a cargo del Consejo- lleva consigo más juicios políticos antes que un verdadero análisis de conformidad con el art. 5 del Tratado de la Comunidad, existe el peligro de que sea usado como un arma por las partes con puntos de vista contrarios en el Consejo, para debilitar los argumentos a favor o en contra de la intervención de la Comunidad en determinadas circunstancias.

g) Intervención del Parlamento Europeo.

De conformidad con la norma contenida en el numeral 11 del Protocolo, el Parlamento tiene el deber de examinar, como parte integrante del examen global de las propuestas de la Comisión, si éstas se atienen a lo dispuesto en el art. 5 del Tratado. Esto vale tanto para las propuestas originales como para las enmiendas que el Parlamento o el Consejo deseen introducir. Esto significa que el Parlamento Europeo también se desempeña como contralor del principio de subsidiariedad.

El propio Parlamento ha explicado su papel en la aplicación del principio, en el artículo 54 de su Reglamento Interno:

- “1. Durante el examen de una propuesta legislativa, el Parlamento deberá considerar especialmente si la propuesta respeta el principio de subsidiariedad (...).
2. Si el Parlamento llegare a la conclusión de que no se respeta debidamente el principio de subsidiariedad (...), pedirá a la Comisión que introduzca las modificaciones necesarias en su propuestas”.¹³³

Mediante una de sus Resoluciones, el Parlamento vuelve a reiterar su compromiso, de conformidad con el art. 54 de su Reglamento, de velar por el

¹³³ Reglamento Interno de funcionamiento del Parlamento Europeo.

cumplimiento del principio de subsidiariedad en el marco de cada propuesta de acto jurídico, y subraya la responsabilidad que al respecto tiene su Comisión de Asuntos Jurídicos.¹³⁴

No obstante que el Parlamento se las da de fiel guardián del cumplimiento del principio de subsidiariedad, esta institución en una posición paradójica y pesimista no ve con buenos ojos al principio de subsidiariedad. Así se muestra en otra de sus Resoluciones en la que insiste en que ese principio (el de subsidiariedad) “no puede obstaculizar el ejercicio legítimo, por parte de la Comunidad, de las competencias que le han sido atribuidas por los Tratados ni impedir el desarrollo de las acciones en las que la Comunidad dispone de competencias exclusivas”, tampoco debe “cuestionar el acervo comunitario” o “traducirse en un debilitamiento del derecho Comunitario”.

Asimismo, al Parlamento Europeo le preocupa la tendencia de la Comisión a presentar “directivas marco” y códigos de conducta y “subraya el riesgo de crear así un derecho de naturaleza incierta, menos vinculante -casi un soft law- y menos seguro, que se traduce en una armonización ficticia y una incorporación aleatoria a los ordenamientos nacionales”.¹³⁵

Nótese la gran diferencia en cuanto a la posición que asume el Parlamento en su Resolución de 1994 como garante del acatamiento del principio de subsidiariedad, respecto a la segunda Resolución (la de 1997), en la que por poco llega a desconocer la vigencia del principio y descuida su obligación de velar por su cumplimiento. La situación empeora si tenemos en cuenta que el Parlamento Europeo es la única institución comunitaria elegida democráticamente, de lo cual se “supone” que ésta es la institución

¹³⁴ Parlamento Europeo: Resolución de 20 de abril de 1994 sobre la adaptación de la legislación existente al principio de subsidiariedad, A3-0187/94.

¹³⁵ Parlamento Europeo: Resolución de 13 de mayo de 1997 respecto los Informes de la Comisión al Consejo Europeo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en 1994.

más cercana al pueblo y a sus aspiraciones, a pesar de ello su actuación deja mucho que pensar.

d) *El control político a cargo de los Parlamentos nacionales*

Conforme anoté en el capítulo anterior esta forma de control político del principio de subsidiariedad a cargo de los Parlamentos nacionales es una novedad que introduce el recientemente firmado Tratado de Lisboa.

Este *control de alerta rápida* permite a los Parlamentos nacionales el examen de la correcta aplicación del principio de subsidiariedad. El procedimiento para llevar adelante dicho control indica que los proyectos de actos legislativos serán remitidos directamente por la Comisión a los Parlamentos nacionales, de allí que todo Parlamento nacional podrá, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de la transmisión de un proyecto legislativo europeo, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, un dictamen motivado que exponga las razones por las que se considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Si al menos un tercio de los parlamentos nacionales emite dictámenes apreciando el incumplimiento del principio de subsidiariedad, la Comisión debe reexaminar su propuesta, pudiendo decidir mantenerla, modificarla o retirarla. Si los dictámenes en cuestión procedieran de al menos una mayoría simple de parlamentos nacionales y la Comisión decide mantener su propuesta, se iniciará un procedimiento específico; la Comisión deberá motivar su decisión y además el 55% de los miembros del Consejo (quince estados) o una mayoría simple del Parlamento Europeo decidirán si el procedimiento legislativo sigue adelante o no.

A modo de conclusión del presente subtítulo cabe señalar que las instituciones comunitarias cuentan con un amplio margen para decidir si de acuerdo con el principio de subsidiariedad, está o no justificada su intervención. De manera, que si dentro de un proceso de decisión en el que se demuestre que las instituciones comunitarias no tuvieron

en cuenta las alternativas de actuación de los Estados miembros antes de resolver intervenir, infundiría probablemente mayor desconfianza entre las autoridades estatales y en los propios ciudadanos. De ser así, la medida adoptada no tendría un apoyo sólido, en consecuencia el control político del principio de subsidiariedad a cargo de los Parlamentos nacionales constituirá en mi opinión, una garantía fundamental adicional para que los Estados puedan hacer valer sus derechos ante posibles intervenciones excesivas de la Comunidad. Asimismo, las posibilidades de interponer recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad en nombre de la subsidiariedad se incrementarían considerablemente.

Precisamente, en el siguiente subtítulo analizaremos el control de aplicación del principio de subsidiariedad desde la perspectiva jurisdiccional. Para evitar esta situación las instituciones comunitarias deben ejercer el control político de manera objetiva y responsable, evitando escenarios como el que comentamos que pretenden favorecer el intervencionismo comunitario bajo un sistema de concesiones por obtenciones.¹³⁶

2.4.2. Justiciabilidad del principio de subsidiariedad (control a posteriori)

Conforme al control a priori, analizado en el subtítulo precedente, advertimos que la Comisión, el Consejo, y el Parlamento son los primeros responsables de controlar que la acción comunitaria sea conforme con el principio de subsidiariedad. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad es quien en última instancia se encarga de asegurar la correcta aplicación de las normas comunitarias y, obviamente, dentro del control que ejerce se incluye la norma contenida en el artículo 5 del Tratado de la Comunidad. De

¹³⁶ La propia Comisión señaló que el Parlamento Europeo y el Consejo presentaron un número relativamente escaso de modificaciones explícitamente relacionadas con la subsidiariedad y proporcionalidad. En la gran mayoría de sus dictámenes no criticaron las propuestas de la Comisión por razones de subsidiariedad. Comisión de las Comunidades Europeas, *Informe Legislar Mejor 2005*, Bruselas, 2006, p. 8.

esta manera el Tribunal se convierte en el garante último de la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en toda la Comunidad.

Habíamos adelantado en el capítulo anterior a cerca de la controversia que se suscitó -al interior de la Unión Europea- a tiempo de determinar si el principio de subsidiariedad debía tener un carácter exclusivamente político, o, por el contrario, debía quedar configurado como un principio plenamente jurídico. Básicamente se discutió si el principio de subsidiariedad se incluía en el Preámbulo del Tratado, o si se lo ubicaba en el texto articulado del Tratado. Lo importante de acuerdo al debate de la Unión Europea radica en la segunda opción, ya que si el principio queda plasmado como un artículo del Tratado, éste es perfectamente justiciable ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad. Finalmente se optó por la segunda opción, bajo la lógica de la UE a partir de ese momento el principio de subsidiariedad puede ser objeto de control jurisdiccional.

En las Conclusiones del Consejo de Lisboa de 1992 se caracterizaba el artículo 5 como una “nueva norma básica jurídica”, y, por supuesto, así es como quedó consagrado tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (TUE). En contra de todos aquellos que sugerían atribuirle tan sólo el carácter de regla política de sentido común para relegar la actuación comunitaria a los ámbitos en los que la de los Estados miembros por sí solos no es suficiente, el TUE ha aceptado la plena justiciabilidad del principio.¹³⁷

Para Chícharro Lázaro “la controversia puede considerarse zanjada desde que se incluye la definición del principio en el articulado del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ya que, en virtud del artículo 46 del TUE, la conformidad de las decisiones

¹³⁷ Como ya se ha puesto de relieve, es opinión extendida que la subsidiariedad es más bien una directriz política que un verdadero principio jurídico fundamental. Sin embargo, el Consejo, en respuesta a una pregunta escrita formulada por el eurodiputado Víctor Arbeloa Muru, aclaró que no es solamente una orientación política para las actividades de las instituciones comunitarias, sino que es también una disposición de Derecho Comunitario y el Tribunal de Justicia Comunitaria podrá ser llamado a controlar los actos comunitarios por lo que se refiere al respeto de esta norma jurídica. *Respuesta de 10 de marzo de 1994 a la pregunta escrita núm. E-3102/93 del señor Arbeloa Muru. Tomada del Consejo de la Unión Europea.*

comunitarias con el principio de subsidiariedad cae dentro de la competencia formal del Tribunal”.¹³⁸

En mi opinión los dos escenarios debatidos en la UE permiten el control jurídico del principio de subsidiariedad. Si acaso este principio hubiese quedado consagrado en el preámbulo del Tratado, tendría un valor jurídico igual al que le otorga la norma contenida en el artículo 5 del Tratado.¹³⁹ En consecuencia, considero que la cuestión de justiciabilidad no es tanto si el Tribunal debe controlar la aplicación del principio, es decir no se pone en duda su competencia para controlar la aplicación del principio de subsidiariedad, sino más bien cómo y en qué medida realizará o debe realizar esta función.

El término *justiciabilidad* hace referencia a la capacidad de un Tribunal para decidir sobre un particular tipo de cuestión. Según Partan, “una cuestión es justiciable si por naturaleza es susceptible de ser dilucidada en el transcurso de un proceso judicial. Justiciabilidad se podría referir también más ampliamente a la competencia jurídica del Tribunal, esto es, la autoridad para considerar y decidir determinadas cuestiones”. Justiciabilidad se refiere entonces a la capacidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para interpretar y aplicar la cláusula de subsidiariedad del Tratado como una norma de derecho constitucional de la Unión Europea.¹⁴⁰

Teniendo en cuenta el criterio anterior y la ausencia de un órgano específico dentro de la Unión encargado de pronunciarse respecto al reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, conforme al artículo 220 del TCE, el Tribunal de

¹³⁸ Alicia Chícharro Lázaro, *El Principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2001, p.177.

¹³⁹ El preámbulo contenido en determinada norma jurídica es la esencia misma del poder constituyente, la voluntad soberana plasmada en objetivos y fines a conseguir. “Los preámbulos contienen mucho más que un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar que trasciende la pura literalidad de sus artículos”. John Esteban Espinosa Villacrés, *La fuerza normativa de los preámbulos constitucionales*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007, p. 6.

¹⁴⁰ Dennis Partan, *The justiciability of subsidiarity*, en Rhodes, Essex, C. y S. Mazey (ed.), 1995, pp. 63-65.

Justicia tiene como misión la garantía del respeto del derecho en la interpretación y aplicación del Tratado. Se trata de un auténtico poder judicial independiente e imparcial, que dentro de su jurisdicción su labor es ser el intérprete supremo de los Tratados.

El Parlamento Europeo a través de una de sus resoluciones se pronunció señalando que, “el Tribunal de Justicia debe consagrarse como jurisdicción constitucional que tenga por misión primordial garantizar el respeto del reparto de competencias entre la Comunidad Europea y los Estados miembros”.¹⁴¹

Asimismo, el Acuerdo Interinstitucional de 25 de octubre de 1993 establece que “el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad se realizará en el marco del proceso comunitario normal”, es decir, el Tribunal de Justicia será el encargado de enjuiciar si se ha tenido en cuenta o no este principio en todas y cada una de las fases del procedimiento legislativo comunitario”.

Finalmente, conviene recordar que el Protocolo N° 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, dispone lo siguiente: “el cumplimiento del principio de subsidiariedad será objeto de examen con arreglo a las normas establecidas en el Tratado”.¹⁴²

Por su parte, el nuevo Protocolo sobre la aplicación de los citados principios -que es consecuencia del Tratado de Lisboa-, establece de forma expresa:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo, interpuestos con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 230 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (...)”.¹⁴³

¹⁴¹ Parlamento Europeo: Resolución de 11 de junio de 1990, punto 14.

¹⁴² Apartado 13 del Protocolo N° 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

¹⁴³ Artículo 8 del nuevo Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, incorporado como anexo al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

Admitida como está la justiciabilidad del principio de subsidiariedad, la cuestión de encomendar dicha función al Tribunal de Justicia Comunitario requiere que se cumplan dos requisitos específicamente:

- 1) que el Tribunal posea jurisdicción;
- 2) que existan los cauces procesales adecuados para acudir ante el Tribunal.¹⁴⁴

Según el primero de los requisitos de lo que se trata es de determinar si el Tribunal tiene la capacidad y autoridad para decidir sobre determinadas cuestiones que sean puestas a su consideración. De acuerdo al análisis previo que expuse, este primer requisito se cumpliría, pues el Tribunal según las normas citadas tiene plena jurisdicción para ejercer el control del derecho comunitario. El segundo de los requisitos exige la existencia de determinados recursos que puedan ser interpuestos ante el Tribunal por supuestos actos contrarios al principio de subsidiariedad. Sobre este tema me referiré cuando analicemos cuales son las posibilidades con las que se cuenta.

Aparentemente la revisión que se le encomienda al Tribunal de Justicia no presenta ningún problema, sin embargo esta tarea no resulta nada fácil ya que los criterios sobre los que se asienta el principio de subsidiariedad son bastante abstractos. La mayor dificultad tiene que ver con la naturaleza esencialmente política del principio de subsidiariedad, que en la práctica implica que el Tribunal tenga que desarrollar valoraciones de trasfondo político para resolver los posibles conflictos que se susciten a la luz del repetido principio. No obstante, el matiz político no es algo desconocido dentro de la jurisdicción del Tribunal, como ejemplo podemos citar al principio de proporcionalidad que siendo de naturaleza política tiene un importante desarrollo en base a la jurisprudencia del Tribunal.¹⁴⁵ Al respecto autores como Jacqué y Weiler, sostienen que

¹⁴⁴ A.G. Toth, *Is Subsidiarity Justiciable?*, ELR, 1999, pág. 268, citado por Alicia Chícharro Lázaro, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Madrid, Aranzadi Editorial, 2001, p. 179

¹⁴⁵ Por ejemplo, en la Sentencia de 7 de septiembre de 2006 correspondiente al asunto C-310/04, España contra el Consejo, relativo a un Reglamento del Consejo que modificaba el régimen de ayudas al algodón, el

los tribunales tienen que tratar inevitablemente asuntos en los que se presentan delicados problemas políticos en todos aquellos Estados en los que la revisión judicial anula la legislación adoptada mayoritariamente por un parlamento democráticamente elegido.¹⁴⁶

Alicia Chícharro considera que el problema principal en la revisión de la aplicación del principio de subsidiariedad surge del laxo poder de apreciación que la redacción del artículo 5 del TCE concede a las instituciones comunitarias, a la hora de determinar si “los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. Así, el Tribunal de Justicia debe decidir si la acción pretendida puede o no realizarse “suficientemente”, por los Estados miembros y si se alcanzará “mejor” actuando la Comunidad. Para solucionar esta situación ella sugiere que el Tribunal emplee una técnica conocida como “revisión limitada de legalidad”, que se utiliza para el control de los “poderes discrecionales”¹⁴⁷ que las instituciones comunitarias poseen en algunas materias. En base al contenido del poder discrecional, la función del órgano jurisdiccional alcanza a valorar la oportunidad de la decisión adoptada.¹⁴⁸

2.4.2.1. “Modus operandi” respecto a la revisión del fondo de la decisión

En el examen sobre el fondo de la decisión que realizará el Tribunal de Justicia, como primera función, emerge la cuestión de las disposiciones del Tratado que han servido de base para dictar la medida en cuestión, es decir al fundamento jurídico de la acción. Señalé que la base jurídica se configura como la norma del Tratado que habilita a

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea estableció que faltaban los datos de base que debieron tenerse en cuenta para fundamentar las medidas del referido acto que son objeto de impugnación y de los que dependía el ejercicio de su facultad de apreciación de las instituciones de la Unión Europea. El Tribunal concluyó que se había infringido el principio de proporcionalidad y anuló totalmente el acto impugnado.

¹⁴⁶ J. Jacqué y H. Weiler, *On the Road to European Union. A new Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference*, CMLR, 1990, pp. 204-205.

¹⁴⁷ Un poder discrecional es, esencialmente, un poder político, lo que significa que el legislador goza de un amplio margen de apreciación, no sólo en la elección de los instrumentos a utilizar, sino también en la consideración de los hechos o circunstancias que deben tenerse en cuenta.

¹⁴⁸ Alicia Chícharro Lázaro, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, 177.

la Comunidad para una actuación y determina el alcance y las condiciones del ejercicio de la competencia. Se presenta además como el parámetro para sujetar a la Comunidad y sus instituciones al principio de legalidad comunitaria. La elección de la base legal no depende de la decisión arbitraria de una institución, sino de otros factores como los objetivos pretendidos y el contenido de la medida

Luego, partiendo de que el primer párrafo del artículo 5 del TCE ha sido respetado y, por tanto, la Comunidad ha actuado dentro de los límites de las competencias que le atribuye el Tratado y de los objetivos que éste le asigna, la segunda función del juez comunitario consiste en averiguar si el acto en cuestión cae dentro del campo de las competencias exclusivas de la Comunidad o no. En caso de respuesta positiva, la controversia estaría resuelta pues las competencias exclusivas escapan a la aplicación del principio de subsidiariedad. Si la respuesta es negativa, la tarea del juez radica en analizar, por una parte, si los objetivos de la acción pueden ser suficientemente alcanzados por los Estados miembros y, por otra, si estos podrían lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Por último, el Tribunal examinará las modalidades y la intensidad de la acción. Como vimos en el ejemplo este examen no le plantea ningún problema nuevo dada su constante jurisprudencia basada en el respeto del principio de proporcionalidad.

2.4.2.2. Tipo de revisión que desarrollará el Tribunal Justicia

Debido a la complejidad que presenta en sí mismo el control de las decisiones políticas, la mayoría de las posiciones doctrinales se inclinan por asegurar que el Tribunal de Justicia debe llevar adelante, por una parte, una revisión limitada de la legalidad comunitaria y, por otra, una revisión del procedimiento a través del cual la decisión en cuestión ha sido adoptada.

Al desarrollar un control limitado de la legalidad comunitaria¹⁴⁹, el Tribunal atendiendo a razones de prudencia política, sólo anulará una norma comunitaria por no respetar este principio cuando quepa una aplicación objetiva de sus requisitos y dé como resultado una falta de competencia comunitaria manifiesta.

Chícharro señala que la revisión marginal de aplicación del principio de subsidiariedad ha sido adoptada por el Tribunal cuando se le presenta el caso de examinar si el Consejo y/o la Comisión han sobrepasado los límites de la discrecionalidad que les otorgaba el Tratado, indica que así lo ha manifestado el propio Tribunal: “controlando la legalidad del ejercicio de tal libertad, el juez no ha de sustituir la apreciación en la materia de la institución competente por la suya propia, sino que debe limitarse a examinar si aquélla adolece de error manifiesto de apreciación o constituye un abuso de poder.”¹⁵⁰

Al respecto, durante la Conferencia Intergubernamental encargada de la revisión de los tratados en su Comunicación de diciembre de 1990, el propio Tribunal de Justicia indicó que en relación con la vulneración del principio de subsidiariedad, tan sólo censuraría el error manifiesto de apreciación. Se pronunciará, como lo hace siempre que se le exige un control restringido de la legalidad interna, sobre el respeto del interés general y sobre la exactitud material y jurídica de los motivos invocados.

De todo lo anterior, se puede concluir que de acuerdo con el principio de jurisdicción limitada, todo lo que se espera del Tribunal es que examine si para adoptar la decisión la Comunidad ha cometido un error manifiesto o ha abusado de sus poderes.

Con la intención de ilustrar este razonamiento propongo que el lector revise las sentencias

¹⁴⁹ El TJCE sólo ejercería algo muy parecido a la denominada en el Derecho Administrativo francés, *jurisdicción limitada*. G. Braibant, *Le Droit Administratif Français, Press de la Fondation Nationale des Sciences Politiques*, París, 1984, p. 519. Es decir, sólo revisaría la conformidad de los actos comunitarios con las disposiciones del Tratado y otros principios de Derecho Comunitario, lo que significa que sólo la legalidad objetiva debe ser probada.

¹⁵⁰ TJCE, 18 de marzo de 1975, *Deuka vs. Einfuhr-und Vorratsstelle fur Getreide und Futtermittel*, Asunto 78/74, Rec. 1975, pág. 421, punto 9.

correspondientes a los casos: a) Chafiq Ayadi contra Consejo de 12 de julio de 2006, apartado 105 y ss.; y b) British American Tobacco y otros contra Consejo y Parlamento Europeo de 10 de diciembre de 2002, apartado 173 y ss. Sentencias que se encuentran compiladas en el anexo número uno del presente trabajo.

Wechsler sostiene que este tipo de control es ejercido por los tribunales supremos de los Estados con una estructura federal, que refrendan la progresiva expansión de las competencias de la federación, dejando que sea el propio proceso político el que se encargue de corregir esa tendencia expansiva del poder central.¹⁵¹

No comparto esta última posición ya que si al interior de la Comunidad tan sólo se lleva adelante un control de carácter político del cumplimiento del principio de subsidiariedad, las cosas quedarían como antes de la consagración del principio de subsidiariedad, es decir se tendría un escenario donde no existirían límites competenciales claros. Pienso que si se evita el control *a posteriori* o jurisdiccional, el principio de subsidiariedad perdería su efectividad, pues podría no ser respetado y no existiría ningún medio que permita dejar sin efecto las vulneraciones que genera la intervención comunitaria injustificada. Creo que es preciso que el Tribunal de Justicia interprete los actos legislativos a la luz del principio de subsidiariedad para establecer límites jurídicos a la acción comunitaria, de lo contrario podría verse privado de su legitimidad por opiniones como la que el Tribunal Constitucional alemán pronunció en su sentencia de 12 de octubre de 1993.¹⁵² Dicho tribunal amenazó con reclamar para sí la

¹⁵¹Parece una opinión extendida en los sistemas con un reparto de poderes entre los distintos niveles de gobierno, que la defensa efectiva contra la centralización tiene que buscarse en el propio proceso político, antes que en la revisión judicial. L. Wechsler, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Section and Composition of the National Government*, CLR, 1954, p. 543.

¹⁵² En ese fallo, el Tribunal Constitucional alemán destaca que en la Comunidad rige el principio de atribución de competencias en el marco del principio de subsidiariedad y previene contra interpretaciones de la norma de competencia que no se atengan a dicho principio. Así, se llama la atención frente a un recurso excesivo al artículo 308 –del que se afirma que se ha hecho una aplicación generosa–, a la teoría de los poderes implícitos y al principio del efecto útil, para proseguir con la dinámica de ampliación de competencias que la Comunidad ha venido practicando hasta ese momento. A este respecto, este Tribunal advierte que los actos emanados de las instituciones comunitarias que no estén debidamente cubiertos por los Tratados, no serán

competencia para verificar si los actos comunitarios respetan los principios de atribución de competencias y el principio de subsidiariedad, en caso de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad no realice una interpretación adecuada en el ámbito de las competencias compartidas.

En cuanto a la revisión procedimental, lo primero que se debe tener en cuenta es que cuando el Tribunal de la Comunidad realice este control tendrá en todo momento presentes los razonamientos que la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo y, en su caso, los parlamentos nacionales, hayan esgrimido a favor o en contra de la intervención comunitaria, por lo que no se trata de una revisión “nueva” de la conformidad de la medida con el principio de subsidiariedad.¹⁵³

La Comisión en un esfuerzo especial para explicar de qué manera los actos legislativos propuestos cumplen los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, introdujo un sistema estándar para redactar la exposición de motivos que acompaña a cada propuesta legislativa. Mediante este sistema la Comisión dio lugar a una justificación más detallada y sistemática de la necesidad de la acción comunitaria, lo que en definitiva le permite, por una parte, informar al resto de las instituciones comunitarias y al ciudadano, y por otra, demostrar que ejerce su derecho de iniciativa de manera responsable. En mi opinión una de las características más importantes de este sistema radica en que el Tribunal de Justicia a tiempo de verificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad podrá analizar la justificación que la Comisión haya efectuado a favor de

vinculantes en Alemania. J.M. de Areilza Carvajal, *El principio de subsidiariedad en la construcción europea*, REDC, 1995, p. 237.

¹⁵³ Vimos en el capítulo anterior que el Protocolo establece que para toda norma comunitaria propuesta se expondrán los motivos en los que se basa con vistas a justificar que cumple los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En particular se deben desarrollar amplias consultas antes de proponer textos legislativos y, en su caso, publicar los documentos de consulta; justificar la pertinencia de sus propuestas en relación con el principio de subsidiariedad, proporcionando, en caso necesario, el memorándum explicativo que acompañe a una propuesta con todas las precisiones pertinentes. También se deberá explicar sobre el financiamiento de la acción comunitaria, teniendo en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa deberá ser reducida al mínimo y tendrá que ser proporcional al objetivo que se desee alcanzar. Las razones para concluir que un objetivo comunitario puede lograrse mejor a nivel de la Comunidad deben justificarse mediante indicadores cualitativos o, cuando sea posible, cuantitativos.

la intervención comunitaria y en consecuencia juzgará si se cumplió o no con el principio de subsidiariedad.

El memorándum explicativo estándar puede ser consultado en el anexo número dos del presente trabajo en su versión original en inglés, y la traducción del mismo al español elaborada por el autor de la tesis.

2.4.2.3. Recursos posibles ante el Tribunal de Justicia

Teniendo en cuenta que el control jurisdiccional es un medio dirigido contra actos adoptados por las instituciones políticas de la Comunidad, el principio de subsidiariedad se revisará en el marco de los siguientes recursos:

a) Recurso de anulación

Fundado en la violación del artículo 5 TCE por parte de una decisión comunitaria “sensu lato” puede interponerse el recurso de anulación previsto en el artículo 230 del TCE¹⁵⁴, tanto por los demandantes privilegiados (Estados miembros, instituciones) como por los demandantes ordinarios (personas físicas o jurídicas). Podrán recurrir todas las decisiones que se les dirijan, así como todas aquellas que sin dirigirse a ellos les afecta directa e individualmente y que consideren que vulneran el principio de subsidiariedad. Los principales motivos de anulación que pueden ser invocados giran en torno a los vicios sustanciales de forma, la violación a lo dispuesto en el Tratado y la desviación de poder.

¹⁵⁴ Art. 230 del TCE: “El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o directrices, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. A tal fin será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Consejo o la Comisión”.

b) Excepción de ilegalidad

La excepción de ilegalidad contenida en el artículo 241 del TCE¹⁵⁵ procede para el caso en el que el plazo de interposición del recurso de anulación haya expirado. Esta nueva alternativa no difiere excesivamente del recurso de anulación, salvo en que sólo es operativa con respecto a los reglamentos. Abierta a todas las partes, es posible su formulación incluso si ha expirado el plazo de dos meses previsto en el último párrafo del artículo 230 TCE.

c) Cuestión prejudicial

Una tercera posibilidad es la llamada cuestión prejudicial de apreciación de validez del artículo 234 TCE¹⁵⁶, por medio de la cual un juez nacional se dirigirá al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre la validez, a la luz del principio de subsidiariedad, de un acto que él debe aplicar en el curso de un proceso pendiente ante su juzgado.

Si bien es cierto que la Corte comunitaria no entrará a juzgar si la medida concreta es contraria a lo dispuesto en el Tratado, el juez comunitario tiene la posibilidad de ofrecer una interpretación en abstracto de los objetivos y efectos de la norma en cuestión (en este caso el art. 5 TCE). Con ello, el juez nacional es capaz de decidir por sí mismo sobre la compatibilidad o incompatibilidad del acto con el principio de subsidiariedad, es decir quien decida será este último.

Sin duda puede ser uno de los recursos más utilizados en relación con la aplicación del principio, pues cualquier Tribunal nacional al que se le plantee la duda de la

¹⁵⁵ Art. 241 del TCE: “Aunque haya expirado el plazo previsto en párrafo quinto del artículo 230, cualquiera de las partes en litigio en el que se cuestione un reglamento adoptado conjuntamente por el Parlamento Europeo y por el Consejo o un reglamento del Consejo, de la Comisión o del BCE, podrá acudir al Tribunal de Justicia, alegando la inaplicabilidad de dicho reglamento por los motivos previstos en el párrafo segundo del artículo 230”.

¹⁵⁶ Art. 234 del TCE: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: (...) b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad (...) Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si se estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”.

concordancia de cierta medida con los dictados del artículo 5 TCE, bien espontáneamente, bien porque ha sido alegado por las partes del litigio principal, puede dirigirse al Tribunal de Justicia para que se pronuncie al respecto.

d) Recurso por omisión

Con carácter previo al análisis de este recurso considero importante resaltar que la opinión doctrinal se inclina por señalar que esta vía procesal no es un instrumento idóneo para controlar la correcta aplicación del principio de subsidiariedad. Sin embargo, Alicia Chicharro luego de analizar el alcance del recurso deja ver que ésta puede ser una cuarta alternativa.

La demanda por inactividad del artículo 232 TCE¹⁵⁷ procede para el caso en el que una institución se abstenga de pronunciarse violando las disposiciones del Tratado y habiendo invocado como motivo el segundo párrafo del artículo 5 del TCE. Es decir, una cuestión que aquí se plantea es la de saber si realmente existe una obligación de actuar por parte de la Comunidad en caso de que los criterios previstos en el artículo 5 TCE se cumplan. En términos prácticos, parece que el recurso podrá plantearse por un Estado miembro si el Consejo, teniendo en cuenta el principio, decide no adoptar una medida propuesta por la Comisión.

Sin embargo, parece poco probable que sea éste el único motivo en el que se funde el recurso pues la citada disposición sólo se entiende en virtud de los objetivos previstos en el Tratado, que vinculan a las instituciones a la hora de llevar a cabo acciones tendentes a su consecución. Por tanto, sabiendo que el principio de subsidiariedad no posee una existencia autónoma como motivo de la demanda por inactividad, deberá ser invocado siempre en apoyo de otra disposición del Tratado que imponga la obligación de

¹⁵⁷ Art. 232 del TCE: “En el caso de que, en violación del presente Tratado, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión, se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Comunidad podrán recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación”.

pronunciarse o bien a las instituciones comunitarias, o bien a los Estados miembros. Al respecto el profesor Toht, que aparece citado por Ana Carretero, sostiene que la Comunidad no es la única posible demandada por infracción del artículo 5 TCE, también los Estados miembros pueden ser acusados de violación del principio de subsidiariedad. Así, cuando una determinada materia cae dentro de la esfera de la acción de los Estados, éstos están obligados a tomar las medidas necesarias para lograr el objetivo pretendido.¹⁵⁸ Si la obligación se incumple, tanto la Comisión como el resto de los Estados miembros pueden, conforme a los artículos 226 y 227 TCE respectivamente, recurrir ante el Tribunal de Justicia con el fin de que cese el incumplimiento y, por tanto, la violación del principio.¹⁵⁹ En mi opinión el fundamento de este razonamiento se deduce del artículo 10 del TCE que contiene el principio de leal cooperación, de los Estados miembros y las instituciones comunitarias para asegurar el cumplimiento de los fines de la Comunidad. Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al señalar que los Estados miembros y las instituciones comunitarias están vinculadas al principio de leal colaboración. Dicho principio obliga positivamente a los Estados miembros a adoptar todo tipo de medidas que garanticen la eficacia del derecho comunitario, incluso mediante normas de naturaleza penal. Debe entenderse que la obligación de cooperación se extiende a las instituciones comunitarias en sus relaciones con los Estados miembros.¹⁶⁰ En una posición opuesta, los profesores Jacqué y Weiler, proponen que la subsidiariedad sea justiciable sólo en sentido negativo, es decir, el Tribunal estará llamado a anular una

¹⁵⁸ Vimos en el capítulo anterior que si corresponde a los Estados actuar, porque conforme al principio de subsidiariedad la Comunidad no debe intervenir, el Protocolo exige que las intervenciones de los Estados apliquen todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con el Tratado y absteniéndose de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado.

¹⁵⁹ A.G. Toth, *Is Subsidiarity Justiciable?*, ELR, 1999, pág. 268, citado por Alicia Chícharro Lázaro, *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*, Madrid, Aranzadi Editorial, 2001, p. 193.

¹⁶⁰ Ver Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de diciembre de 1997, asunto C-265/95, caso Comisión contra República francesa y de 8 de julio de 1999, asunto C-186/98, caso Armélia Nunes, Evangelina de Matos.

decisión que viole el principio, pero no podrá forzar a la Comunidad o a los Estados a tomar medidas.

El desarrollo del presente capítulo ha permitido verificar de qué manera procede la Comunidad Europea cuando, por razones de necesidad y valor agregado, decide intervenir de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y de qué manera estos principios despliegan sus funciones. Con los elementos teóricos expuestos en el primer capítulo y este modelo práctico de funcionamiento en la Comunidad Europea, contamos con los recursos indispensables para desarrollar en el próximo capítulo las bases de un esquema de subsidiariedad en la Comunidad Andina y examinar su aplicación y efectividad.

CAPITULO III

PROYECCIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD HACIA LA COMUNIDAD ANDINA

3. Génesis de la Comunidad Andina

La idea de la integración andina no es nueva ni surge con el Acuerdo de Cartagena. En efecto, el germen de la integración andina puede encontrarse en un momento tan remoto como la primera mitad del siglo XIX, casi conjuntamente con la caída del imperio español en América y el surgimiento de las repúblicas independientes. Razones como las rivalidades internas en los nuevos Estados, que debilitaban su incipiente aparato estatal y hacían peligrar su continuidad; su poca población y atraso relativo; así como las aspiraciones de dominio de otras potencias sobre la región llevaron a Simón Bolívar a convocar, en 1824, al Congreso Anfictiónico de Panamá. Partiendo de la comunidad cultural existente entre estos países, esta reunión tenía el objetivo de proponer una unión de Estados que debía servir para conjurar las amenazas a su reciente independencia y promover buenas relaciones y cooperación entre ellos, fines que se plasmaron en un tratado de confederación, liga y unión perpetua, firmado en 1886 pero nunca ratificado.¹⁶¹ Ante la gran dificultad que implicaba llevar una alianza de esa magnitud, Bolívar decide reducir el ámbito geográfico de su proyecto y concibe, entonces, la idea de una Federación de los Andes, que incluyera la Gran Colombia, Perú, y Bolivia, con los mismos objetivos que la Confederación antes mencionada. Sin embargo, aunque ambos intentos fracasaron y no hubo posteriores desarrollos serios hasta el siguiente siglo, éstos permitieron reforzar la idea de la unión en el imaginario colectivo de los pueblos andinos y latinoamericanos.¹⁶²

¹⁶¹ Sistema Económico Latinoamericano (SELA), *Guía de Integración de América Latina y el Caribe*, mayo 2001, www.lanic.utexas.edu/-sela/AA2K1/ESP/docs/Integra/SPDi5-/spdi5-01-2.htm

¹⁶² José Antonio García Belaúnde, *El Sueño de Bolívar: de la Federación de los Andes a Comunidad Andina*, exposición en el Coloquio *El Sueño de Bolívar. El Futuro de la Representación y de la Integración de los*

A base de la idea anterior Walter Kaune sostiene que la Comunidad Andina tiene su génesis espiritual en las visionarias ideas legadas por el Libertador Simón Bolívar, que se consolida con la Declaración de Bogotá de 1966, donde por iniciativa e invitación del presidente colombiano Carlos Lleras Restepo, se reunieron los dignatarios de Chile y Venezuela y los representantes de Ecuador y Perú quienes suscribieron la misma y se materializa el 26 de mayo de 1969, cuando los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Chile, constituyeron la integración subregional andina con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, con el objetivo de crear un mercado común de ámbito regional y con el fin de promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros y sobre todo de procurar un mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de la Subregión. En febrero de 1973 se adhiere la República de Venezuela y en octubre de 1976 se retira la República de Chile.

La Comunidad Andina, es una organización subregional de carácter supranacional en el ámbito sudamericano, conocida con el nombre de Grupo Andino hasta abril de 1996, fecha en que cambió su denominación por el de Comunidad Andina. La finalidad de la Comunidad Andina, además de facilitar el desarrollo de los Estados miembros a través de la cooperación económica y social, es procurar la integración de los mismos, teniendo presente que la cooperación es más propia entre países u organismos internacionales entre los que no se hace sesión de competencias, mientras que la integración genera una organización supranacional, en donde aparece nítidamente una nueva entidad con personalidad jurídica propia y con los órganos que ejercen la soberanía compartida en virtud de las competencias que le han sido transferidas.

Este organismo supranacional tuvo varias denominaciones: Pacto Andino, Grupo Andino, Comunidad Andina de Naciones y actualmente Comunidad Andina.¹⁶³

Los objetivos y fines de la Comunidad Andina se encuentran establecidos en el preámbulo y en su texto de creación, específicamente en el artículo primero del Acuerdo de Cartagena,¹⁶⁴ que en líneas generales se resume en cumplir con el mandato histórico, económico, político, social y cultural de sus Países Miembros, que propenda fortalecer la unión de los pueblos y sentar las bases para avanzar hacia la formación de una comunidad subregional andina, para promover su desarrollo equilibrado y armónico en procura de mejorar el nivel de vida de los habitantes de la Subregión, facilitando la integración regional con la formación gradual de un mercado común latinoamericano proponiendo disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Estados miembros en el contexto internacional.

3.1. La Comunidad Andina como Organización Supranacional

Con la entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, se produce en el Grupo Andino una serie de cambios importantes que redefinirían la naturaleza de la propia organización.

Según Elizabeth Salmón Gárate, en primer lugar cabe destacarse la declaratoria de autonomía del Acuerdo de Cartagena y del propio Tratado del Tribunal de Justicia respecto al Tratado de Montevideo de 1960, constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). El Protocolo de Quito de 1987 reitera esta separación al

¹⁶³ Walter Kaune Arteaga, *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*, en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, comp., *Testimonio Comunitario*, Quito, Artes Gráficas Señal, 2004, p. 49

¹⁶⁴ Artículo 1: “Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Asimismo, son objetivos de este acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión”. Secretaría General de la Comunidad Andina, *Acuerdo de Cartagena, texto oficial codificado*.

eliminar el requisito de compatibilidad con el Tratado de Montevideo y disponer, asimismo, la vigencia indefinida de este último. En igual sentido, deroga las disposiciones relativas a la aplicación supletoria de las resoluciones de la ALALC y a la no afectación de los derechos y obligaciones previstos en el Tratado de Montevideo.

Este deslinde es muy importante en la evolución del Grupo Andino porque le permite desarrollar, con mayor independencia, un proceso de integración propio, orientado hacia un nivel superior del perfeccionamiento. Por el lado de su estructura jurídica, el tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina brinda a la organización los principales elementos de supranacionalidad, elementos tales como los principios de aplicación inmediata, de efecto directo, y de la primacía de las normas originarias y derivadas. En ese mismo sentido, el Tribunal de Justicia no solamente se configura como un órgano de solución de controversias sino como un órgano del control de la legalidad del ordenamiento jurídico comunitario, del cumplimiento de sus normas y de la interpretación del derecho andino.

El Protocolo de Trujillo consolida esta nueva faceta de la organización al crear la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración, que no sólo modifica la estructura básica de la organización sino que le brinda un decidido impulso al proceso mismo de integración. De acuerdo con el Protocolo de Trujillo, la Comunidad Andina no solamente está conformada por los Estados que por decisión soberana se han incorporado a ella, que en los términos del Acuerdo de Cartagena y de sus tratados adicionales se denominan Países Miembros, sino que también está conformada por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

Finalmente, el Protocolo de Cochabamba perfecciona el ordenamiento jurídico comunitario brindándole a las resoluciones de la Secretaría General las prerrogativas de las decisiones e incorporando nuevas competencias para el Tribunal de Justicia.

En estos términos, la actual Comunidad Andina es una organización que tiende al modelo supranacional como se desprende de las características siguientes:

- a) *Primacía del interés común.*- El ordenamiento jurídico andino coloca, por encima de los intereses individuales de los Estados, los intereses comunes favoreciendo el desarrollo conjunto como corresponde en un proceso de integración.
- b) *Transferencia de competencias soberanas.*- El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores tiene facultad tanto para dictar normas vinculantes a los Estados miembros en materia de política exterior como para suscribir convenios bilaterales o multilaterales con terceros países y con organismos internacionales. Asimismo, la Comisión tiene facultades para dictar normas en materia de integración económica y para representar a los Estados miembros internacionalmente en materias de competencia de la Comunidad Andina. Tradicionalmente, estas atribuciones fueron ejercidas por los poderes legislativo y ejecutivo de cada Estado, por lo que se ha producido una transferencia de competencias en la materia.
- c) *Aplicabilidad inmediata de sus normas.*- Conforme al artículo 3° del Tratado del Tribunal de Justicia, las decisiones de la Comisión y del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y las resoluciones de la Secretaría General son directamente aplicables en los territorios de los Estados miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. El principio de aplicabilidad inmediata ha sido afirmado y confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)

- d) *Efecto directo de las normas andinas.*- El Tratado del Tribunal de Justicia también establece el efecto directo de las normas del ordenamiento andino. El principio se desprende del artículo 3° y también de las disposiciones relativas a los recursos que los sujetos privados pueden plantear ante las autoridades estatales, sean administrativas o judiciales, o ante el TJCA con el fin de proteger los derechos originarios en el ordenamiento jurídico andino.
- e) *Primacía del ordenamiento jurídico supranacional sobre cualquier norma interna del Estado miembro.*- El artículo 4° del Tratado del Tribunal de Justicia insta el principio de primacía del ordenamiento jurídico andino al disponer la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino y no admitir ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación. El Tribunal de Justicia ha ratificado este principio, cuyo contenido se identifica con el principio de aplicación preferente del derecho andino. (Principio de leal cooperación)
- f) *La presencia de un órgano que represente a los nacionales de los Estados miembros.*- Esta característica todavía se encuentra en evolución. El Parlamento Andino, órgano creado en 1979 y diseñado para ejercer la representación de los nacionales de los Estados miembros, se encuentra todavía conformado por representantes de los congresos nacionales. No obstante, esta situación se alteraría con la entrada en vigor del Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes, que prevé la elección directa de

los integrantes del Parlamento Andino y sustituye la actual elección indirecta ejercida por los Congresos nacionales.

g) *La existencia de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación y cumplimiento de su ordenamiento jurídico.*- Desde la entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena el 19 de mayo de 1983, el proceso de integración andino cuenta con un órgano encargado de la tutela jurisdiccional de su ordenamiento jurídico originario y derivado. La entrada en vigencia del Protocolo de Cochabamba, el 25 de agosto de 1999, transforma el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y amplía sus competencias introduciendo el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral.

Como se puede apreciar la Comunidad Andina presenta en la actualidad rasgos evidentes de una organización supranacional. Se trata en cualquier caso de un modelo que busca perfeccionarse y consolidarse en la subregión.¹⁶⁵

3.2. Sistema Andino de Integración (SAI)

Los presidentes de los Países Miembros de la Comunidad Andina en septiembre de 1995 decidieron desarrollar un proceso encaminado a lograr una reforma necesaria en el esquema institucional, que se vio plasmada cuando entró en vigor el Protocolo modificador del Acuerdo de Cartagena el 3 de junio de 1997. Desde entonces, la Comunidad Andina cuenta con un sistema institucional denominado Sistema Andino de Integración (SAI), que dotado de los mecanismos necesarios está llamado a dar impulso a todas las tareas necesarias para cumplir los objetivos determinados en el marco de los

¹⁶⁵ Elizabeth Salmón Gárate, *Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas*, en Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad Católica del Perú, comp., *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Fondo editorial de la Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 33-34.

tratados fundacionales. El SAI conforme con el art. 6 de la Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino, Acuerdo de Cartagena (Decisión 563), está conformado por los siguientes órganos e instituciones:

Los órganos e instituciones del SAI tienen autonomía funcional, se desenvuelven por fuera de los Estados miembros de la Comunidad. Cada uno está dedicado a tareas específicas y exclusivas atribuidas por medio de los tratados y protocolos que los crean; sin embargo, en su accionar observan relaciones con todo el resto, lo que da como resultado un sistema de cohesión, que apunta a los objetivos y fines comunes de la integración. Según el art. 7 AC, el Sistema tiene como fin permitir una coordinación efectiva de los órganos e instituciones que lo conforman, para profundizar la integración regional andina, promover su proyección externa y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración.

Cada órgano e institución del Sistema Andino de Integración se rige por el Acuerdo de Cartagena, su respectivo tratado constitutivo y sus protocolos modificatorios, de esa manera lo consagra el art. 8 AC. Esta disposición no señala la posibilidad de que algún órgano del sistema pueda incluso regular aspectos de su funcionamiento interno, por ejemplo, el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que además de su tratado de creación cuenta con un estatuto y un reglamento interno.

En opinión de César Montaña Galarza: “de esa manera la CAN cuenta con el instrumento jurídico idóneo para avanzar en la profundización del proceso integrador, contando para ello con la definición de una estructura ordenada y en permanente coordinación para el cumplimiento de los objetivos establecidos en los tratados fundacionales por los Estados miembros, Antes de esta profunda reforma en el Acuerdo de Cartagena los órganos e instituciones existentes trabajaban sin mayor coordinación y no

sujetos a una estructura orgánico-funcional preparada para los retos que plantea la integración del tipo comunitario”.¹⁶⁶

3.2.1. Revisión de los órganos del Sistema Andino de Integración

De cara a la propuesta que se pretende incluir en la presente investigación, en este subtítulo únicamente analizaré los órganos de la Comunidad Andina que de alguna manera quedarían vinculados con la regla del principio de subsidiariedad. Así, por la naturaleza de la conformación y las funciones otorgadas revisaré al Consejo Presidencial Andino, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión, a la Secretaría General, al Tribunal de Justicia y al Parlamento Andino.

3.2.1.1. El Consejo Presidencial Andino

Es el órgano de mayor jerarquía dentro del Sistema Andino, y está integrado por los presidentes de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

El Consejo Presidencial Andino es el órgano encargado de definir las políticas de la integración comunitaria, y a través de sus “directrices” orienta e impulsa las acciones en asuntos de interés de la Subregión, evalúa el desarrollo y los resultados del proceso de integración; examina todas las cuestiones y asuntos relativos al desarrollo del proceso y su relacionamiento externo; considera y emite pronunciamientos sobre los informes y recomendaciones presentados por los órganos e instituciones del SAI.

En opinión de Marcel Tangarife Torres cuando el Consejo Presidencial Andino cumple su función de definir políticas, mediante sus directrices señala el rumbo político, económico, comercial, social, cultural y jurídico de la Comunidad Andina. Estas directrices de conformidad con el artículo 11 AC deben ser instrumentadas por los órganos e instituciones del SAI que el mismo Consejo Presidencial determine conforme a las

¹⁶⁶ César Montaña Galarza, *Derecho de la Integración. Derecho Comunitario*, Loja, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2007, p. 97.

competencias y mecanismos establecidos en sus respectivos Tratados o Instrumentos Constitutivos.¹⁶⁷

3.2.1.2. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores está conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Miembros de la CAN. Es el órgano de dirección política, encargado de asegurar la consecución de los objetivos del proceso de integración subregional andino y de formular y ejecutar la política exterior de la Comunidad Andina”.¹⁶⁸ Se expresa jurídicamente a través de “declaraciones” y “decisiones”.¹⁶⁹

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores tiene como funciones principales formular la política exterior de los Estados miembros en asuntos que sean de interés comunitario, pudiendo emitir decisiones sobre esta materia y suscribir convenios y acuerdos con terceros países o con organismos internacionales. Asimismo, es el órgano encargado de cumplir y hacer cumplir las directrices impartidas por el Consejo Presidencial Andino hacia este o hacia los otros órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

¹⁶⁷Estas directrices, si bien no forman parte de la normatividad andina, y por lo tanto no establecen obligaciones jurídicas para las autoridades de los Países Miembros, ni para las autoridades andinas o los particulares, sí se convierten en verdaderas declaraciones políticas que orientan la actuación de los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, quienes tienen la obligación de “instrumentarlas”, según sus competencias. Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Medellín, Baker-McKenzie, 2002, p. 59

¹⁶⁸ Artículo 1 Decisión 407, *Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores*.

¹⁶⁹ El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se expresa mediante declaraciones y decisiones, las cuales son adoptadas por consenso. Las declaraciones son manifestaciones de contenido preponderantemente político, no forman parte del ordenamiento jurídico andino. Por su parte, las decisiones adoptadas por dicho Consejo sí forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, y por lo tanto, son fuente de derechos y obligaciones para los Países Miembros y para los particulares. Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Medellín, Baker-McKenzie, 2002, p. 80

3.2.1.3. Comisión de la Comunidad Andina

Este órgano fue instituido desde la suscripción misma del Acuerdo de Cartagena y es uno de los órganos primigenios de la integración. La Comisión es un órgano de decisión de la Comunidad Andina encargado de formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional en materia de comercio e inversiones, y de adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena. Entre sus funciones también se encuentran las de compartir la capacidad legislativa del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y representar a la Comunidad Andina en materias de su competencia; así como aprobar los presupuestos anuales y evaluar la ejecución presupuestal de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Este órgano fue creado con el fin de representar los intereses comunitarios, por lo que ostenta algunas características que pretenden desligarlo del concepto de representación estatal.

De acuerdo con el artículo 24 del Acuerdo de Cartagena sus reuniones son en forma ordinaria, tres veces al año, y en forma extraordinaria cuando sea necesario. Se expresa a través de “decisiones”.¹⁷⁰

3.2.1.4. Secretaría General de la Comunidad Andina

La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina encargado de administrar el proceso de integración, formular propuestas de decisión, resolver los asuntos sometidos a su consideración, velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios y prestar apoyo técnico a los demás órganos del proceso de integración. Tiene como autoridad máxima al Secretario General.

¹⁷⁰ La Comisión expresa su voluntad a través de decisiones, las cuales forman parte del ordenamiento jurídico andino, y gozan de las características de supranacionalidad, prevalencia, aplicación directa y efectos inmediatos. Artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Una de las ventajas de la Secretaría General es que funciona de manera permanente, hecho que le permite seguir de cerca los avances del proceso de integración. La Secretaría General conforme prevé el artículo 29 AC se expresa mediante “resoluciones”. Asimismo está facultada para presentar “propuestas” e “iniciativas”.

3.2.1.5. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Inicialmente el Acuerdo de Cartagena no contempló un Tribunal Comunitario, sin embargo, a medida que el proceso de integración fue evolucionando hacia su institucionalización como organismo supranacional, surgió la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional, el mismo que fue constituido por el Tratado de Creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena de 28 de mayo de 1979, modificado por el Protocolo de Cochabamba el 28 de mayo de 1996 bajo el nombre actual de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuya normativa ha sido codificada por la Comisión mediante la Decisión 472 de 16 de septiembre de 1999.

Actualmente está integrado por cuatro Magistrados designados por la Comisión de las ternas presentadas por cada uno de los Países Miembros. Walter Kaune sostiene que si bien el Tribunal es parte del SAI, a la vez éste es independiente de los órganos e instituciones que conforman el SAI y de los Países Miembros, en consecuencia se encuentra dentro del Orden Jurídico Comunitario constituyéndose en parte esencial y medular de un Poder Judicial de la Comunidad Andina de carácter supranacional.¹⁷¹

La naturaleza y los fines del Tribunal de la Comunidad Andina están establecidos en el Tratado de Creación y en su Estatuto,¹⁷² siendo sus principales funciones: 1) interpretar y declarar el Derecho Comunitario; 2) garantizar la legalidad y la intangibilidad

¹⁷¹ Walter Kaune Arteaga, *La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario*, en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, comp., *Testimonio Comunitario*, Quito, Artes Gráficas Señal, 2004, p. 73.

¹⁷² Artículo 4 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros. El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino”.

del mismo; 3) ejercer el control jurisdiccional sobre los actos que realizan los órganos que conforman el SAI; y 4) garantizar la observancia del ordenamiento jurídico y dirimir las controversias. Para estos efectos le han sido asignadas competencias específicas de conocer y decidir acciones y recursos, inherentes a su función jurisdiccional en los Países Miembros. Ejerce la función jurisdiccional a través de las Acciones de Nulidad, de Incumplimiento, de Interpretación Prejudicial, Recurso por Omisión o Inactividad, Jurisdicción Laboral y Función Arbitral. De este conjunto de competencias, únicamente analizaremos las que permitirían velar por el control del principio de subsidiariedad en la Comunidad Andina.

a) Acción de Nulidad

La acción de nulidad es el medio por el cual el Tribunal de Justicia controla que las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios celebrados entre los Países Miembros en el marco del proceso de integración se adopten de conformidad con el Acuerdo de Cartagena y el Tratado del Tribunal. En caso de que una Decisión, Resolución o Convenio infrinja una norma comunitaria superior o un principio del Derecho Comunitario Andino, el Tribunal de Justicia puede declarar su nulidad y dejarla sin efecto.

De acuerdo a lo establecido por la propia jurisprudencia del Tribunal Andino, por medio de esta acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial a todo régimen jurídico y se institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia del principio de la jerarquía normativa inserta en el artículo 1 del Tratado de Creación que define la composición del ordenamiento jurídico comunitario. Asimismo, ha señalado: "...que la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del

ordenamiento jurídico comunitario andino, es la tutela del mismo, a fin de que aquélla quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho (...).¹⁷³

Si bien la acción de nulidad es subjetiva por lo que respecta a la legitimación para interponerla, es en cambio, de carácter predominantemente objetivo en cuando se encuentra consagrada en interés general, a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, es decir, busca la vigencia del imperio de la jerarquía normativa, característica fundamental de todo ordenamiento jurídico.¹⁷⁴

Con fundamento en lo establecido en el artículo 17 del Tratado del Tribunal y 101 del Estatuto, y de lo recogido de la jurisprudencia del Tribunal, las causales serían la incompetencia, el vicio de forma, la desviación de poder, el falso supuesto de hecho o de derecho y, la imposibilidad, ilicitud, o indeterminación del contenido del acto.¹⁷⁵

Según lo dispuesto tanto en el Tratado como en el Estatuto del Tribunal pueden interponer una acción de nulidad el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales y jurídicas cuyos derechos subjetivos o sus intereses legítimos hayan sido afectados. Conforme al artículo 19 del Tratado de Creación del Tribunal, los particulares sólo pueden ejercer la acción de nulidad “previa demostración de que la Decisión, Resolución o Convenio objeto de demanda afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”. Según comenta Marcel Tangarife la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha variado respecto a la exigencia de la previa demostración de que el acto acusado afecta

¹⁷³ Secretaría de la Comunidad Andina, *Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Soluciones de Controversias*, Lima, Realidades S.A., 2008, p. 22

¹⁷⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia dictada en el proceso 23-AN-2002. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 991, del 2 de octubre de 2003.

¹⁷⁵ “Estas causales de nulidad han sido concretadas por la jurisprudencia del Tribunal partiendo de los cinco elementos esenciales del acto: la incompetencia, como vicio en el sujeto; el vicio de forma; atinente al elemento formal del mismo; la desviación de poder, relativo al vicio en el fin perseguido; el falso supuesto de hecho o de derecho; que tiene que ver con la causa; y, finalmente, la imposibilidad, ilicitud, o indeterminación del contenido del acto, referente al objeto de éste. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia de 17 de noviembre de 2006, emitida en el Proceso 214-AN-05.

los derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares. En una primera etapa exigía prueba de dicha afectación como requisito de admisibilidad; posteriormente admitió la posibilidad de prueba sumaria y las impugnaciones sobre la legitimación en la causa las definiría en la sentencia. Indica el citado autor, que en un pronunciamiento reciente, el Tribunal admitió como interés legítimo para actuar la preservación del principio de legalidad, criterio que fue recogido en la Sentencia 14-AN-2001 frente a una demanda instaurada por un abogado como persona natural.¹⁷⁶

En el caso de los Países Miembros, existe una limitación expresa: Solamente pueden ejercer dicha acción cuando se trate de Decisiones o Convenios, en el evento que no hubieran sido aprobados con su voto afirmativo.¹⁷⁷ Sobre este último aspecto, ha dicho el Tribunal:

“(…) También es del caso anotar como circunstancia diferenciadora la imposibilidad en que se encuentran de incoar esta acción los Países Miembros contra aquellas Decisiones de la Comisión que hubieren sido expedidas con su voto afirmativo”.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 14-AN-2001: “Recogió en esta motivación el Tribunal uno de los avances más grandes del derecho comunitario andino cual ha sido el de facilitar la participación de los particulares, personas naturales o jurídicas, en los procesos que se surten ante el Órgano Judicial de la Comunidad, otorgándoles así la plenitud del ejercicio de sus deberes y derechos como sujetos del referido ordenamiento comunitario. Las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba perseguían en esta materia posibilitar o ampliar en su caso, la participación de los particulares de los Países Miembros *en el proceso de control de la legalidad y de aplicación de normas comunitarias* (...). El particular que establece la demanda de nulidad se presenta alegando el interés legítimo del cual es titular; en primer lugar, por su condición de individuo que se beneficia directamente del ordenamiento jurídico andino, en donde los particulares tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración andino; en segundo lugar, porque como abogado tiene interés en el mantenimiento, respeto, y cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que se encuentra, para el caso que nos ocupa, tanto en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos como en las Decisiones de la Comisión Andina, pues si la Comisión no lo cumple, se rompe ese ordenamiento jurídico, imposibilitándose, así, el desenvolvimiento normal de la Comunidad Andina, lo cual me causa perjuicio, no sólo como abogado sino como persona sometida a dicho ordenamiento, pues como lo ha expresado el Tribunal los individuos se benefician directamente del ordenamiento jurídico, lo que los convierte, a la vez, en sujetos activos y obligados por el mismo.

¹⁷⁷ Artículo 18 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Los Países Miembros sólo podrán intentar la acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieran sido aprobados con su voto afirmativo”.

¹⁷⁸ Sentencia 24-AN-99 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Tomada de la obra de Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Bogotá, Baker McKenzie, 2002, p. 243.

De conformidad con el artículo 20 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio objeto de dicha acción.

Cuando el Tribunal declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo. El artículo 22 del Tratado ordena al Tribunal establecer un plazo para el cumplimiento de la sentencia. Asimismo, vuelve expresa la prohibición de reproducción del acto anulado, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación declarada por el Tribunal. Acerca de los efectos de la sentencia de nulidad, ha dicho lo siguiente:

“En el caso del derecho comunitario, la nulidad tiene características peculiares puesto que el artículo 22 del Tratado de Creación del Tribunal establece que cuando éste declare la nulidad parcial o total de una Decisión o de una Resolución, deberá señalar los efectos de la sentencia en el tiempo, dejando a juicio de este organismo su determinación según el caso. Tal disposición de la ley tiene sentido si se tiene en cuenta el distinto alcance que pueden tener los actos administrativos”.¹⁷⁹

b) La Interpretación Prejudicial

En virtud de la aplicabilidad inmediata y directa de las normas comunitarias en el territorio de los Países Miembros, los particulares pueden invocarlas ante sus jueces nacionales. Es por ello que surge la necesidad de contar con un mecanismo que garantice que la aplicación e interpretación del Derecho andino por parte de los distintos jueces nacionales se realice de manera uniforme en los Países miembros.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Sentencia I-AN-97*. Tomada de la obra de Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Bogotá, Baker McKenzie, 2002, p. 250.

¹⁸⁰ Secretaría General de la Comunidad Andina, *Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias*, p. 25

Guillermo Chahín Lizcano sostiene que la interpretación por la vía prejudicial de la norma comunitaria es un instrumento que tiende a garantizar la uniformidad en la aplicación de este ordenamiento, en todos los Estados miembros. El Tribunal Comunitario al admitir la consulta que formule el Tribunal o Juez nacional obligado a aplicar una disposición del ordenamiento comunitario andino a un caso concreto, debe pronunciarse mediante la expedición de una providencia en que se precise el contenido y alcance de la norma comunitaria, pertinente y adecuada para la resolución del caso en cuestión; colaborando de este modo, con el Juez nacional en la configuración de la sentencia que debe emitir en la causa sometida a su conocimiento. Continúa indicando que de lo establecido por el artículo 33 del Tratado de creación del Tribunal se colige la existencia de dos tipos de consulta prejudicial, una de *carácter facultativo* y otra de *tipo obligatorio*. Esta última se da con respecto a las actuaciones de los jueces nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso en derecho interno, es decir, los jueces están obligados a formular la consulta prejudicial a los efectos de que el Tribunal Comunitario realice la interpretación de la norma andina correspondiente. En este caso el proceso interno se suspende hasta tanto el Tribunal Andino emita su pronunciamiento quedando el consultante impedido para proferir la sentencia sin contar con la interpretación requerida. En la consulta facultativa, que es la que plantea voluntariamente el juez nacional cuyas decisiones son revisables por vía de recursos de instancia, aunque igualmente se suspende el proceso mientras se surte el trámite de la consulta prejudicial, no es presupuesto indispensable para la emisión de la sentencia que el pronunciamiento del Tribunal Andino se haya producido.¹⁸¹

De acuerdo a lo establecido por el artículo 35 del Tratado de Creación, la sentencia que dicte el Tribunal tiene carácter obligatorio, y el juez que conozca del

¹⁸¹ Guillermo Chahín Lizcano, *Fundamentos constitucionales del Derecho Comunitario Andino*, en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina comp. *Testimonio Comunitario*, Quito, Artes Gráficas Señal, 2004, p. 121

proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal; lo que significa que la sentencia que contiene la interpretación, resuelve la cuestión referente al Derecho Comunitario, correspondiendo al juez nacional la responsabilidad de dictar el fallo final apreciando los hechos con relación a dicha interpretación, es decir, que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada, no se trata pues de una mera directiva o sugerencia, sino que vincula al juez nacional que hizo el envío. En la materia objeto de interpretación, la interpretación del juez comunitario es absolutamente vinculante para el juez nacional.¹⁸² Además el Tribunal ha manifestado que la sentencia vincula al juez nacional que solicitó la interpretación y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquier de los recursos que llegue a su conocimiento y decisión.

El Tribunal de Justicia conforme al artículo 35 de su Tratado de Creación queda limitado, dentro de la interpretación que debe realizar, a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. En consecuencia, el Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso. A pesar de ello, podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, no la incorpore en su sentencia.

c) Recurso por Omisión o Inactividad

El Recurso por Omisión o Inactividad es aquel que permite a los Países Miembros, particulares y órganos del Sistema Andino de Integración hacer un control de aquellos

¹⁸² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Sentencia 157-IP-04*.

otros órganos que estando obligados a ejercer alguna actividad con fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario, cumplan con sus obligaciones.¹⁸³

El Tribunal de Justicia manifestó que este recurso: “busca hacer cesar la inactividad y compeler, ya sea al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión o a la Secretaría General cuando se encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a que estuvieran obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a cumplir con su conducta de emitir el pronunciamiento. En consecuencia, el recurso por omisión está previsto para los casos en los que los órganos encargados de cumplir y hacer cumplir una disposición de derecho comunitario no lo hacen y de esta manera infringen la normativa comunitaria al abstenerse de actuar”.¹⁸⁴

3.2.1.6. Parlamento Andino

El Parlamento Andino es un órgano deliberante del proceso de integración subregional que representa a los ciudadanos de los Estados miembros de esta organización internacional. Los objetivos del Parlamento Andino son, fundamentalmente, colaborar en el proceso de integración de la Comunidad Andina; velar por el pleno imperio de la libertad, la justicia social, la democracia, el principio de libre determinación de los pueblos y el respeto de los derechos humanos dentro del marco de los instrumentos internacionales vigentes; y promover la participación de los pueblos como actores del proceso de integración andina mediante el fomento del desarrollo de una conciencia comunitaria andina y latinoamericana.

El Parlamento Andino tiene una participación muy limitada en la producción normativa comunitaria. En esta medida puede plantear sugerencias y proyectos de normas sobre temas de interés común, así como recomendar la armonización de las

¹⁸³ Secretaría General de la Comunidad Andina, *Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias*, p. 29.

¹⁸⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Providencia del Proceso 76-RO-03 de 22 de octubre de 2003.

legislaciones nacionales de los Estados miembros. En todos los casos, la actividad del Parlamento Andino se ubica en el ámbito de la “recomendación” y la “sugerencia”, que son actos de carácter no vinculante.

Bien señala Elizabeth Salmón cuando indica que la representatividad de sus miembros se encuentra pendiente en tanto el “Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre Elecciones Directas y Universales de sus Representantes”, culmine su proceso de ratificación por parte de los Estados miembros. A la fecha, Ecuador es el único país que elige -desde el año 2002- directa y democráticamente a sus parlamentarios andinos, de allí que esto lleve a exhibir gráficamente que, si de medir el rango de legitimación democrática del Parlamento Andino, diremos que este órgano comunitario goza de un 25% (uno de cuatro países). El resto de Países Miembros -Bolivia, Colombia y Perú- delegan desde sus congresos nacionales a los parlamentarios andinos (legitimación democrática indirecta).

Es fundamental que los Países Miembros elijan a sus representantes ante el Parlamento Andino mediante sufragio universal, directo y secreto. Sólo la actuación de un parlamento comunitario, integrado por los representantes elegidos directa y democráticamente por los pueblos de los estados miembros legitimará las acciones que decidan asumir.

3.3. Las competencias en la Comunidad Andina

La Comunidad Andina se fundamenta en la transferencia y atribución voluntaria de competencias efectuada por parte de sus Países Miembros con la finalidad de lograr la realización de los objetivos previstos en su tratado constitutivo. Significa que la Comunidad Andina (CAN) al igual que la Unión Europea (UE) y otras organizaciones de integración tienen como punto de partida al principio de atribución de competencias, al que hice referencia en el capítulo anterior. Conviene destacar que dentro del “sistema de

atribución” adoptado por la Comunidad Andina se distinguen dos grupos de cuestiones. El primero es que las competencias atribuidas a la CAN pueden clasificarse en competencias “atribuidas” en sentido estricto, y competencias “transferidas”. Las primeras son competencias *ex novo*, que no existían anteriormente y que son consecuencia del carácter supranacional que tiene la Comunidad Andina. Así, por ejemplo, las competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, o la capacidad de organización interna que poseen las instituciones comunitarias. Por el contrario, las competencias “transferidas” son aquellas que originariamente pertenecen a los países miembros y éstos se desprenden de ellas, a favor de la Comunidad. La Comunidad se construye así, en buena parte, a base de sucesivas cesiones de soberanía, de sucesivas transferencias de competencias o poderes propios de los países miembros.

En este sentido Fernando Uribe Restrepo sostiene que “los organismos comunitarios de la CAN no tienen fuerza jurídica constituyente o creadora y solo son fuente secundaria o derivada del derecho de la integración instituido gracias a los Tratados fundamentales. Su poder es un “poder normado” o sea que está sujeto a las reglas precisas y a límites que no pueden exceder. Es un poder que está básicamente al servicio de los objetivos y valores que constituyen la razón de ser de los tratados de integración, compartidos por definición por todos y cada uno de los Estados partícipes”. En esta misma línea César Montaña Galarza opina que las atribuciones de competencias desde los Estados hacia los órganos comunitarios son derivadas, constituidas, sometidas a la Norma Fundamental de cada Estado. Además la atribución de competencias no es incontrolada sino que en todos los casos -como es lógico-, se somete a las normas que están en las constituciones. Adicionalmente quien tiene la competencia material tendrá automáticamente la capacidad para regularla.¹⁸⁵

¹⁸⁵ César Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2007, p. 348.

En opinión de Fernando Diez-Moreno la organización de integración sólo podrá ejercer las competencias que le estén expresamente atribuidas por el Tratado, es decir, para que la Comunidad pueda actuar sobre una determinada materia, deberá citar el precepto o preceptos que le habilitan para dicha actuación.

La Comunidad Andina conforme al art. 48 del Acuerdo de Cartagena (AC) es una organización subregional con personalidad jurídica internacional.¹⁸⁶ Sin embargo, en opinión de José Manuel Sobrino Heredia a diferencia de los Estados, esta personalidad no es universal sino que es funcional, esto es, se ve limitada a la consecución de los objetivos fijados en el art. 1 AC. Precisamente, para alcanzar dichos objetivos los Estados miembros atribuyen el ejercicio de competencias soberanas, de lo que se deduce que esta cesión del ejercicio de competencias soberanas se realiza en determinadas materias de interés común decididas libremente por los Estados miembros. A partir de esta concepción, estos procesos de integración, sin desplazar al Estado nación, cuestionan radicalmente el tradicional dogma de la soberanía absoluta del Estado, dando lugar, a una nueva idea de soberanía, la de una soberanía relativa y divisible.

La soberanía se la concibe como un conjunto de competencias o atributos que, en cuanto a su titularidad, en forma exclusiva radican en el pueblo, mientras que, en cuanto a su ejercicio, pueden o no estar a cargo de órganos estatales. Sobre la base de esta idea, en mi opinión es necesario destacar que no existe ningún tipo de cuestionamiento en cuanto a la titularidad de la soberanía estatal, puesto que ésta radica de manera inalterable en el pueblo y el Derecho Comunitario no la disputa. El aparente problema se

¹⁸⁶ Se trata de una personalidad jurídica distinta e independiente de la personalidad de los Estados miembros, lo que le permite tener sus propios órganos e instituciones, su patrimonio, su presupuesto, etc. Esta personalidad jurídica se refiere sobre todo a la personalidad internacional, de manera que dentro de los límites establecidos en los Tratados, la Comunidad podrá negociar y en su caso firmar Acuerdos, Convenios o Tratados Internacionales. En virtud a su personalidad jurídica la Comunidad Andina disfruta en el territorio de los Estados miembros de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de su misión.

presenta en el ejercicio de la soberanía estatal, es decir, que no siempre el ejercicio de la soberanía estará a cargo de los órganos estatales.

Dentro del Derecho Comunitario sabemos que los procesos de integración que se producen en diferentes partes del mundo están cuestionando los conceptos tradicionales de soberanía, nación y otros, que han sido esenciales en los últimos tiempos. Dichos procesos de integración han dado lugar al concepto de supranacionalidad, que como anota César Montaña, se expresa de dos maneras:

“Como la transferencia de soberanía con la consecuente delegación de competencias desde los Estados que se integran hacia el aparato comunitario y; mediante la conformación de órganos e instituciones comunitarias autónomas, con la finalidad de que éstas tomen decisiones –legislen en materias puntuales- y/o expidan fallos cuyos destinatarios serán los países miembros”.¹⁸⁷

Bajo el escenario planteado, pienso que la soberanía estatal permanece intacta, pues la soberanía es algo absoluto e inseparablemente unido a la estatalidad, de manera que en virtud a la soberanía inviolable, el Estado conserva, a pesar de todas las transferencias de derechos de soberanía, un poder público ilimitado, no pierde el control sobre todo poder público que influye en su territorio. Por ello, en la atribución de soberanía al proceso de integración, no se trata de una limitación a los derechos que de ella derivan en sentido real. El que se produzca lo contrario resulta inimaginable ya que eso implicaría perder la garantía que otorga el concepto de soberanía que sirve de base para la autodeterminación de los pueblos. Al respecto, Cesar Montaña opina que “en un esquema comunitario no hay pérdida de soberanía sino una nueva manera de ejercerla, amén de que debido a los intereses creados en su ejercicio tiendan a aparecer

¹⁸⁷ César Montaña Galarza, *Constitución del Ecuador e integración andina*, en *La estructura constitucional del Estado Ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 16.

dispositivos y procedimientos imperfectos que podrían menoscabar sobre todo el principio democrático”.¹⁸⁸

En virtud de su soberanía inviolable, el Estado conserva además la capacidad jurídica ilimitada para actuar en el plano internacional en diversas materias. Por otra parte, conserva también su capacidad jurídica ilimitada de autoorganización, lo que significa que el poder constituyente es ilimitado, incluso en un Estado integrado y, en ello coincido plenamente con Pablo Pérez Tremps que hace notar que “el poder de integración es un poder constituido, por lo tanto, infraconstitucional, es debido a ello que la Constitución sí puede fijar límites a la integración en la idea de soberanía como caracterización última de la existencia del Estado y, cuidando los principios básicos de la estructura constitucional: libertad, democracia, derechos fundamentales de las personas y estructura territorial del Estado”.¹⁸⁹ Alineado a este criterio, Fernando Uribe sostiene que:

“la Comunidad no es soberana, puesto que no es capaz por sí sola de garantizar su continuidad o permanencia, la que depende exclusivamente de la voluntad de los Estados miembros, dentro de los límites del derecho internacional. La supranacionalidad en consecuencia, no supone un poder constituyente autónomo. Supone tan solo la delegación de ciertas y determinadas competencias. Por ello se afirma que la supranacionalidad deja intacto el hecho de la soberanía estatal.”¹⁹⁰

Concluyo mi posición destacando que la integración en bloques regionales no involucra una desaparición de la soberanía estatal sino un desplazamiento o movilidad de la misma, en la medida de que cada Estado participante ha limitado voluntariamente los alcances de su poder, a cambio de las ventajas que el orden comunitario le puede procurar, en consecuencia reafirmando el concepto de soberanía.

Es, justamente, el ejercicio divisible de la soberanía, lo que lleva y posibilita que unos Estados se asocien con otros y que creen instituciones comunes para alcanzar unos

¹⁸⁸ César Montaña Galarza, Manual de Derecho Tributario Internacional, Quito, Corporación Editora Nacional, 2007, p. 344.

¹⁸⁹ Citado por Cesar Montaña, Ob. Cit. p. 6

¹⁹⁰ Fernando Uribe Restepro, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Quito, Artes Gráficas Señal, 1990, p.53.

intereses colectivos. Esta noción de soberanía, al facilitar la cesión del ejercicio de competencias, plantea, en cada caso concreto, la necesidad de determinar, quién, Estado o Comunidad Andina, detenta dicho ejercicio sin que se excluyan, según los casos, ni las acciones conjuntas, ni la realización por el Estado de actividades subordinadas. Este procedimiento, trae como corolario que las instituciones comunitarias no van a disfrutar siempre del mismo tipo de competencias y que variarán según las acciones a desarrollar, de manera que en algunos ámbitos gozarán de competencias exclusivas, en otros estas competencias las compartirán con los Estados miembros y, en otros, no tendrán ningún tipo de competencias porque estas quedarán bajo la potestad de los Estados.

En esta parte encontramos el segundo grupo de cuestiones, se trata de encontrar la distinción, dentro de las competencias transferidas entre competencias “exclusivas” y competencias “compartidas”. Los tratados constitutivos de la Comunidad Andina -como había adelantado- no contienen títulos o capítulos consagrados al problema de la atribución de competencias. En efecto, esta atribución se la realiza en forma de acciones a realizar, funciones a cumplir, por lo que habrá que descender a las disposiciones concretas de estos Tratados para saber, cuáles son los poderes impartidos, qué institución es la beneficiaria, y en qué formas y condiciones se ejercitará dichas competencias. Parte de la presente propuesta consiste, precisamente, en analizar el Acuerdo de Cartagena y determinar los distintos tipos de competencias que caben dentro de la Comunidad Andina. Luego de una revisión detenida de los mecanismos previstos en el art. 3 del AC para alcanzar los objetivos de la Comunidad, pude determinar que al interior de la Comunidad Andina se presentan competencias exclusivas de la Comunidad, competencias compartidas, competencias complementarias y como veremos existen también algunas normas que permiten dar lugar a las competencias implícitas.

Hacer un análisis de todas las competencias que detenta la CAN, por la amplitud del tema, probablemente demandaría otro trabajo de investigación cuyo objeto consistiría

precisamente en analizar todas y cada una de esas competencias. Sin embargo, en lo que concierne a la presente investigación considero que es conveniente indagar sobre algunas de las competencias de la CAN por dos razones puntuales: la primera porque dará cuenta de lo que aseguré líneas arriba respecto a que al interior de la CAN existen distintos tipos de competencia, para ello trabajaré con algunos ejemplos; y la segunda porque a partir de este análisis se comprenderá mejor la propuesta de la investigación.

3.3.1. Competencias exclusivas de la Comunidad Andina

1. Competencia exclusiva de la CAN para definir la Política Exterior Común Andina.-

La formulación de la política exterior común andina es competencia exclusiva de la Comunidad Andina. Esta competencia, específicamente, es responsabilidad del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores,¹⁹¹ instancia que a su vez está facultada para su ejecución.¹⁹² En la formulación de la política exterior común, el Consejo deberá tener en cuenta las directivas emanadas por el Consejo Presidencial Andino, que como vimos es el órgano máximo del Sistema Andino de Integración.

La Secretaría General de la Comunidad Andina, por su parte, tiene como responsabilidad prestar el apoyo técnico requerido por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, en coordinación con la Secretaría Pro-Témpore, y eso le confiere la responsabilidad de asegurar la elaboración de los documentos base, estudios o propuestas a ser sometidos a consideración de las autoridades nacionales de los Países Miembros.

Jorge Valdez Carrillo describe clara y precisamente el significado y alcance de la Política Exterior de la CAN, de manera que sobre la base de su estudio indagaremos sobre esta competencia.

¹⁹¹ Literal a) del artículo 16 del Acuerdo de Cartagena y Decisión 407, Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

¹⁹² Decisión 407 del 25 de junio de 1997, publicada en la Gaceta Oficial 273 del 4 de julio de 1997.

Este autor sostiene que el gran marco jurídico que sustenta la política exterior es el Acuerdo de Cartagena, sin embargo al ser éste demasiado amplio fue necesario establecer ciertas pautas para caracterizar dicha política. Es así como el Consejo Andino de Cancilleres adopta una serie de decisiones y normas que van conformando el cuerpo jurídico que la regula y que incluye: principios, objetivos, criterios, ámbitos de acción y mecanismo de información para que las agencias diplomáticas de los países andinos en el mundo puedan desarrollar la política exterior común.

La política exterior comunitaria se sustenta en los principios de bienestar y desarrollo que alientan el proceso de integración, y en aquellos del derecho internacional consagrados en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, respectivamente. En otras palabras, Valdez Carrillo sostiene que los países andinos reconocen que el desarrollo de su acción conjunta frente a terceros deberá enmarcarse en aquellos propósitos de la integración, así como en aquellas normas internacionales que le son comunes, por lo que se sustenta también en los propósitos de paz, seguridad y en la solución pacífica de controversias.

Continúa indicando que “un aspecto indispensable para la consolidación y profundización reside en aquellos valores compartidos que promueven la vigencia de un orden democrático fundado en la participación ciudadana, en la justicia social, y en la defensa y promoción de los derechos humanos. En consecuencia, esos valores son también parte de los principios que sostienen la política externa común andina.

La política exterior común es, ante todo, una forma de respuesta a algunos de los desafíos que confrontan los países andinos en un mundo caracterizado por el fenómeno de la globalización. De allí se deriva que su primer objetivo sea la mejora persistente en los niveles de vida de los pueblos andinos, aunado a la defensa y promoción de la identidad, de los valores y de los derechos e intereses comunes que incorporan dicho objetivo.

La integración por otra parte es una manera de fortalecer la capacidad de los Estados para prevenir conflictos o atender aquellas circunstancias que puedan llegar a producirlos. Ello, al amparo de la adhesión a los principios de paz y seguridad que abrazan los países andinos, vincula inexorablemente a la política exterior andina con la promoción de la paz y seguridad internacional, y eso, a su vez, la compromete con la erradicación de todos aquellos aspectos que actúan, directa o indirectamente, en la generación de conflictos o amenazas, estén estos vinculados a la pobreza y a la exclusión, al problema mundial de las drogas, o a la corrupción y el terrorismo entre otros.

Finalmente, la integración debe velar también porque el modelo de desarrollo que oriente a los Países Miembros de la CAN adquiera progresivamente las sostenibilidad necesaria que contribuya a prevenir el continuo deterioro del capital natural de los países andinos y a revertir el que ya se ha producido, así como promover la equidad y el conocimiento necesarios para que la satisfacción de sus necesidades materiales actuales no comprometa las posibilidades del futuro. De allí el compromiso de la CAN de proteger la diversidad biológica; contrarrestar la contaminación, proteger los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales.

En 1999, en la ciudad de Cartagena, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores estableció tres criterios fundamentales para la aplicación y desarrollo de la política exterior común:

- *Criterio de gradualidad*, implica que la política exterior común deberá incorporar progresivamente temas de la cada vez más nutrida agenda internacional.
- *Criterio de integralidad*, se refiere al análisis de aquellos temas que son incorporados a la política exterior común desde una perspectiva que atienda el carácter multidisciplinario de la agenda política y económica internacional y la

creciente interrelación de los asuntos internos y externos derivada de la globalización.

- *Criterio de flexibilidad*, proporciona a la política exterior común la posibilidad de adaptación en sus modalidades de ejecución u otros aspectos a efectos de preservar la coherencia de sus objetivos de las acciones que desarrolle.

Como se puede apreciar la política externa comunitaria es definida, planificada y ejecutada por instituciones comunes, independientes de los gobiernos y que responden exclusivamente, a los propósitos de la integración, que eventualmente pueden o no coincidir con los objetivos específicos de corto plazo de uno de sus Estados miembros. En este sentido, solamente sería política externa comunitaria aquella que resulte como consecuencia de definiciones adoptadas por un órgano comunitario de naturaleza supranacional y que sea ejecutada por sus agentes.

El efecto de esta competencia exclusiva radica en que al ser una cuestión concertada a través de los órganos comunitarios entre los Países Miembros, estos quedan compelidos a ejecutar lo establecido por la Comunidad a través de sus propios órganos de servicio exterior. Es decir, la política exterior que desarrolla nacionalmente cada uno de los Estados miembros, requiere ser consistente con la política exterior comunitaria, y ésta será ejecutada por los órganos competentes de cada uno de los países andinos.

2. Competencia exclusiva para celebrar acuerdos internacionales.-

Igual a lo que acontece en el ámbito de la Unión Europea, las relaciones de la CAN con terceros estados u organizaciones internacionales se sujetan a las reglas del derecho internacional y a los tratados, convenios, acuerdos, o pactos firmados por aquella. Esto en razón al art. 48 AC, la Comunidad goza de personalidad jurídica internacional, lo que la capacita para concluir compromisos internacionales en el marco de

sus competencias y de los objetivos de los tratados fundacionales. En consecuencia, Cesar Montaña explica que a la Comunidad Andina le son aplicables las reglas consuetudinarias y los principios generales del derecho internacional; la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.¹⁹³

De esta forma queda claro que la Comunidad Andina puede, bajo las reglas del derecho internacional celebrar acuerdos con terceros estados y con otras organizaciones internacionales. Una vez celebrado un acuerdo entre tales sujetos, es vinculante para los órganos del SAI.

De acuerdo con Paz Andrés Sáenz de Santa María, citado por Cesar Montaña Galarza, la Comunidad goza de una competencia exterior expresa exclusiva, pero hay casos en los cuales junto a ella –sujeto investido de competencias compartidas-, también pueden comparecer los estados miembros como sujetos contratantes del instrumento internacional que se trate, en idéntica posición negocial que la Comunidad, generando lo que se denominan “acuerdos mixtos”.¹⁹⁴ Esto último es dable especialmente cuando la Comunidad está imposibilitada para obligarse en ámbitos que se correspondan con competencias en poder de los Estados miembros, lo que plantea la necesidad de una contratación mixta, en nuestro medio: CAN-Estados Miembros/Tercer Estado o Tercera Organización Internacional.

A continuación, sobre la base del trabajo de Cesar Montaña citaré algunos campos en los cuales puede concretarse la competencia convencional exterior de la Comunidad Andina y, que eventualmente activarían las manifestaciones señaladas arriba, en atención

¹⁹³ César Montaña Galarza, *Relaciones jurídicas entre los tratados de libre comercio suscritos por el Ecuador y el Derecho Comunitario Andino*, inédito, 2008, p. 18.

¹⁹⁴ Paz Andrés Sáenz de Santa María, et. al., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, EUROLEX, p.370

a los objetivos del proceso así como a las normas jurídicas pertinentes del Acuerdo de Cartagena:

1. Profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y de relacionamiento con esquemas extraregionales en los ámbitos político, social, y económico comercial (art. 3-a AC).
2. Corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: a) Formular la política exterior de los Países Miembros en los asuntos que sean de interés subregional, así como orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración; (...) d) Suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de la política exterior y de cooperación; e) Coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en los ámbitos de su competencia; f) Representar a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo. (Art. 16 AC)
3. Corresponde a la Comisión Andina: (...) c) Coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en el ámbito de su competencia; (...) h) Representar a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo. (art. 22 AC).
4. Funciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina: (...) j) Mantener vínculos de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación con la finalidad de intensificar sus relaciones de cooperación recíproca. (Art. 30 AC)
5. Atribuciones del Parlamento Andino: a) Participar en la promoción y orientación del proceso de integración subregional andina, con miras a la consolidación de la integración latinoamericana; (...) g) Promover relaciones de cooperación y coordinación con los Parlamentos de los Países Miembros, los órganos e instituciones del Sistema, así como los órganos parlamentarios de integración o cooperación de terceros países. (Art. 43 AC).
6. Para el logro de los objetivos en materia de Programas de Desarrollo Agropecuario, la Comisión, a propuesta de la Secretaría General, tomará, entre otras, las medidas siguientes (...) e) Programas y acciones conjuntas en relación al comercio agropecuario y agroindustrial con terceros países. (art. 88 AC)¹⁹⁵

Como se puede apreciar del somero examen realizado a la norma fundacional andina, la CAN individualmente, la CAN con los Países Miembros (acuerdos mixtos), puede ejecutar una amplia variedad de relaciones exteriores con otras organizaciones internacionales o con terceros países.

3. Competencia exclusiva de la Comunidad Andina para definir un Arancel Externo

Común.-

¹⁹⁵ César Montaña Galarza, *Relaciones jurídicas entre los tratados de libre comercio suscritos por el Ecuador y el Derecho Comunitario Andino*, inédito, 2008, pp. 22-25.

De conformidad con el art. 3-e AC la Comunidad Andina tiene competencia exclusiva para establecer un Arancel Externo Común. Esta norma guarda concordancia con el art. 81 también del AC cuando prescribe que los Países Miembros se comprometen a poner en aplicación un Arancel Externo Común en los plazos y modalidades que establezca la Comisión. Esto último genera la exclusión de la competencia de los Estados miembros y el desplazamiento por las normas comunitarias de las normas anteriores o posteriores de los Estados miembros sobre dicha materia.

Revisemos de qué manera la Comunidad Andina desarrolla esta competencia exclusiva:

1. La Comisión, a propuesta de la Secretaría General, aprobará el Arancel Externo Común que deberá contemplar niveles adecuados de protección a favor de la producción subregional, teniendo en cuenta el objetivo del Acuerdo de armonizar gradualmente las diversas políticas económicas de los Países Miembros. (Art. 82 AC)
2. La Comisión, a propuesta de la Secretaría General, podrá modificar los niveles arancelarios comunes en la medida y en la oportunidad que considere conveniente para: a) Adecuarlos a las necesidades de la subregión; y b) Contemplar la situación especial de Bolivia y Ecuador. (Art. 84 AC)
3. Los Países Miembros se comprometen a no alterar unilateralmente los gravámenes del Arancel Externo Común. Igualmente, se comprometen a celebrar las consultas necesarias en el seno de la Comisión antes de adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la Subregión. La Comisión, previa propuesta de la Secretaría General y mediante Decisión, se pronunciará sobre dichas consultas y fijará los términos a los que deberán sujetarse los compromisos de carácter arancelario. (art. 86 AC).

Esta última norma cobra vital importancia cuando, por ejemplo, los Países Miembros deciden firmar Tratados de Libre Comercio. Con el objetivo de regular esta situación se emitió la Decisión 598.

El ejercicio de esta competencia exclusiva de la Comunidad Andina dio como resultado la Decisión 535 de 14 de octubre de 2002, mediante la cual se establece un arancel externo común para los Países Miembros de la CAN a partir de enero de 2004.

4. Otros ejemplos de competencias exclusivas de la Comunidad Andina

Este grupo de ejemplos está integrado por los *regímenes comunes* que desarrolla la Comunidad y que los Países miembros deben respetar:

- Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. Decisión 291.¹⁹⁶
- Régimen Uniforme de las Empresas Multinacionales Andinas. Decisión 292.¹⁹⁷
- Régimen Común sobre la Propiedad Industrial. Decisión 486.¹⁹⁸
- Régimen Común de Protección a los Derechos de Obtentores de Variedades Vegetales. Decisión 345.¹⁹⁹
- Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. Decisión 351.²⁰⁰
- Sistema Andino de Franjas de Precios. Decisión 371.²⁰¹
- Régimen Común sobre el Acceso a los Recursos Genéticos. Decisión 391.²⁰²

Como conclusión de los ejemplos desarrollados se puede afirmar que cuando la Comunidad goza de atribución de competencias exclusivas de parte de los Países Miembros, para regular directamente ámbitos materiales específicos, aquella está

¹⁹⁶ Gaceta Oficial No. 80, del 4 de abril de 1991.

¹⁹⁷ *Ibidem.*

¹⁹⁸ Gaceta Oficial No. 600, del 19 de septiembre de 2000.

¹⁹⁹ *Ibidem.*

²⁰⁰ Gaceta Oficial No. 145, del 21 de diciembre de 1993.

²⁰¹ Gaceta Oficial No. 166, del 2 de diciembre de 1994.

²⁰² Gaceta Oficial No. 167, del 7 de diciembre de 1994.

habilitada para emitir decisiones que deben ser respetadas por los países andinos. Tales normas comunitarias serían de aplicación inmediata y directa, con primacía y efecto directo.

Destacamos que tales disposiciones exhibirían completamente las cualidades de actos jurídicos y normativos “completos”, en perfecta armonía con la especificación que consta en el art. 3 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, respecto a los principios del derecho comunitario. Asimismo, podemos decir que este tipo de decisiones casi se asimilarían a lo que en el contexto de la integración europea se llama “reglamentos” comunitarios, sobre los cuales ya hicimos referencia.

3.3.2. Competencias compartidas de la Comunidad Andina

Como adelantamos en el capítulo anterior las competencias compartidas son ámbitos en los que los Países Miembros de la CAN podrían legislar siempre que la Comunidad no haya ejercido su competencia adoptando normas. Una vez que la Comunidad legisla en el ámbito de que se trate, los países andinos sólo pueden prescribir en el ámbito al que se le aplique dicha legislación las normas de desarrollo correspondientes, y la normativa legislativa aprobada tiene prelación sobre la de los Estados miembros.

Se entenderá por competencia compartida aquella que no sea exclusiva o que no corresponda al apartado de “acciones de complemento”. El artículo 3 del Acuerdo de Cartagena hace un listado de ámbitos principales o destacados, que citamos a continuación:

- Desarrollo científico y tecnológico
- Integración fronteriza
- Acciones de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente
- Programas para acelerar el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustria

- Programas en el campo de los servicios y la liberación del comercio intrasubregional de servicios
- Programas de desarrollo social
- Acciones en el campo de la comunicación social

Dejamos claramente establecido que se trata de un listado no exhaustivo de competencias compartidas.

3.3.3. Competencias complementarias de la Comunidad Andina

Se trata de ámbitos en los que la competencia de la Comunidad se limita a complementar o apoyar la acción de los Países Miembros, o a adoptar medidas de fomento o de coordinación de dicha acción. Conforme vimos en el capítulo anterior los actos jurídicamente vinculantes que la Comunidad pueda llevar a cabo no podrán conllevar armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

Los ámbitos de estas acciones serán:

- Protección y mejora de la salud humana
- La industria
- La cultura
- La educación, la juventud, el deporte, y la formación profesional
- La protección civil
- La cooperación administrativa.

Este listado de competencias complementarias no es exhaustivo, como antes se adelantaba.

3.3.4. Competencias implícitas en la Comunidad Andina

En el capítulo anterior señalé que al no existir un catálogo de reparto de competencias, una forma de canalizar la ampliación de las competencias de la Comunidad es a través de la teoría de los poderes implícitos, por la que se considera que el otorgamiento de poderes de acción por el tratado de la Comunidad incluía tanto los expresamente previstos como los implícitamente derivados de ellos, es decir, la existencia de un objetivo dado implicaría la existencia de cualquier otro poder razonablemente necesario para alcanzarlo. En el Derecho Comunitario andino esta situación no es aislada, basta dar una revisión a la norma contenida en el literal b) del artículo 22 del Acuerdo de Cartagena que a la letra dice: *Corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina: (...) b) Adoptar todas las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino.* Sucede lo mismo en la norma del literal g) del artículo 16 AC cuando establece que: *Corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: (...) g) Recomendar o adoptar todas las medidas que aseguren la consecución de los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena, en el ámbito de su competencia.*

El tema que encierra esta normativa es bastante sensible porque podría servir, teóricamente, para realizar un aumento progresivo de las competencias comunitarias sin la necesidad de realizar una modificación expresa del Tratado, socavando así las competencias estatales, ya que estaríamos ante competencias no atribuidas a la Comunidad pero que ésta podría atribuirse en función de la supuesta necesidad de alcanzar sus objetivos.²⁰³

²⁰³ Sobre la base de un análisis realizado por Ximena Bautista Uribe, *Competencia implícitas de la Comisión Andina. Estudio de un caso concreto: Decisiones 608 y 616 del 2005. Régimen de Libre Competencia Andino*, inédito, 2008, pp. 3-28. trataré de mostrar un ejemplo concreto sobre el desenvolvimiento de las competencias implícitas en la CAN. El 28 de marzo de 2005 la Comisión de la Comunidad Andina emitió la Decisión 608, mediante la cual se modificó la normativa comunitaria para proteger la libre competencia. Esta Decisión, según su artículo 5 aplica únicamente a conductas que tengan efecto o que ocurran en más de un País

Como se puede apreciar, la práctica comunitaria demuestra una interpretación excesivamente amplia de los objetivos, las competencias y los poderes de acción atribuidos a la Comunidad, interpretación que conllevaría posibilidades casi ilimitadas de expansión competencial por parte de la Comunidad. Frente a estas posibles vías a través de las cuales se pueden desdibujar los límites de la intervención de la Comunidad me nace la intención de proponer una reforma al Acuerdo de Cartagena en sentido de incluir un criterio que sirva para determinar cuál es el nivel más adecuado para desarrollar determinada acción de cara a los ciudadanos, -fundamentalmente en el campo de las competencias compartidas que en el caso de la CAN son mayoritarias- si la Comunidad,

Miembro. Las demás situaciones “se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros”. El 15 de julio del mismo año, la Comisión emitió una segunda Decisión, la número 616, mediante la cual se estableció que la Decisión 608, “podrá ser aplicada por Ecuador en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608” Con esto, se otorgó al Ecuador el mismo tratamiento que en el artículo 49 de la Decisión 608, se dio originalmente a Bolivia, es decir, el equivalente a una norma que protege la libre competencia a nivel nacional. Asimismo, se impuso el deber a estos países de designar internamente una autoridad local de competencia quien se encargaría de administrar la aplicación de esta nueva normativa. De esta forma, repentinamente Ecuador y Bolivia obtuvieron una legislación que protege la libre competencia nacional y en consecuencia los ciudadanos (se trate de personas jurídicas o naturales) deberían cumplir con esta normativa a nivel interno. La Comisión justifico esta aplicación nacional de la Decisión 608 en Ecuador y Bolivia en razón de la ausencia de regulación interna en estos dos países sobre la materia. Aparentemente la Comisión habría actuado amparada en el artículo 93 del Acuerdo de Cartagena que establece la siguiente atribución específica de la Comisión: “dictar las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como dumping, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente”. El citado artículo 93 se refiere a una normativa de la libre competencia “dentro de la Subregión”, entendida como área común. En este sentido, el ya citado artículo 5 de la Decisión 608 excluye expresamente aquellas conductas cuyo “origen y efecto se produzca en un único país”. Es decir, aquellas cuyo efecto no sea *subregional o comunitario*, sino interno. En este caso particular es claro que la Comunidad Andina utilizo una competencia específica -la contenida en el art. 93 AC- para desarrollar otra de naturaleza implícita, y de esta forma justificar su acción. Muy bien concluye Ximena Bautista al señalar que en este caso era innecesario e inapropiado otorgar efecto directo a esta Decisión. Innecesario, porque la libre competencia subregional sólo se ve afectada en los casos en que las conductas anticompetitivas ocurridas en Bolivia o Ecuador tengan efectos en el ámbito subregional, presupuesto que ya se halla cubierto en el artículo 5 de la Decisión 608 al establecer que si la conducta ocurrida en un País Miembro tiene efecto en otro país de la subregión, se considerará subregional y por lo tanto se tratarán de acuerdo con lo establecido en la Decisión 608. Por otro lado, si con otorgar efecto directo a esta norma se pretendía beneficiar a Ecuador y Bolivia otorgándoles una norma de competencia dentro del espíritu de trato preferente consignado en el Acuerdo de Cartagena, se debió buscar mecanismos apropiados para ambos países, a través de un debate público y democrático en las instancias internas correspondientes (Congreso Nacional de cada uno de los países) para que éstos emitan la legislación que permita preservar la libre competencia a nivel nacional. A este tipo de acciones se refiere el instrumento citado en el artículo 3-b) del Acuerdo de Cartagena al disponer que la armonización de legislaciones y acercamiento de políticas es un instrumento con el que cuenta la Comunidad para lograr sus objetivos.

los Países miembros, o ambas instancias infundidas del criterio de complementación. Desde luego, el principio de subsidiariedad cobra un papel preponderante pues como vimos se constituye en un mecanismo corrector ante una posible intervención y ampliación comunitaria inadecuada porque obliga a la Comunidad a justificar que es necesario actuar en el nivel comunitario en razón de criterios como la necesidad y la efectividad.

Antes de ingresar a la propuesta, considero que es pertinente analizar la posibilidad de fundir en un solo Tratado: al Acuerdo de Cartagena y sus Protocolos e Instrumentos adicionales; al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos Modificatorios; y al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y sus Protocolos adicionales. La idea resulta oportuna porque de esta manera el ordenamiento jurídico originario de la Comunidad Andina no estaría tan disperso, por el contrario se podría contar con un verdadero *Tratado de la Comunidad Andina* que concentre las normas constitutivas y de carácter originario de este órgano supranacional.

Si esto se llegara a concretar es posible que dentro de ese Tratado se incluya la propuesta del presente trabajo de investigación.

Propuesta

Sobre la base de las razones expuestas líneas arriba, la propuesta del presente trabajo de investigación consiste básicamente en integrar al Acuerdo de Cartagena la regla del principio de subsidiariedad en calidad de una nueva norma básica jurídicamente vinculante y a través de la cual -por primera vez en la Comunidad Andina-, exista una delimitación clara de los tipos de acciones que pueden llevarse a cabo dentro de las competencias compartidas que el Tratado fundacional asigna a la Comunidad Andina y sus Países Miembros. Esta propuesta se fundamenta en un hecho trascendental: la integración puede prosperar de mejor manera si se hace cada vez más próxima al

ciudadano, de manera que el principio de subsidiariedad se constituye en esencial si la Comunidad Andina quiere desarrollarse con el apoyo de sus ciudadanos. En este sentido las decisiones deben adoptarse lo más cerca posible de los ciudadanos, buscando lograr mayor unidad sin una centralización excesiva.

La Comunidad sólo puede actuar cuando los Estados miembros la han facultado para ello en los Tratados. Así, en el marco del principio de subsidiariedad únicamente deberán tomarse medidas a nivel comunitario cuando sea adecuado y necesario: el marco para ello lo constituye el Acuerdo de Cartagena que deberá contemplar la atribución de competencias en el marco del principio de subsidiariedad. Para conseguir todo esto hace falta que se convierta en un elemento real de la toma de decisiones de la Comunidad. Igualmente es imprescindible que se adopten los actos legislativos que dejen un margen de maniobra amplio a los Estados, siempre teniendo en cuenta el derecho del ciudadano, como destinatario principal de toda medida, a que las decisiones las tome la administración más cercana posible.

De esta manera, la propuesta que se pretende incorporar al Acuerdo de Cartagena recogería la doble función del principio de subsidiariedad:

- 1) En primer lugar, el principio dirige el reparto de las competencias atribuidas a la Comunidad Andina mediante su Tratado constitucional. En efecto, la subsidiariedad dirigirá el reparto de competencias -que antes de ser atribuidas a la Comunidad eran exclusivamente de los Estados-, entre éstos y la Comunidad. Dicho reparto queda plasmado en los Tratados. Las competencias enunciadas allí –o las necesarias para la consecución de los objetivos previstos- pertenecen a la Comunidad; las demás siguen en la esfera nacional. Sin embargo, para el ejercicio de las competencias comunitarias, unas veces se exige la intervención irremplazable de la Comunidad y otras, habrá que considerar si, dentro del respeto de las disposiciones comunitarias, es realmente

necesario que lo lleve a cabo la Comunidad o pueden hacerlo con suficiencia los Países Miembros.

Sin duda, la lógica de este principio está llamada a presidir el reparto constitucional de competencias entre Comunidad y Estados. La aplicación de la misma conlleva la ampliación del campo competencial comunitario hacia los ámbitos que requiere una política llevada a cabo desde la instancia supranacional para poder obtener un desarrollo sustancial continuado, y dejar intactos aquellos otros en los que los Estados pueden conseguir por sí mismos idéntico resultado.

2) En segundo lugar el principio de subsidiariedad regulará el ejercicio de competencias. En el ejercicio de las competencias la tensión entre el principio de proximidad al ciudadano y el objetivo de la integración se deja sentir. Por una parte, la proximidad al ciudadano se intenta preservar prefiriendo la acción estatal siempre que sea suficiente para alcanzar los objetivos. Por la otra, no se quiere trastocar el proceso de integración y por ello, la Comunidad intervendrá perentoriamente cada vez que se pruebe la incapacidad de los Estados para obtener el fin perseguido y ella pueda alcanzarlo mejor. De esta forma, y siempre fuera del ámbito de las competencias exclusivas de la Comunidad, el principio de subsidiariedad sirve para discernir si la acción deberá desarrollarse por la Comunidad o los Estados.

Esta segunda función es muy importante pues nos conduce a otro elemento que se incluirá dentro de la presente propuesta. Este elemento tiene que ver con la facultad del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para entrar a conocer de los litigios suscitados en torno a la aplicación de los preceptos del Acuerdo de Cartagena, entre los cuales, desde luego, se incluiría la norma que contenga el principio de subsidiariedad. De acuerdo con la experiencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esta función puede ser fácilmente encomendada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ya

que este cuenta, conforme se vio en el presente capítulo, con las competencias adecuadas para verificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad.

Artículo que se pretende introducir al Acuerdo de Cartagena:

“La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.”

Con el objetivo de que la propuesta pueda ser comprendida y desarrollada por la Comunidad Andina, se incluyen líneas directrices para la aplicación del principio de subsidiariedad, y en relación a éste se fijan parámetros para los principios de atribución y proporcionalidad.

Principio de atribución de competencias

Se exige que la medida propuesta esté comprendida dentro de los límites de las competencias conferidas por los tratados fundacionales y tienda a alcanzar uno o más objetivos contemplados en estos tratados. Se realizará un examen detallado de cada medida a fin de determinar el fin perseguido y su relación con un objetivo comunitario, al mismo tiempo que se constatará la existencia del fundamento jurídico para su adopción.

Principio de subsidiariedad

Se señalan como directrices más importantes para determinar si es más adecuado llevar a cabo la acción a nivel comunitario o a nivel estatal, las siguientes:

- Determinar si el asunto presenta aspectos que sobrepasan las fronteras de un País Miembro siendo su actuación insuficiente para lograr el resultado que se pretende, en cuyo caso la medida tomada a nivel comunitario estará justificada.
- Comprobar que la acción de los Estados por separado o la ausencia de ésta a nivel comunitario sería contraria a las disposiciones de los Tratados o lesionaría gravemente los intereses de los Estados miembros.
- Advertir que la acción comunitaria presenta ventajas manifiestas debido a la dimensión y sus efectos, con respecto a la misma tomada a nivel nacional.
- Armonizar legislaciones, cuando lo exija la realización de un objetivo de la Comunidad.
- Justificar con indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos, las razones que hacen concluir que un objetivo comunitario no puede ser alcanzado de manera suficiente para los Estados y se logrará mejor con una actuación comunitaria.

Principio de proporcionalidad

- Cualquier carga, sea financiera o administrativa, que deba ser soportada por las autoridades nacionales o locales, los operadores económicos o los ciudadanos se reducirá al mínimo y será proporcional al objetivo pretendido.
- Cuando sea necesario adoptar una medida comunitaria, se procurará que se trate de una norma que deje a los Estados el mayor margen de decisión posible para fijar su propia normativa.
- Cuando sólo algunos Estados tengan dificultades para llevar a cabo la acción pretendida, si se toman medidas supranacionales no se extenderán al resto de los Estados, a menos que lo exija la realización de un objetivo del Tratado.

Procedimientos y prácticas comunitarias

Todos los órganos comunitarios están obligados a verificar y respetar el cumplimiento del principio de subsidiariedad.

CONCLUSIONES

1. La ausencia actual de un criterio que regule tanto el reparto como el ejercicio de las competencias en la Comunidad Andina produce efectos negativos en más de un aspecto. A decir de estos, por ejemplo, se presenta la violación al “principio democrático” que se encuentra presente en cada una de las Normas Fundamentales nacionales y cuya connotación principal exige que en todos los casos en los cuales la actuación de la Comunidad por medio de sus órganos e instituciones se plasme en normas de derecho derivado, en virtud de este principio democrático, estas normas no pueden ir en contra ni más allá de lo establecido en la Constitución de cada uno de los Estados miembros. Esto implica, por una parte, que la actuación comunitaria no puede ir ni en contra de los derechos fundamentales de los ciudadanos ni en contra de las mínimas garantías de las personas de los Estados miembros. Por otra parte, el que la acción comunitaria no pueda ir más allá de lo establecido por la Constitución significa que la suscripción, aprobación, ratificación y entrada en vigor de un tratado originario de una comunidad no es ni tiene por qué ser un cheque en blanco entregado sin control alguno a la burocracia comunitaria, todo lo contrario las atribuciones de competencias desde los estados hacia los órganos comunitarios son derivadas, constituidas, sometidas en consecuencia a las Normas Fundamentales de cada Estado. En definitiva, el principio democrático cuida que las acciones comunitarias de emanación de disposiciones comunitarias cuenten con la aprobación del pueblo soberano, por eso se puede decir que existe la necesidad de forjar la construcción comunitaria de cara a los ciudadanos, y más allá de eso, con su participación democrática directa cada vez que se trate de temas trascendentes en vías de procurar un mayor desarrollo del proceso de integración. De esto último se desprende que la Comunidad Andina a tiempo de proponer determinado acto legislativo active diversos canales de consulta a las partes interesadas, probablemente el desarrollo de

estas consultas repercute en la carga de trabajo de la Comunidad, pero lo fundamental es que de esta forma se añada valor a las versiones finales de las iniciativas, pues la participación democrática de los nacionales otorgará plena legitimidad a dichas iniciativas. Si acaso la Comunidad no realizase consultas de manera directa, podría al menos informar sistemáticamente a los Parlamentos nacionales sobre la aprobación de todas las propuestas legislativas, de forma que éstos cuenten con la posibilidad de activar un sistema de alerta temprana que les permita enviar a la Comunidad un dictamen motivado sobre aquellas propuestas legislativas. En el supuesto que dichos dictámenes motivados resulten ser negativos en cuanto a la apreciación de las propuestas legislativas, en definitiva la Comunidad tendría que revisar su propuesta y en todo caso determinar si el procedimiento legislativo sigue adelante o no. De cualquier manera tendría que motivar su decisión.

El criterio anterior nos conecta a otro punto de reflexión que tiene que ver con el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los ciudadanos que conforman los Países Miembros de la CAN. Para estos ciudadanos las políticas emanadas desde la Comunidad son fuente de libertad, seguridad, crean trabajo e impulsan el crecimiento y el desarrollo sostenible. Precisamente, por estas razones se crean los procesos de integración, para procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes que conforman la Comunidad. Sin embargo, la falta un hilo conductor del ejercicio competencial puede desembocar en una legislación mal concebida o mal planteada que a su vez puede resultar excesiva. Algunas disposiciones andinas pueden ser costosas o contraproducentes y con el tiempo éstas pueden generar vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas. Por esta razón, la integración andina debe garantizar una dinámica del desarrollo normativo comunitario con respeto a las normas básicas de las constituciones nacionales, que cubren la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Por otra parte, la Comunidad Andina goza sólo de una competencia de atribución, es decir, sus actividades pueden y deben desplegarse en cierto número de campos limitadamente determinados por los tratados. Esto significa que el principio de atribución de competencias sirve de salvaguarda de la soberanía estatal en todo lo que no hubiese sido explícitamente conferido a la Comunidad. Sin embargo, como contrapartida de los límites establecidos por el principio de atribución de competencias se presentan válvulas de escape como la teoría de los poderes implícitos. Esto no es malo si existe un adecuado control y autocontrol de los órganos de la CAN, pero lamentablemente esta previsión no existe en la Comunidad Andina lo que puede conducir a una generosa ampliación competencial comunitaria en desmedro de las competencias que permanecen en los Países Miembros. Situaciones como esta han conducido, como ya se vio, al Tribunal Constitucional alemán a realizar, mediante su sentencia de 12 de octubre de 1993 una fuerte advertencia en sentido de que los actos emanados de las instituciones comunitarias que no estén debidamente cubiertos por los Tratados, no serán vinculantes para este país.

Las razones expuestas demuestran que es necesario incluir dentro de la Comunidad Andina al principio de subsidiariedad como un mecanismo que garantice que las decisiones en el marco de las competencias compartidas entre la Comunidad Andina y sus Países Miembros se tomen por los propios individuos o los grupos más próximos a ellos y únicamente en supuesto que su acción sea insuficiente para alcanzar sus objetivos, intervenga el nivel más alto -el supranacional- sea aportando su ayuda, sea coordinando las actividades de los niveles inferiores, sea contribuyendo con auxilio material o actuando en sustitución de los grupos menores. De esta forma contribuiremos al derecho comunitario andino con una regla de organización mediante la cual se diseñará el reparto de ámbitos competenciales entre los distintos peldaños del poder, en función a criterios como la necesidad, la proximidad, la eficacia, el equilibrio, procurando cargar al

más cercano al ciudadano con todo lo que pueda realizar y dejando para el superior sólo aquello que sobrepase la capacidad del inferior o que exija medidas uniformes para toda la comunidad

Puedo concluir que el principio de subsidiariedad no tiene por qué ser un freno a la extensión de la competencia comunitaria sino el fundamento constitucional para ensanchar la acción comunitaria cada vez que la acción estatal sea insuficiente y la dimensión o los efectos pretendidos sólo puedan ser alcanzados mediante la acción comunitaria. La subsidiariedad permite que la intervención comunitaria se amplíe cuando las circunstancias lo exijan e, inversamente, se restrinja cuando deje de estar justificada.

2.- El principio de subsidiariedad debe ser comprendido de acuerdo a lo que siempre quiso significar: ejercicio en el nivel adecuado de cierta competencia, no siendo llamado el nivel superior más que cuando los niveles inferiores no sean capaces de ejercitarla. En el ámbito comunitario el principio de subsidiariedad rige cuando existen competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros: si la Unión no ejerce sus competencias, los Estados miembros tienen campo libre para su ejercicio, pero la Unión debe asumir dichas competencias en los casos en que su ejercicio produzca resultados más eficaces que una actuación por separado de los Estados miembros, con especial referencia a aquellas que por sus dimensiones o efectos excedan de las fronteras nacionales.

En relación a cómo debe jugar, si a favor o en contra de la Comunidad o de los Estados miembros, pienso que no debe entenderse la cuestión en esos términos. En ocasiones, la competencia podrá ser mejor ejercida por la Comunidad y en otros, por los Estados, con lo cual será el caso concreto, y no premeditadamente, dónde se podrá afirmar a quién beneficia. En este sentido debe quedar claro que en todo caso debe beneficiar al ciudadano comunitario que va ser sujeto pasivo, normalmente, de la actividad

comunitaria. Por tanto, lo prioritario será quien mejor puede desempeñar dicha tarea pública debe intervenir. No obstante, el principio en las definiciones examinadas, supone que la presunción de la regla, por así decirlo, es que la competencia ha de ser ejercitada por los niveles inferiores, los Estados; la excepción, la destrucción de la presunción, se produce al justificar la actuación comunitaria en razón de necesidad y de efectividad.

3. Si la propuesta sobre el principio de subsidiariedad quedaría plasmada en lo que particularmente denomino *Tratado de la Comunidad Andina*, los órganos con potestad normativa que forman parte del Sistema Andino de Integración serían los primeros responsables de controlar que la acción comunitaria sea conforme con el principio de subsidiariedad, sin embargo la buena intención no es suficiente. De allí, quien en última instancia se encargaría de asegurar la correcta aplicación del principio de subsidiariedad sería el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Estoy plenamente de acuerdo en concluir que se trataría de una doble garantía, por una parte, de carácter institucional y, por otra, de carácter jurisdiccional.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene plena jurisdicción para ejercer el control del derecho comunitario andino y sobre la base de esta jurisdicción plena se le puede encomendar el control jurisdiccional del principio de subsidiariedad; además porque cuenta con las competencias necesarias para desarrollar dicho control. El control del cumplimiento del principio de subsidiariedad dada su complejidad se lo realizaría bajo características particulares, para lo cual se cuenta con la experiencia del Tribunal de Justicia del viejo continente, pero en todo caso el procedimiento de justiciabilidad del principio de subsidiariedad se desarrollaría en el marco del proceso comunitario normal.

El riesgo de llevar adelante tan sólo un control de carácter político del cumplimiento del principio de subsidiariedad radica en que las cosas quedarían como ahora, es decir, estaríamos frente a un panorama donde no existirían límites competenciales claros.

Pienso que si se evita el control *a posteriori* o jurisdiccional, el principio de subsidiariedad perdería su efectividad, pues podría no ser respetado y no habría ningún medio que permita dejar sin efecto las vulneraciones que genera la intervención comunitaria inadecuada.

Si bien particularmente soy partidario del control jurisdiccional del principio de subsidiariedad, también soy consciente que dentro de una sociedad democrática el papel que debe jugar el poder judicial con respecto al legislador tiene que ser por naturaleza limitado, ya que si transgredimos esta regla, podemos desembocar en el denominado *gobierno de los jueces*, bajo el cual serán los tribunales y no los órganos políticos los que decidan lo que debe hacerse en nombre del interés general. Probablemente esta sea la explicación para que hasta la fecha el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de amplia trayectoria nunca haya anulado determinado acto legislativo por supuesta vulneración al principio de subsidiariedad.

4. Si bien existe la posibilidad de generar competencias explícitas a partir del ordenamiento jurídico primario de la Comunidad Andina para asegurar la efectividad del Tratado, es también posible restringir su utilización de acuerdo a condiciones, tales como: a) una competencia implícita no puede ser utilizada más que para alcanzar un objetivo de la Comunidad; b) que esta acción de la Comunidad ha de ser estrictamente necesaria; y que el Tratado no haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, por lo que el recurso a dichas competencias debe ser siempre subsidiario y motivado.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ✓ Arbuet-Vignali, Heber, *Claves jurídicas de la integración: en los sistemas del Mercosur y la Unión Europea*, Buenos Aires, 2004.
- ✓ Barnés, Javier, *La distribución de competencias entre la Comunidad Europea y sus Estados*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2004.
- ✓ Bautista Uribe, Ximena, *Competencias implícitas de la Comisión Andina. Estudio de un caso concreto: Decisiones 608 y 616 del 2005. Régimen de Libre Competencia Andino*, inédito, Quito, 2008.
- ✓ Boixareu Carrera, Ángel, “El Principio de Subsidiariedad”, *RIE* vol. 21, n° 3, CEC, 1994.
- ✓ Breña, Roberto, *El principio de subsidiariedad y la construcción de una Europa social*, Comisión de Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, 1998.
- ✓ Carretero García, Ana, *Los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*, Toledo, Palop Producciones, 1998.
- ✓ Chícharro Lázaro, Alicia, *El Principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.
- ✓ Comisión Europea, *El ABC del Derecho Comunitario*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000.
- ✓ Córdova, Arnaldo, *Sociedad y Estado en el mundo moderno*, México D.F., Editorial Grijalvo, 1984.
- ✓ Corral Anuarbe, Pablo, *El principio de subsidiariedad y la Unión Económica y Monetaria*, Cuadernos de Estudios Empresariales, No. 5, Madrid, Servicio de Publicaciones UCM, 1995.
- ✓ De Castro Ruano, José Luís, *El Principio de Subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: una lectura en clave regional*, Madrid, Universidad del País Vasco, 2000.
- ✓ De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.
- ✓ Delgado-Iribarren García Camper, Manuel, *La función de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea*, Madrid, Ediciones Civitas, 2002.
- ✓ Deluca, Santiago, *La subsidiariedad y las competencias de la Unión Europea y el MERCOSUR*, Revista Latinoamericana de Derecho, No. 4, 2005.
- ✓ Díez Moreno, Fernando, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005.

- ✓ Equipo de Formación Trabajo País, *Resumen Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia Católica*, Santiago, 2001.
- ✓ Espinosa Villacrés, John Esteban, *La fuerza normativa de los preámbulos constitucionales*, inédito, Quito, 2007.
- ✓ Fernández, Tomás Ramón, *Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, Madrid, Civitas, 2002.
- ✓ Fondation Robert Schuman, *The Lisbon Treaty 10 easy to read fact sheets*, París, 2007.
- ✓ García de Enterría, Eduardo, edit., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2004.
- ✓ García Gutiérrez, Juan, *Subsidiariedad, Ciudadanía y Política educativa en la Unión Europea*, Departamento de Teoría e Historia de la Educación, UCM.
- ✓ Garrón Bozo, Rodrigo Javier, *Derecho Comunitario*, La Paz, Producciones CIMA, 2004.
- ✓ Gil Robles Gil Delgado, José María, *El principio de subsidiariedad en la construcción europea*, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n°2*, Valencia, 1993.
- ✓ Gómez Sánchez, Yolanda, *La Unión Europea en sus documentos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- ✓ González Moras, Juan Martín, *Los servicios públicos en la Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- ✓ González Oldekop, Florencia, *La integración y sus instituciones*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997.
- ✓ Instituto de Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica del Perú, *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- ✓ Isaac, Guy, *Manual de Derecho Comunitario general*, Madrid, Ariel Derecho, 2000.
- ✓ Konrad Adenauer Stiftung, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Mastergraf, 2007.
- ✓ Linde Paniagua, Enrique, edit., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, COLEX, 2000.
- ✓ Maldonado, Carlos Eduardo, *Derechos Humanos, Solidaridad y Subsidiariedad*, Bogota, Temis, 2000.

- ✓ Mangas, Araceli y Liñán Diego, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2004.
- ✓ Martín y Pérez de Nanclares, José, *La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: Sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ✓ Mengozzi, Paolo, *Derecho Comunitario y de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000.
- ✓ Miranda, José María, *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, No. 47, Oviedo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- ✓ Molina del Pozo, Carlos Francisco, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, DIJUSA, 2002.
- ✓ Montaña Galarza, César, *Derecho de la Integración. Derecho Comunitario*, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, 2007.
- ✓ Montaña Galarza, César, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional / Univer....., 2007.
- ✓ Montaña Galarza, César, *Relaciones jurídicas entre los tratados de libre comercio suscritos por el Ecuador y el Derecho Comunitario Andino*, Quito, inédito, 2008.
- ✓ Ordóñez Solís, David, *La ejecución del Derecho Comunitario Europeo en España*, Madrid, Fundación Universidad Empresa S.A., 2001.
- ✓ Peláez Marón, José Manuel, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000.
- ✓ Pico Mantilla, Galo, *Derecho Andino, segunda edición*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1992.
- ✓ Pizzolo, Calogero, *Globalización e Integración. Ensayo de un Teoría General*, Buenos Aires, EDIAR, 2002.
- ✓ Remiro Brotóns, Antonio edit., *Breve Diccionario del Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Centro Español de Relaciones Internacionales, 1993.
- ✓ Rideau, Joel, *El papel de los Parlamentos Nacionales en la arquitectura europea*, Madrid, Civitas Ediciones, 2002.
- ✓ Rodríguez Arana, Jaime, *Cuatro estudios de Derecho Administrativo Europeo*, Granada, Editorial COMARES, 1999.
- ✓ SÁCHICA, LUÍS CARLOS, *Derecho Comunitario Andino*, Bogotá, Temis, 1990.

- ✓ Sáenz de Santa María, Paz Andrés, *et al.*, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999.
- ✓ Salmón Gárate, Elizabeth, *Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas*, en Pontificia Universidad Católica del Perú, comp., *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- ✓ San Martino, Laura, *Derecho Constitucional de la Integración*, Madrid – Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.
- ✓ Sánchez, Ana Isabel, *La distribución de competencias entre la Comunidad Europea y sus Estados*, Madrid, Editorial Aranzadi, 2004.
- ✓ Secretaría de la Convención Europea, *Mandato del grupo de trabajo sobre el principio de subsidiariedad*, Bruselas, 2002.
- ✓ Secretaría General de la Comunidad Andina, *¿Qué es la Comunidad Andina?*, Lima, 1999.
- ✓ Secretaría General de la Comunidad Andina, *Integración y Supranacionalidad: Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*, Lima, IKONO ediciones, 2001.
- ✓ Secretaría General de la Comunidad Andina, *Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias*, Lima, Realidades S.A., 2008.
- ✓ Storini Claudia, *Parlamentos nacionales y Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- ✓ Suárez Mejías, José Luís, *La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución*, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, núm. 111, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999.
- ✓ Tamames, Ramón y López, Mónica, *La Unión Europea*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- ✓ Tangarife Torres, Marcel, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2002.
- ✓ Tribunal Andino de Justicia, *La Integración, el Derecho Comunitario y el Pacto Andino*, imprenta Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1997.
- ✓ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Normas legales básicas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Quito, Artes Gráficas Señal, 2006.
- ✓ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Testimonio Comunitario*, Quito, Impreseñal Cía., 2004.

- ✓ Uribe Restrepo, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Quito, Artes Gráficas Señal, 1990.
- ✓ Valdez Carrillo, Jorge, *La Política Exterior de la Comunidad Andina*, en Pontificia Universidad Católica del Perú, comp., *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- ✓ Villalba Paredes, Vladimir, *La Teoría de los Poderes Implícitos*, en *IURIS DICTIO*, No. 11, Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Abya – Yala, 2007.
- ✓ Zelada Castedo, Alberto, *Derecho de la Integración Económica Regional*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES DE LA COMUNIDAD ANDINA

- ✓ Acuerdo de Cartagena (Decisión 563).
- ✓ Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”.
- ✓ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 472).
- ✓ Tratado de Creación del Parlamento Andino.
- ✓ Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino.
- ✓ Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes.
- ✓ Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Decisión 407)
- ✓ Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina (Decisión 407 y Decisión 508)
- ✓ Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Decisión 409)
- ✓ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500)

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA

- ✓ Acta Única Europea
- ✓ Tratado de la Comunidad Europea
- ✓ Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
- ✓ Tratado de la Unión Europea

ANEXOS

ANEXO I

AVISO JURÍDICO IMPORTANTE: La información que se ofrece en estas páginas está sujeta a una cláusula de exención de responsabilidad y a un aviso de Copyright

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

10 de diciembre de 2002 (1)

«Directiva 2001/37/CE - Fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco - Validez - Base jurídica - Artículos 95 CE y 133 CE - Interpretación - Aplicabilidad a los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros»

En el asunto C-491/01,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Reino Unido), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre :

The Queen

y

Secretary of State for Health,

ex parte:

British American Tobacco (Investments) Ltd

e

Imperial Tobacco Ltd,

con intervención de:

Japan Tobacco Inc.

y

JT International SA,

una decisión prejudicial sobre la validez e interpretación de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DO L 194, p. 26),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por el Sr. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente, los Sres. J.-P. Puissochet, M. Wathelet, R. Schintgen y C.W.A. Timmermans, Presidentes de Sala, y los Sres. D.A.O. Edward, A. La Pergola (Ponente), P. Jann y V. Skouris, las Sras. F. Macken y N. Colneric y los Sres. S. von Bahr y J.N. Cunha Rodrigues, Jueces;

Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed;

Secretarías: Sras. L. Hewlett, administradora principal, y M.-F. Contet, administradora;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd, por los Sres. D. Wyatt y D. Anderson, QC, y la Sra. J. Stratford, Barrister, designados por el bufete Lovells, Solicitors;

- en nombre de Japan Tobacco Inc. y JT International SA, por los Sres. O.W. Brouwer, advocaat, y N.P. Lomas, Solicitor, designados por el bufete Freshfields Bruckhaus Deringer, Solicitors;

- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. P. Ormond, en calidad de agente, asistida por los Sres. N. Paine, QC, y T. Ward, Barrister;

- en nombre del Gobierno belga, por la Sra. A. Snoecx, en calidad de agente, asistida por M^{es} E. Gillet y G. Vandersanden, avocats;

- en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. W.-D. Plessing, en calidad de agente, asistido por el Sr. J. Sedemund, Rechtsanwalt;

- en nombre del Gobierno helénico, por los Sres. V. Kontolaimos y S. Charitakis, en calidad de agentes;

- en nombre del Gobierno francés, por el Sr. G. de Bergues y la Sra. R. Loosli-Surrans, en calidad de agentes;

- en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. U. Leanza, en calidad de agente, asistido por el Sr. O. Fiumara, avvocato dello Stato;

- en nombre del Gobierno luxemburgués, por el Sr. J. Faltz, en calidad de agente, asistido por M^e P. Kinsch, avocat;

- en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. H.G. Sevenster, en calidad de agente;

- en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. E. Bygglin, en calidad de agente;

- en nombre del Gobierno sueco, por el Sr. A. Kruse, en calidad de agente;

- en nombre del Parlamento Europeo, por los Sres. C. Pennera y M. Moore, en calidad de agentes;

- en nombre del Consejo de la Unión Europea, por la Sra. E. Karlsson y el Sr. J.-P. Hix, en calidad de agentes;

- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. I. Martínez del Peral y el Sr. K. Fitch, en calidad de agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de British American Tobacco (Investments) Ltd y de Imperial Tobacco Ltd, representadas por los Sres. D. Wyatt y D. Anderson y la Sra. J. Stratford; de Japan Tobacco Inc. y de JT International SA, representadas

por los Sres. O.W. Brouwer y N.P. Lomas; del Gobierno del Reino Unido, representado por el Sr. J.E. Collins, en calidad de agente, asistido por los Sres. N. Paine y T. Ward; del Gobierno belga, representado por el Sr. G. Vandersanden; del Gobierno alemán, representado por el Sr. M. Lumma, en calidad de agente, asistido por el Sr. J. Sedemund; del Gobierno helénico, representado por los Sres. V. Kontolaimos y S. Charitakis; del Gobierno francés, representado por la Sra. R. Loosli-Surrans; del Gobierno irlandés, representado por el Sr. J. Buttimore, BL; del Gobierno italiano, representado por el Sr. O. Fiumara; del Gobierno luxemburgués, representado por el Sr. N. Mackel, en calidad de agente, asistido por el Sr. P. Kinsch; del Gobierno neerlandés, representado por la Sra. J. van Bakel, en calidad de agente; del Gobierno finlandés, representado por la Sra. E. Bygglin; del Parlamento, representado por los Sres. C. Pennera y M. Moore; del Consejo, representado por la Sra. E. Karlsson y el Sr. J.-P. Hix, y de la Comisión, representada por la Sra. I. Martínez del Peral y el Sr. K. Fitch, expuestas en la vista de 2 de julio de 2002;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 10 de septiembre de 2002;

dicta la siguiente

Sentencia

1.

Mediante resolución de 6 de diciembre de 2001, recibida en el Tribunal de Justicia el 19 de diciembre siguiente, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), planteó, con arreglo al artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales sobre la validez e interpretación de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DO L 194, p. 26; en lo sucesivo, «Directiva»).

2.

Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de la solicitud presentada el 3 de septiembre de 2001 por British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd con el fin de que se les concediera autorización para interponer un recurso contencioso-administrativo («judicial review») contra la «intención y/o la obligación» del Gobierno del Reino Unido de adaptar el Derecho interno a la Directiva.

Marco jurídico

Directiva 89/622/CEE

3.

La Directiva 89/622/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco y a la prohibición de poner en el mercado determinados tabacos de uso oral (DO L 359, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 92/41/CEE del Consejo, de 15 de mayo de 1992 (DO L 158, p. 30; en lo sucesivo, «Directiva 89/622»), adoptada sobre la base del artículo 100 A del Tratado CE (actualmente artículo 95 CE, tras su modificación), prevé una advertencia general que debe figurar en las unidades de envasado de todos los productos del tabaco, así como advertencias adicionales reservadas a los cigarrillos, y, a partir de 1992, amplió la obligación de llevar advertencias adicionales a otros productos del tabaco.

Directiva 90/239/CEE

4.

La Directiva 90/239/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto al contenido máximo de alquitrán de los cigarrillos (DO L 137, p. 36), adoptada sobre la base del artículo 100 A del Tratado, fijó los límites máximos del contenido de alquitrán de los cigarrillos comercializados en los Estados miembros en 15 mg por cigarrillo a partir del 31 de diciembre de 1992 y en 12 mg por cigarrillo a partir del 31 de diciembre de 1997.

Directiva

5.

La Directiva se adoptó sobre la base de los artículos 95 CE y 133 CE y tiene por objeto refundir las Directivas 89/622 y 90/239, adaptando y completando sus disposiciones.

6.

Conforme a los considerandos segundo y tercero de la Directiva, todavía existen disparidades sustanciales entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco que constituyen obstáculos al funcionamiento del mercado interior, debiendo eliminarse tales obstáculos mediante la aproximación de las normas aplicables en la materia.

7.

A tenor del cuarto considerando de la Directiva:

«De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 95 del Tratado, conviene basarse en un nivel de protección elevado en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, teniendo en cuenta, en particular, cualquier nuevo avance basado en hechos científicos; habida cuenta de los efectos especialmente nocivos del tabaco, la protección de la salud debe ser objeto de una atención prioritaria en este contexto.»

8.

El quinto considerando de la Directiva precisa:

«La Directiva 90/239/CEE estableció límites máximos con respecto al contenido de alquitrán de los cigarrillos comercializados en los Estados miembros a partir del 31 de diciembre de 1992. La naturaleza carcinógena del alquitrán hace necesario reducir aún más el contenido de esta sustancia en los cigarrillos.»

9.

El séptimo considerando de la Directiva presenta el siguiente tenor:

«Varios Estados miembros han indicado que adoptarán medidas a nivel nacional para establecer los contenidos máximos de monóxido de carbono de los cigarrillos si dichas medidas no se adoptan a nivel comunitario. Las diferencias existentes en las normas relativas al monóxido de carbono pueden dar lugar a trabas a los intercambios comerciales y constituir obstáculos al buen funcionamiento del mercado interior. [...]»

10.

Conforme al noveno considerando de la Directiva:

«Existen divergencias entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de limitación del contenido máximo de nicotina de los cigarrillos. Estas divergencias pueden originar trabas a los intercambios comerciales y constituir un obstáculo al buen funcionamiento del mercado interior. [...]»

11.

A tenor del undécimo considerando de la Directiva:

«La presente Directiva también tendrá consecuencias para los productos del tabaco que se exportan desde la Comunidad Europea. El régimen de exportación forma parte de la política comercial común. De conformidad con el apartado 1 del artículo 152 del Tratado y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los requisitos en materia de sanidad deben formar parte integrante de las demás políticas comunitarias. Deben adoptarse normas que garanticen que no se menoscaban las disposiciones relativas al mercado interior.»

12.

El decimonoveno considerando de la Directiva prevé:

«La presentación de las advertencias y de los contenidos ha seguido siendo poco uniforme en los diferentes Estados miembros. Por consiguiente, en un Estado miembro los consumidores podrían estar mejor informados que en otro sobre los riesgos asociados a los productos del tabaco. Dichas diferencias son inaceptables y podrían dar lugar a trabas a los intercambios comerciales y constituir obstáculos al funcionamiento del mercado interior de los productos del tabaco, y, por consiguiente, deberían ser eliminadas. A tal efecto, es necesario reforzar y clarificar la legislación vigente, garantizando un nivel elevado de protección de la salud.»

13.

Con arreglo al vigésimo séptimo considerando de la Directiva:

«La utilización en las unidades de envasado de los productos del tabaco de términos tales como bajo en alquitrán, ultraligero, ultralight (o ligero) (o light), suave, o de nombres, dibujos, imágenes u otros signos puede inducir al consumidor a la creencia errónea de que dichos productos son menos nocivos y dar origen a cambios en las pautas de consumo. No sólo el contenido de determinadas sustancias en el producto antes de su consumo, sino también el comportamiento del fumador y el grado de adicción determinan el nivel de las sustancias inhaladas. Este hecho no queda reflejado con la utilización de dichos términos y, por consiguiente, puede menoscabar los requisitos en materia de etiquetado que establece la presente Directiva. Para velar por el correcto funcionamiento del mercado interior, y teniendo en cuenta el desarrollo de normas internacionales propuestas, se deben prever medidas a escala comunitaria para prohibir dicha utilización, estableciendo un margen de tiempo suficiente para la introducción de esta norma.»

14.

A tenor del artículo 1 de la Directiva, titulado «Objeto»:

«La presente Directiva tiene por objeto la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros por lo que respecta al contenido máximo de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos, a las advertencias sanitarias y otras advertencias que deberán figurar en las unidades de envasado de los productos del tabaco, así como a determinadas medidas relativas a los ingredientes y a las denominaciones de los productos del tabaco, tomando como base un elevado nivel de protección de la salud.»

15.

El artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva dispone:

«1. A partir del 1 de enero de 2004, los cigarrillos despachados a libre práctica, comercializados o fabricados en los Estados miembros no podrán tener contenidos superiores a:

- 10 mg de alquitrán por cigarrillo,
- 1 mg de nicotina por cigarrillo,
- 10 mg de monóxido de carbono por cigarrillo.

2. Como excepción a la fecha establecida en el apartado 1, los Estados miembros podrán aplicar, para los cigarrillos producidos en la Comunidad Europea pero exportados fuera de ésta, los límites en el contenido previstos en el presente

artículo a partir del 1 de enero de 2005, pero en cualquier caso habrán de aplicarlos a más tardar a partir del 1 de enero de 2007.»

16.

De conformidad con el artículo 4, apartado 1, de la Directiva, los contenidos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos se medirán según las normas ISO 4387, ISO 10315 e ISO 8454, respectivamente. El apartado 3 del mismo artículo autoriza a los Estados miembros a exigir a los fabricantes o importadores de tabaco que realicen cualquier otra prueba requerida por las autoridades nacionales competentes a fin de evaluar el contenido de otras sustancias producidas por sus productos, así como sus efectos sobre la salud. Conforme al apartado 4 de la mencionada disposición, los resultados de dichas pruebas se presentan a las autoridades nacionales competentes, que se encargan de su difusión, con el fin de informar a los consumidores, y, con arreglo al apartado 5, de comunicarlos a la Comisión, que debe tenerlos en cuenta a la hora de elaborar el informe a que se refiere el artículo 11 de la Directiva.

17.

El artículo 5 de la Directiva establece requisitos en materia de etiquetado, que exigen que se haga constar en las unidades de envasado de los productos, de modo que cubra determinados porcentajes de superficies concretas de aquéllas, los contenidos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos, así como advertencias relativas a los riesgos para la salud asociados a los productos del tabaco, con excepción del tabaco de uso oral y de los demás productos del tabaco sin combustión. En particular, el artículo 5, apartado 6, letra e), de la Directiva prevé que el texto de las advertencias y de las indicaciones relativas al contenido deberá imprimirse en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro en cuyo mercado se comercialice el producto.

18.

En virtud del artículo 6 de la Directiva, los Estados miembros reclamarán de los fabricantes e importadores de productos del tabaco una lista de todos los ingredientes utilizados en la fabricación de dichos productos, especificados por marcas y tipos individuales, así como de sus cantidades. Los Estados miembros deben difundir estos datos por todos los medios adecuados, con el fin de informar a los consumidores, y comunicarlos anualmente a la Comisión.

19.

Conforme al artículo 7 de la Directiva, titulado «Descripciones del producto»:

«Con efecto a partir del 30 de septiembre de 2003, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 5, no se utilizarán en las unidades de envasado de productos del tabaco textos, nombres, marcas e imágenes u otros signos que den la impresión de que un determinado producto del tabaco es menos nocivo que otros.»

20.

De conformidad con el artículo 12 de la Directiva, a más tardar el 31 de diciembre de 2004 y para el correcto funcionamiento del mercado interior, se insta a la Comisión a presentar, a partir de la información prevista en el artículo 6, una propuesta por la que se establezca una lista común de ingredientes autorizados para los productos del tabaco, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el peligro de adicción que entrañen.

21.

Con arreglo al artículo 13 de la Directiva:

«1. Los Estados miembros no podrán, por razones relativas a la limitación del contenido de alquitrán, nicotina o monóxido de carbono de los cigarrillos, a las advertencias relativas a la salud y a otras indicaciones o demás exigencias impuestas por la presente Directiva, prohibir ni limitar la importación, la venta o el consumo de los productos del tabaco que se ajusten a la presente Directiva, exceptuando las medidas adoptadas a efectos de verificación de los datos contemplados en el artículo 4.

2. La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de mantener o adoptar, de conformidad con las disposiciones del Tratado, normas más estrictas por lo que respecta a la fabricación, la importación, la venta o el consumo de los productos del tabaco que consideren necesarias para garantizar la protección de la salud pública, siempre que dichas normas no vayan en perjuicio de las estipuladas en la presente Directiva.

3. En particular, los Estados miembros podrán prohibir, en espera de la elaboración de la lista común de ingredientes a que se refiere el artículo 12, la utilización de ingredientes que tengan por efecto aumentar las propiedades adictivas de los productos del tabaco.»

22.

A tenor del artículo 14, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva, los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva a más tardar el 30 de septiembre de 2002 e informar inmediatamente de ello a la Comisión.

23.

El artículo 15, párrafo primero, de la Directiva deroga las Directivas 89/622 y 90/239.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

24.

Las demandantes del litigio principal son fabricantes de productos del tabaco con domicilio social en el Reino Unido. Presentaron una solicitud ante el órgano jurisdiccional remitente con el fin de que se les concediera autorización para interponer un recurso contencioso-administrativo («judicial review») contra la «intención y/o la obligación» del

Gobierno del Reino Unido de adaptar el Derecho interno a la Directiva, alegando siete motivos de invalidez de esta última.

25.

La High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), tras conceder la mencionada autorización, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿La Directiva 2001/37/CE es inválida, en su totalidad o en parte, debido a:

- a) la inadecuación de los artículos 95 CE y/o 133 CE como base jurídica;
- b) el recurso a los artículos 95 CE y 133 CE como doble base jurídica;
- c) la violación del principio de proporcionalidad;
- d) la vulneración del artículo 295 CE, del derecho fundamental de propiedad y/o del artículo 20 del Acuerdo ADPIC;
- e) la infracción del artículo 253 CE y/o el incumplimiento de la obligación de motivación;
- f) la violación del principio de subsidiariedad;
- g) la desviación de poder?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿se aplica únicamente el artículo 7 de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad Europea o abarca también los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad Europea para su exportación a países terceros?»

26.

Mediante resolución de 26 de febrero de 2002, la High Court admitió la intervención en el procedimiento principal de Japan Tobacco Inc. y JT International SA (en lo sucesivo, conjuntamente, «Japan Tobacco»), para permitirles presentar observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia acerca de la validez del artículo 7 de la Directiva.

27.

Japan Tobacco Inc. es propietaria de la marca de cigarrillos Mild Seven, siendo JT International SA titular exclusiva de la correspondiente licencia. Según Japan Tobacco, en la medida en que se interprete que el artículo 7 de la Directiva se aplica a las marcas existentes, dicho artículo puede impedir que se disfrute y se haga uso, en la Comunidad, de la propiedad intelectual de la marca Mild Seven, lo que, cuando dicha disposición entre en vigor, perjudicará gravemente al valor de dicha marca en el mundo entero.

Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

28.

El Gobierno francés y la Comisión sostienen que la petición de decisión prejudicial no es admisible.

29.

En su opinión, la inadmisibilidad se deriva del hecho de que, por un lado, la resolución de remisión se adoptara antes del 30 de septiembre de 2002, es decir, antes del plazo fijado para la adaptación del Derecho interno a la Directiva, y de que, por otro lado, la legislación nacional de adaptación a la Directiva no se había aún adoptado en el Reino Unido en la fecha en que se dictó dicha resolución. A juicio del Gobierno francés y de la Comisión, en tal caso, la naturaleza de las directivas y el sistema de control jurisdiccional de la legalidad de los actos comunitarios impiden que puedan plantearse válidamente ante el Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la validez e interpretación de una directiva.

30.

A este respecto, el Gobierno francés y la Comisión alegan, por un lado, que, tal como el Tribunal de Justicia ha declarado, los particulares sólo pueden invocar una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales cuando haya vencido el plazo fijado para adaptar a ésta el Derecho nacional, sin que las disposiciones de tal directiva puedan conferir a los particulares antes de dicha fecha derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deban salvaguardar (sentencia de 3 de marzo de 1994, Vaneetveld, C-316/93, Rec. p. I-763, apartados 16 y 19).

31.

Por otro lado, estiman que permitir a un particular impugnar la validez de una directiva en un litigio sustanciado ante un órgano jurisdiccional nacional antes de que finalice el plazo previsto para la adaptación del Derecho nacional a dicha directiva, sin que se hayan adoptado en este Derecho tales medidas de adaptación, puede constituir una forma de eludir lo dispuesto en el artículo 230 CE, contraria al sistema de recursos previsto por el Tratado.

Apreciación del Tribunal de Justicia

32.

Conforme al artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, con independencia de que sean directamente aplicables o no (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de mayo de 1976, Mazzalai, 111/75, Rec. p. 657, apartado 7, y de 10 de julio de 1997, Maso y otros, C-373/95, Rec. p. I-4051, apartado 28).

33.

Por consiguiente, una directiva que prevea un plazo para la adaptación del Derecho interno que no haya aún expirado constituye un acto contemplado en el artículo 234 CE, de tal modo que puede presentarse válidamente una petición de

decisión prejudicial sobre dicha directiva ante el Tribunal de Justicia, siempre que la petición cumpla los criterios de admisibilidad impuestos en su jurisprudencia.

34.

En este sentido, ha de recordarse que, cuando ante un órgano jurisdiccional nacional se suscita una cuestión sobre la validez de un acto adoptado por las instituciones de la Comunidad, corresponde a dicho órgano jurisdiccional determinar si es necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo y, por consiguiente, solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre dicha cuestión. De este modo, cuando las preguntas planteadas por el juez nacional versan sobre la validez de una disposición de Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, en principio, tiene la obligación de pronunciarse (sentencia de 11 de noviembre de 1997, Eurotunnel y otros, C-408/95, Rec. p. I-6315, apartado 19).

35.

No obstante, el Tribunal de Justicia ha estimado que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitadas por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o cuando el problema es de naturaleza hipotética (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 13 de junio de 2002, Sea-Land Service y Nedlloyd Lijnen, asuntos acumulados C-430/99 y C-431/99, Rec. p. I-5235, apartado 46).

36.

En lo que atañe, en primer lugar, a la realidad del litigio principal, procede destacar que, tal como se desprende de la resolución de remisión, las demandantes del procedimiento principal, en virtud de la autorización concedida a este respecto por la High Court, podían interponer un recurso contencioso-administrativo contra la «intención y/o la obligación» del Gobierno del Reino Unido de adaptar el Derecho interno a la Directiva, aun cuando, en la fecha en que se interpuso dicho recurso, no había aún expirado el plazo previsto para tal adaptación, sin que el mencionado Gobierno hubiera adoptado ninguna medida nacional en este sentido. Además, las demandantes del procedimiento principal y el Secretary of State for Health discrepan acerca de si el mencionado recurso está o no fundado.

37.

Por lo que respecta, a continuación, a la pertinencia de las cuestiones planteadas para la resolución del litigio principal, debe señalarse primero que la eventual invalidez de la Directiva puede efectivamente influir en dicha resolución. En efecto, las demandantes del procedimiento principal sostienen que, para que el Gobierno del Reino Unido pueda adaptar el Derecho interno a una directiva mediante «regulations», adoptadas sobre la base del artículo 2, apartado 2, de la European Communities Act 1972, es necesario que dicha directiva sea válida, de tal modo que la invalidez de ésta impide que la mencionada adaptación se efectúe mediante «regulations» adoptadas conforme a tal normativa. En segundo lugar, debe declararse que la interpretación de las disposiciones de la Directiva puede influir también en la resolución del litigio principal.

38.

En consecuencia, no resulta manifiesto que la apreciación de la validez de la Directiva o su interpretación, solicitadas por el órgano jurisdiccional remitente, no guarden relación alguna con la realidad o el objeto del litigio principal ni que versen sobre un problema de naturaleza hipotética.

39.

En lo que atañe al argumento de que declarar admisible la petición de decisión prejudicial sobre la apreciación de validez en un caso como el discutido en el procedimiento principal puede constituir una forma de eludir las disposiciones del artículo 230 CE, procede destacar que, en el sistema completo de recursos y procedimientos establecido por el Tratado CE para garantizar el control de la legalidad de los actos de las instituciones, las personas físicas o jurídicas que, debido a los requisitos de admisibilidad previstos en el párrafo cuarto del mencionado artículo, no puedan impugnar directamente actos comunitarios de alcance general, tienen la posibilidad, según los casos, de invocar la invalidez de tales actos bien de manera incidental ante el juez comunitario, en virtud del artículo 241 CE, bien ante los órganos jurisdiccionales nacionales, e instar a estos órganos, que no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de tales actos, a que soliciten un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre este extremo por medio de la cuestión prejudicial (sentencia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, C-50/00 P, Rec. p. I-0000, apartado 40).

40.

Ha de precisarse que la posibilidad de que los particulares aleguen ante los órganos jurisdiccionales nacionales la invalidez de un acto comunitario de alcance general no está sujeta al requisito de que se hayan ya adoptado efectivamente en el Derecho nacional medidas para la aplicación de dicho acto. A este respecto, basta con que el órgano jurisdiccional nacional conozca de un litigio real en el que se plantee, con carácter incidental, la cuestión de la validez de tal acto. Pues bien, este requisito se cumple en el litigio principal, como se desprende de los apartados 36 y 37 de la presente sentencia.

41.

De las anteriores consideraciones se desprende que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente son admisibles.

Sobre la primera cuestión

Sobre la letra a) de la primera cuestión

42.

Mediante la letra a) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, por no constituir los artículos 95 CE y/o 133 CE una base jurídica apropiada.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

43.

Las demandantes del litigio principal sostienen que, conforme al artículo 152 CE, apartado 4, letra c), la Comunidad no es competente para armonizar las normas nacionales en materia de salud pública en cuanto tales y sólo lo es para adoptar una medida de armonización con arreglo al artículo 95 CE si tal medida tiene efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior y contribuye de hecho a eliminar obstáculos a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios, así como a suprimir distorsiones de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo, C-376/98, Rec. p. I-8419, en particular apartados 84 y 95; en lo sucesivo, «sentencia sobre la publicidad del tabaco»). Pues bien, las demandantes del litigio principal alegan que en el presente caso, en contra de lo que indican sus considerandos, la Directiva no tiene por objeto garantizar la libre circulación de los productos del tabaco, sino que pretende en realidad garantizar la protección de la salud pública.

44.

Las demandantes del litigio principal alegan también que, dado que la Directiva 90/239 estableció un régimen completamente armonizado con respecto al contenido de alquitrán de los cigarrillos, no es posible adoptar una nueva normativa que persiga objetivos referentes a la realización del mercado interior con el fin de reducir los contenidos de alquitrán ya especificados. Aun cuando se admitiera que el legislador comunitario puede legislar de nuevo, en atención a razones sanitarias, en un ámbito que ya ha sido armonizado por consideraciones relativas al mercado interior, tal legislación debería por lo menos justificarse por cualquier novedad basada en hechos científicos.

45.

Asimismo, a juicio de las demandantes del litigio principal, el artículo 133 CE tampoco puede constituir una base jurídica adecuada para la Directiva, en la medida en que las disposiciones de su artículo 3, que imponen requisitos para la fabricación de cigarrillos en la Comunidad, no tienen por objeto establecer una política comercial común por lo que respecta al régimen de exportación de tales productos, dado que los mencionados requisitos de fabricación no se refieren específicamente al comercio internacional y afectan en igual medida al comercio intracomunitario.

46.

Según Japan Tobacco, los artículos 95 CE o 133 CE no pueden servir de base jurídica para el artículo 7 de la Directiva, puesto que nada prueba que, de no haberse adoptado este último artículo, hubieran podido generarse obstáculos al comercio o distorsiones de la competencia.

47.

El Gobierno alemán subraya que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva impone no sólo una prohibición de comercialización de los cigarrillos que no respeten los contenidos máximos previstos en dicha disposición, sino también una prohibición de fabricación. El apartado 2 de dicho artículo prevé regímenes diferentes en función de si los cigarrillos se fabrican para su comercialización en el interior de la Comunidad o para la exportación a países terceros. A juicio de dicho Gobierno, la prohibición de fabricación establecida en el artículo 3 de la Directiva tiene, en las relaciones con estos últimos, la naturaleza de una prohibición de exportación.

48.

Por otro lado, según el Gobierno alemán, de la última frase del undécimo considerando de la Directiva se desprende que la prohibición de exportar a países terceros cigarrillos cuyo contenido de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono no cumpla las exigencias de la Directiva pretende evitar que tales productos puedan comercializarse en la Comunidad tras ser reimportados ilegalmente, lo que afectaría a las disposiciones relativas al mercado interior.

49.

Ahora bien, en opinión de dicho Gobierno, la prohibición de exportación de que se trata no puede contribuir efectivamente al buen funcionamiento del mercado interior dado que, según le consta, los cigarrillos importados ilegalmente en la Comunidad se fabrican, en cualquier caso, casi exclusivamente en países terceros y no en la Comunidad.

50.

Además, el Gobierno alemán sostiene que la importación ilegal de cigarrillos constituye ante todo un fraude a los derechos de aduanas y a los tributos que gravan los productos del tabaco que debería combatirse mediante un control más eficaz en las fronteras de la Comunidad.

51.

A juicio del Gobierno alemán, el artículo 133 CE tampoco puede constituir una base jurídica adecuada para la prohibición de exportación de que se trata, puesto que el ámbito de aplicación de esta disposición se limita a las medidas que tengan por objeto principal influir en el volumen de intercambios o en los flujos comerciales con los países terceros, lo que no sucede en el presente caso, dado que la prohibición de exportación sólo contempla las reimportaciones ilegales en la Comunidad con el fin de proteger la salud de los ciudadanos comunitarios.

52.

El Gobierno helénico sostiene que los artículos 3 y 7 de la Directiva, en la medida en que se aplican a productos fabricados o empaquetados en la Comunidad, pero destinados a ser consumidos fuera de ella, no tienen por objeto favorecer la circulación de los productos del tabaco en el mercado interior ni evitar que se eludan las normas aplicables a este respecto en la Comunidad, de tal modo que no pueden basarse en el artículo 95 CE.

53.

Por otro lado, según el Gobierno helénico, el artículo 133 CE tampoco puede proporcionar una base jurídica adecuada a las disposiciones controvertidas de la Directiva, puesto que éstas repercuten negativamente en las exportaciones de productos comunitarios a países terceros.

54.

El Gobierno luxemburgués, por una parte, alega que la Directiva, al contemplar productos comercializados en mercados situados fuera de la Comunidad, no puede basarse ni en el artículo 95 CE ni en el artículo 133 CE y, por otra parte, sostiene, de modo más general, que el auténtico objeto de la Directiva es exclusivamente la protección de la salud pública, materia que el artículo 152 CE excluye de la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

55.

El Gobierno luxemburgués alega, en particular, que la aplicación del artículo 3 de la Directiva a los productos del tabaco destinados a su exportación a países terceros se basa en la idea de que los productos que no se ajusten a lo dispuesto en la Directiva podrían reimportarse fraudulentamente en la Comunidad. Ahora bien, según este Gobierno, se trata de una mera hipótesis, que se ve desmentida por los hechos. En efecto, a su juicio, la mayor parte de los cigarrillos importados ilegalmente en la Comunidad se fabrica en países terceros. Además, una medida que no se refiere concretamente a los intercambios internacionales y que afecta en igual medida, si no más, al comercio interno no puede basarse en el artículo 133 CE.

56.

Los Gobiernos del Reino Unido, belga, francés, irlandés, italiano, neerlandés y sueco, así como el Parlamento, el Consejo y la Comisión, sostienen que los artículos 95 CE y 133 CE constituyen la base jurídica adecuada de la Directiva. Por lo que respecta al recurso al artículo 95 CE, alegan, en particular, que la Directiva tiene efectivamente por objeto mejorar las condiciones de funcionamiento del mercado interior en el sector de los productos del tabaco y que, conforme al artículo 95 CE, apartado 3, pretende alcanzar, en el marco de la armonización que lleva a cabo, el objetivo de un nivel elevado de protección de la salud pública. Por lo que respecta al uso del artículo 133 CE como segunda base jurídica de la Directiva, el Parlamento y el Consejo, en particular, consideran que se encuentra justificado por el hecho de que el artículo 3 de la Directiva, que prohíbe la fabricación en la Comunidad, para ser exportados a países terceros, de cigarrillos que no cumplan las exigencias de dicha disposición, persigue simultáneamente un objetivo de protección del mercado interior contra las reimportaciones en la Comunidad de cigarrillos que no se ajusten a dichas exigencias y un objetivo de regulación de las exportaciones hacia tales países, vinculado a la aplicación de la política comercial común.

57.

El Gobierno finlandés sostiene que el artículo 95 CE constituye la base jurídica adecuada de la Directiva, sin que sea necesario recurrir al artículo 133 CE como segunda base jurídica. Alega a este respecto que el objetivo esencial de la Directiva es aproximar las legislaciones nacionales con el fin de establecer el mercado interior en el sector de los productos del tabaco. La protección de la salud pública y la regulación de los intercambios con países terceros no pasan de ser objetivos accesorios con respecto a dicho objetivo esencial.

Apreciación del Tribunal de Justicia

58.

En el presente asunto debe examinarse si el artículo 95 CE constituye una base jurídica adecuada para la Directiva y, de ser así, determinar si en este caso es necesario o posible recurrir al artículo 133 CE como segunda base jurídica.

59.

A este respecto, procede recordar, con carácter preliminar, la jurisprudencia sentada acerca del artículo 100 A, apartado 1, del Tratado.

60.

En primer lugar, ha de señalarse que, como se desprende de los apartados 83, 84 y 95 de la sentencia sobre la publicidad del tabaco, las medidas contempladas en tal disposición están destinadas a mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior y deben tener efectivamente dicho objeto, contribuyendo a eliminar obstáculos a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios, así como a suprimir distorsiones de la competencia.

61.

Debe asimismo recordarse que, como se desprende de la mencionada jurisprudencia, es posible recurrir al artículo 95 CE como base jurídica para evitar la aparición de futuros obstáculos a los intercambios comerciales derivados de la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales, siempre que la aparición de tales obstáculos sea probable y que la medida de que se trate tenga por objeto su prevención (véanse, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 1995, España/Consejo, C-350/92, Rec. p. I-1985, apartado 35, y las sentencias sobre la publicidad del tabaco, apartado 86, y de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Parlamento y Consejo, C-377/98, Rec. p. I-7079, apartado 15).

62. Por último, si se cumplen los requisitos para recurrir al artículo 95 CE como base jurídica, no puede impedirse al legislador comunitario que se funde en esta base jurídica por el hecho de que la protección de la salud pública sea determinante en las decisiones que deben tomarse (véase, en este sentido, la sentencia sobre la publicidad del tabaco, apartado 88). Además, el artículo 152 CE, apartado 1, párrafo primero, prevé que, al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad, ha de garantizarse un alto nivel de protección de la salud humana, al tiempo que el artículo 95 CE, apartado 3, exige de forma expresa que, en la armonización realizada, se garantice un nivel de protección elevado de la salud humana.

63. Procede verificar, a la luz de estos principios, si la Directiva cumple los requisitos que permiten utilizar el artículo 95 CE como base jurídica.

64. Con carácter preliminar, deben exponerse las siguientes consideraciones. Por un lado, como ha destacado el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, en la Comunidad el mercado de los productos del tabaco, en particular el de los cigarrillos, es un mercado en el que los intercambios entre Estados miembros ocupan un lugar relativamente importante. Por otro lado, las normas nacionales reguladoras de los requisitos que deben cumplir los productos, como los referentes a su denominación, composición y etiquetado, pueden por definición obstaculizar la libre circulación de mercancías, a falta de armonización en el ámbito comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard, asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097, apartado 15).

65. Ahora bien, procede señalar que, pese a que ya se han adoptado medidas comunitarias de armonización, a saber, la Directiva 89/622, por lo que respeta al etiquetado de los productos del tabaco, y la Directiva 90/239, en lo que atañe al contenido máximo de alquitrán de los cigarrillos, ya habían surgido en el momento de adopción de la Directiva, o era probable que surgieran, divergencias entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, que podían obstaculizar los intercambios.

66. En efecto, por un lado, algunas disposiciones de las medidas comunitarias de armonización ya adoptadas contenían únicamente prescripciones mínimas, dejando a los Estados miembros cierta facultad de apreciación para proceder a su adaptación (véanse, a este respecto, las sentencias de 22 de junio de 1993, Philip Morris Belgium y otros, C-222/91, Rec. p. I-3469, apartados 11 y 17, y Gallaher y otros, C-11/92, Rec. p. I-3545, apartados 14 y 20). Por otro lado, las Directivas 89/622 y 90/239 contemplan sólo algunos aspectos de los requisitos de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, dejando libertad a los Estados miembros para adoptar normas nacionales sobre aquellos aspectos no cubiertos por dichas Directivas.

67. En este contexto, habida cuenta de la concienciación creciente del público acerca de la nocividad que presenta el consumo de productos del tabaco para la salud, es razonable pensar que puede obstaculizarse la libre circulación de dichos productos como consecuencia de la adopción por los Estados miembros de nuevas normas que reflejen esta evolución y que se destinen bien a desincentivar más eficazmente el consumo de tales productos, mediante la colocación de indicaciones o advertencias en el embalaje, bien a reducir los efectos nocivos de los productos del tabaco a través de la adopción de nuevas normas sobre su composición.

68. Este análisis se ve confirmado por las indicaciones contenidas en los considerandos de la Directiva y por las observaciones presentadas en el procedimiento.

69. Así, del séptimo considerando de la Directiva se desprende que varios Estados miembros pretendían adoptar medidas para establecer los contenidos máximos de monóxido de carbono de los cigarrillos si dichas medidas no se adoptaban a nivel comunitario.

70. Asimismo, del noveno considerando de la Directiva se desprende que habían surgido divergencias entre las normativas de los Estados miembros en materia de limitación del contenido máximo de nicotina de los cigarrillos. Conforme a las observaciones presentadas en el procedimiento, tres Estados miembros habían ya introducido tales límites y otros pensaban hacerlo. Si bien dichos límites, habida cuenta de los niveles en que se habían fijado y de la relación bioquímica

existente entre el alquitrán y la nicotina, no obstaculizaban, en la práctica, la comercialización de los cigarrillos que se ajustaran a las exigencias relativas al contenido máximo de alquitrán permitido por el Derecho comunitario, el hecho de que algunos Estados miembros fijaran contenidos máximos específicos para la nicotina creaba el riesgo de que la posterior reducción de tales contenidos implicara la aparición de trabas a los intercambios.

71.

Además, el decimotercer considerando de la Directiva menciona la existencia de negociaciones destinadas a la elaboración de un convenio marco de la Organización Mundial de la Salud sobre la lucha antibotáquica, que prevén la adopción de normas aplicables a escala internacional para los productos del tabaco.

72.

Por su parte, los considerandos decimonoveno y vigésimo segundo de la Directiva hacen constar la divergencia en las legislaciones de los Estados miembros en lo que atañe, por un lado, a la presentación de las advertencias y de los contenidos de sustancias nocivas así como, por otro lado, a los ingredientes y aditivos utilizados en la fabricación de los productos del tabaco.

73.

Por último, de la fase escrita se desprende que un Estado miembro había adoptado disposiciones reguladoras del uso de algunos de los términos descriptivos mencionados en el vigésimo séptimo considerando de la Directiva y contemplados en el artículo 7 de ésta.

74.

Procede añadir que, a diferencia de la directiva controvertida en el asunto en el que recayó la sentencia sobre la publicidad del tabaco, la Directiva incluye, en su artículo 13, apartado 1, una disposición que garantiza la libre circulación de los productos que cumplan sus exigencias. Esta disposición, al prohibir a los Estados miembros oponerse, por razones relativas a los aspectos que armoniza, a la importación, a la venta y al consumo de los productos del tabaco que se ajusten a la Directiva, confiere a ésta plenos efectos en relación con su objetivo de mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior.

75.

De todo lo que antecede se desprende que la Directiva tiene efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior y que, en consecuencia, podía adoptarse al amparo del artículo 95 CE, sin que pueda obstar a tal conclusión el hecho de que la protección de la salud pública fuera determinante en las opciones efectuadas al adoptarse las medidas de armonización que dicha Directiva establece.

76.

Esta conclusión no se ve desvirtuada por el argumento basado en que, al haber establecido la Directiva 90/239 un régimen completamente armonizado aplicable al contenido de alquitrán, el legislador no podía intervenir de nuevo para regular esta cuestión sobre la base del artículo 95 CE o, en cualquier caso, sólo podía hacerlo basándose en nuevos hechos científicos.

77.

En efecto, al haber regulado exhaustivamente el legislador comunitario la cuestión del contenido máximo de alquitrán de los cigarrillos en la Directiva 90/239, los Estados miembros habían dejado de ser competentes para adoptar individualmente normas relativas a dicha cuestión. Ahora bien, tal como ha destacado el Abogado General en el punto 124 de sus conclusiones, el legislador comunitario sólo puede, en una situación semejante, cumplir correctamente su tarea de velar por que se protejan los intereses generales reconocidos por el Tratado, como la salud pública, si se le permite adaptar la legislación comunitaria pertinente a raíz de cualquier modificación de las circunstancias o de cualquier evolución de los conocimientos científicos.

78.

De lo anterior se deriva que, aun cuando una disposición comunitaria garantice la supresión de cualesquiera obstáculos a los intercambios en el ámbito que armoniza, esta circunstancia no puede privar al legislador comunitario de la posibilidad de adaptar tal disposición en atención a otras consideraciones.

79.

Por lo que respecta, en particular, a la protección de la salud pública, del artículo 95 CE, apartado 3, se desprende que el legislador comunitario debe garantizar un elevado nivel de protección en la armonización realizada, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos.

80.

Por lo demás, la evolución de los conocimientos científicos no es el único motivo que permite al legislador comunitario optar por la adaptación de la legislación comunitaria, puesto que, en el ejercicio de la facultad discrecional de que dispone en la materia, también puede tener en cuenta otras consideraciones, como la importancia creciente que se concede en el ámbito político y social a la lucha contra el consumo de tabaco.

81.

La conclusión de que el artículo 95 CE constituye una base jurídica adecuada para la adopción de la Directiva tampoco se ve cuestionada por el argumento basado en que la prohibición de que se fabriquen en la Comunidad, para su

exportación a países terceros, cigarrillos que no se ajusten a las exigencias del artículo 3, apartado 1, de la Directiva no contribuye efectivamente a la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior.

82.

En efecto, si bien es cierto que la prohibición de fabricación de que se trata no constituye una disposición que tenga directamente por objeto la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior, no lo es menos que un acto adoptado sobre la base del artículo 95 CE puede incorporar una disposición de este tipo, siempre que pretenda evitar que se eludan ciertas prohibiciones que persigan dicho objeto y se prevean para el mercado interior (véase, en este sentido, la sentencia sobre la publicidad del tabaco, apartado 100).

83.

A este respecto, procede destacar que el Tribunal de Justicia ha admitido que los riesgos de reimportación ilícita o de desviaciones del tráfico comercial que puedan comprometer la eficacia de una medida comunitaria adoptada en el ámbito de la política agrícola común justifican que se prohíban las exportaciones a países terceros (sentencia de 5 de mayo de 1998, Reino Unido/Comisión, C-180/96, Rec. p. I-2265, apartados 62 y 109).

84.

En el presente caso, se desprende del undécimo considerando de la Directiva, relativo a la incidencia de ésta en los productos del tabaco exportados desde la Comunidad, que las normas que dicha Directiva contiene a este respecto se adoptaron con el fin de velar por que las disposiciones sobre el mercado interior que contiene no se vean afectadas.

85.

De las observaciones presentadas en el procedimiento se desprende que el legislador comunitario pretendía en el presente caso evitar que las disposiciones relativas al mercado interior en el sector de los productos del tabaco se vieran afectadas por las reimportaciones ilícitas o por las desviaciones del tráfico comercial en la Comunidad de productos que no cumplen los requisitos que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva prevé en cuanto a los contenidos máximos de ciertas sustancias en los cigarrillos.

86.

Es cierto que los datos proporcionados por las partes del litigio principal, los Estados miembros y las instituciones que han presentado observaciones en este procedimiento, mencionados en el punto 64 de las conclusiones del Abogado General, no permiten evaluar con exactitud el alcance del comercio ilícito de cigarrillos producidos en la Comunidad y comercializados ilegalmente en su mercado, tras haber sido reimportados de países terceros o directamente comercializados en el mercado comunitario pese a estar destinados a la exportación a dichos países. Es igualmente cierto que, como sostiene el Gobierno alemán, el origen del comercio ilegal de cigarrillos radica principalmente en los beneficios que se obtienen al sustraer dichas mercancías de los gravámenes fiscales y aduaneros a que normalmente se encontrarían sujetas, sin que la elusión de las disposiciones relativas a la composición de los cigarrillos sea determinante en la materia.

87.

Sin embargo, no puede negarse que el mercado de los cigarrillos es particularmente propicio al desarrollo de un comercio ilegal y que si se autorizara la fabricación en la Comunidad de cigarrillos que no pueden despacharse a libre práctica ni comercializarse legalmente en ella, se aumentaría el riesgo de fraude.

88.

Además, el riesgo de que la eficacia de las medidas contempladas en la Directiva se vea afectada no debe únicamente apreciarse en relación con la situación anterior a la adopción de ésta, sino también teniendo en cuenta los efectos previsibles de sus disposiciones en la naturaleza y alcance del comercio ilegal de cigarrillos.

89.

A este respecto, es razonable pensar que la reducción del contenido máximo admisible de alquitrán por cigarrillo y la fijación de contenidos máximos de nicotina y monóxido de carbono, al privar a los consumidores de la posibilidad de obtener legalmente productos que no respeten dichos contenidos máximos y que estaban acostumbrados a consumir antes de que se introdujeran estas nuevas exigencias, puede incitarles a obtener ilegalmente tales productos.

90.

En estas circunstancias, puede considerarse que la prohibición de fabricación establecida en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva constituye una medida destinada a evitar que se eludan las prohibiciones, también establecidas en dicha disposición, de despachar a libre práctica y comercializar en los Estados miembros cigarrillos que no se ajusten a las exigencias impuestas en la mencionada norma.

91.

De lo que antecede se desprende que la Directiva podía también adoptarse sobre la base del artículo 95 CE en la medida en que prohíbe la fabricación en la Comunidad, para su exportación a países terceros, de cigarrillos que no se ajusten a las exigencias del artículo 3, apartado 1, de la Directiva.

92.

Por lo que respecta a la cuestión de si el recurso al artículo 133 CE como segunda base jurídica de la Directiva era necesario o posible en el presente caso, deben efectuarse las siguientes observaciones.

93.

Con carácter preliminar, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, en el marco del sistema de competencias de la Comunidad, la elección de la base jurídica de un acto debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. Entre dichos elementos figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto (véanse, en particular, las sentencias de 4 de abril de 2000, Comisión/Consejo, C-269/97, Rec. p. I-2257, apartado 43, y de 30 de enero de 2001, España/Consejo, C-36/98, Rec. p. I-779, apartado 58).

94.

Si el examen de un acto comunitario muestra que éste persigue un doble objetivo o que tiene un componente doble y si uno de ellos puede calificarse de principal o preponderante, mientras que el otro sólo es accesorio, dicho acto debe fundarse en una sola base jurídica, a saber, aquella que exige el objetivo o componente principal o preponderante (véanse, en particular, las sentencias de 23 de febrero de 1999, Parlamento/Consejo, C-42/97, Rec. p. I-869, apartados 39 y 40, y de 30 de enero de 2001, España/Consejo, antes citada, apartado 59). Con carácter excepcional, si queda demostrado que el acto persigue al mismo tiempo varios objetivos, vinculados entre sí de modo indisoluble, sin que uno de ellos sea secundario e indirecto en relación con el otro, tal acto podrá fundarse en las distintas bases jurídicas correspondientes (dictamen 2/00, de 6 de diciembre de 2001, Rec. p. I-9713, apartado 23).

95.

A la luz de los principios recordados en los dos apartados anteriores y habida cuenta de la conclusión que figura en el apartado 91 de la presente sentencia, procede declarar que la Directiva no podía tener simultáneamente por base jurídica los artículos 95 CE y 133 CE.

96.

En efecto, sin que sea necesario examinar si, con sus disposiciones relativas a los productos del tabaco exportados a países terceros, la Directiva persigue también un objetivo vinculado a la ejecución de la política comercial común prevista en el artículo 133 CE, debe declararse que, en cualquier caso, dicho objetivo sólo podría presentar, en atención al objeto y contenido de la Directiva en su conjunto, un carácter secundario con respecto al objetivo principal perseguido por aquélla, que consiste en la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior.

97.

De todo lo que precede se desprende que el artículo 95 CE constituye la única base jurídica adecuada de la Directiva, de modo que dicha Directiva menciona también el artículo 133 CE como base jurídica de modo erróneo.

98.

Sin embargo, esta referencia errónea al artículo 133 CE como segunda base jurídica de la Directiva no implica por sí misma la invalidez de ésta. Un error de este tipo en los vistos de un acto comunitario constituye un vicio meramente formal, salvo si, como consecuencia de dicho error, el procedimiento aplicable para la adopción de dicho acto incurre en irregularidad (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Comisión/Consejo, 165/87, Rec. p. 5545, apartado 19), aspecto este que, en el caso de la Directiva, es objeto de la letra b) de la primera cuestión, examinada en los apartados 100 a 111 de la presente sentencia.

99.

De las anteriores consideraciones relativas a la letra a) de la primera cuestión se deriva que la Directiva no es inválida por carecer de base jurídica adecuada.

Sobre la letra b) de la primera cuestión

100.

Mediante la letra b) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita en esencia que se dilucide si el recurso a la doble base jurídica de los artículos 95 CE y 133 CE ha viciado el procedimiento de adopción de la Directiva, por haberse seguido dos procedimientos legislativos incompatibles entre sí, y si la Directiva es inválida por tal motivo.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

101.

Las demandantes del litigio principal sostienen que los procedimientos legislativos que la Comunidad debe seguir al adoptar un acto sobre la base de los artículos 95 CE y 133 CE, respectivamente, son diferentes e incompatibles entre sí, de modo que el recurso a esta doble base jurídica no está permitido (véase, en particular, la sentencia de 11 de junio de 1991, Comisión/Consejo, denominada «Dióxido de titanio», C-300/89, Rec. p. I-2867, apartados 17 a 21). En efecto, afirman que el artículo 95 CE obliga al Consejo a actuar conjuntamente con el Parlamento en el procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 CE, mientras que el artículo 133 CE establece un procedimiento en el que la intervención del Parlamento no está prevista y el Consejo se pronuncia por mayoría cualificada. A juicio de las demandantes del litigio principal, la aplicación del procedimiento de codecisión para adoptar una medida relativa a la política comercial común, cuando el artículo 133 CE ni siquiera prevé la consulta al Parlamento, es contraria a la distribución de competencias entre instituciones perseguida por el Tratado.

102.

Los Gobiernos del Reino Unido, francés, italiano, neerlandés, finlandés y sueco, así como el Parlamento, el Consejo y la Comisión, sostienen que los artículos 95 CE y 133 CE no constituyen bases jurídicas incompatibles entre sí. Alegan esencialmente que si bien ambos artículos del Tratado suponen la aplicación de procedimientos legislativos diferentes, dichos procedimientos, a diferencia de los controvertidos en el asunto en el que recayó la sentencia Dióxido de titanio,

antes citada, no son incompatibles entre sí, puesto que pueden acumularse sin que se modifique el alcance de la intervención del Parlamento en el procedimiento legislativo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

103.

Con carácter preliminar, procede recordar que, tal como se declara en el apartado 97 de la presente sentencia, el artículo 95 CE constituye la única base jurídica adecuada de la Directiva. En consecuencia, para responder a la letra b) de la primera cuestión, ha de determinarse si el procedimiento legislativo que se siguió efectivamente para la adopción de la Directiva, sobre la base de los artículos 95 CE y 133 CE, cumplía los requisitos del procedimiento legislativo aplicable para la adopción de un acto comunitario basado únicamente en el artículo 95 CE.

104.

El artículo 95 CE, apartado 1, prevé que las medidas basadas en sus disposiciones han de adoptarse con arreglo al procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 CE y previa consulta del Comité Económico y Social.

105.

Ahora bien, ha quedado acreditado que, en el presente caso, se siguió dicho procedimiento cuando se adoptó la Directiva.

106.

Por otro lado, el hecho de que se añadiera el artículo 133 CE al artículo 95 CE como segunda base jurídica de la Directiva no ha menoscabado la esencia del procedimiento de codecisión seguido en el presente caso.

107.

En efecto, el artículo 133 CE, apartado 4, prevé que, en el ejercicio de las atribuciones que le confiere dicho artículo, el Consejo decidirá por mayoría cualificada.

108.

Por lo tanto, el hecho de que se siguiera el procedimiento previsto para la adopción de actos conforme a esta segunda base jurídica no impuso al Consejo la obligación de pronunciarse en cualquier caso por unanimidad, siendo necesario recordar que, en el procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 CE, el Consejo ha de pronunciarse en principio por mayoría cualificada, salvo si desea aprobar enmiendas a su posición común propuestas por el Parlamento que hayan sido objeto de un dictamen negativo de la Comisión, caso en que debe pronunciarse por unanimidad.

109.

En estas circunstancias, a diferencia de la situación de que se trataba en el asunto en el que recayó la sentencia Dióxido de titanio, antes citada, el elemento esencial del procedimiento legislativo que distingue entre los casos en que el Consejo se pronuncia por mayoría cualificada y los casos en que se pronuncia por unanimidad no se ve comprometido en modo alguno en el presente caso por el hecho de que la Directiva se refiera simultáneamente a las dos bases jurídicas mencionadas.

110.

El argumento basado en que la aplicación del procedimiento de codecisión para la adopción de una medida relativa a la política comercial común es contraria a la distribución de competencias entre instituciones perseguida por el Tratado carece, en cualquier caso, de pertinencia en este asunto, ya que, como se deriva del apartado 97 de la presente sentencia, la Directiva no constituye un acto que deba adoptarse sobre la base del artículo 133 CE.

111.

De las anteriores consideraciones relativas a la letra b) de la primera cuestión se deriva que el recurso a la doble base jurídica de los artículos 95 CE y 133 CE no ha viciado el procedimiento de adopción de la Directiva, de modo que ésta no es inválida por tal motivo.

Sobre la letra c) de la primera cuestión

112.

Mediante la letra c) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, debido a la violación del principio de proporcionalidad.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

113.

Las demandantes del litigio principal alegan que la Directiva, aun cuando se admitiera que puede efectivamente tener por objeto la realización del mercado interior o el establecimiento de una política comercial común, intenta alcanzar tales objetivos de una manera desproporcionada, circunstancia especialmente evidente en el caso de sus artículos 5 y 7, así como de su aplicación a los cigarrillos destinados a la exportación a países terceros.

114.

En particular, sostienen que, en lo que atañe al artículo 7 de la Directiva, la prohibición de términos descriptivos que se refieran a contenidos de sustancias menos nocivas no es coherente con el objetivo declarado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, que pretende reducir más aún el contenido de alquitrán por razones de salud pública. Asimismo, alegan que el mencionado artículo 7 vulnera sus derechos más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo que afirma perseguir. A este respecto, la legislación española en la materia, que prevé únicamente disposiciones reguladoras

del uso de términos descriptivos, constituye un buen ejemplo de normativa que vulnera en menor medida los derechos de los fabricantes de productos del tabaco, sin dejar de proteger la salud pública.

115.

Las demandantes del litigio principal alegan también que la prohibición de fabricar, para su exportación a países terceros, cigarrillos que no se ajusten a las prescripciones del artículo 3, apartado 1, de la Directiva no constituye un método adecuado para evitar que se eludan los nuevos límites establecidos en dicha disposición, puesto que la inmensa mayoría de los cigarrillos importados ilegalmente en la Comunidad se fabrica fuera de ella.

116.

Según Japan Tobacco, en la medida en que se aplica a las marcas existentes, el artículo 7 de la Directiva viola el principio de proporcionalidad. A este respecto, se afirma que dicha disposición no constituye el medio menos restrictivo para alcanzar los objetivos de la Directiva. En efecto, la mencionada norma, en relación con el vigésimo séptimo considerando de la Directiva, parte de la base de que los consumidores ignoran que los contenidos de alquitrán y nicotina que inhalan pueden verse influidos por su comportamiento como fumadores; en consecuencia, basta con que se haga constar en el embalaje un mensaje en este sentido, sin que sea necesario prohibir la utilización de términos descriptivos. Además, la Directiva podría haber previsto una cláusula relativa a los derechos adquiridos, para que no se aplicara su artículo 7 a las marcas ya registradas, como Mild Seven.

117.

Los Gobiernos alemán, helénico y luxemburgués alegan que la prohibición de fabricación con destino a la exportación, prevista en el artículo 3 de la Directiva, y la prohibición de utilizar ciertos términos descriptivos, establecida en el artículo 7 de aquélla, vulneran el principio de proporcionalidad en la medida en que son inadecuadas y perjudican excesivamente los intereses económicos de los fabricantes de productos del tabaco. Por lo que respecta al mencionado artículo 3, sostienen, en particular, que no permite garantizar una protección efectiva contra el riesgo de importaciones ilegales de cigarrillos en la Comunidad, habida cuenta del volumen insignificante de reimportaciones de cigarrillos en ésta, y que dicho riesgo podría evitarse más eficazmente si se reforzaran los controles de las importaciones. En lo que atañe al artículo 7 de la Directiva, los mencionados Gobiernos alegan, en particular, que, a diferencia de la prohibición absoluta de utilizar términos descriptivos establecida en dicha disposición, una normativa reguladora de su uso, como la prevista en la legislación española, basada en una clasificación de los productos conforme a su contenido de alquitrán y nicotina, permitiría que se informara objetivamente a los consumidores sin afectar en exceso a los intereses económicos de los fabricantes de productos del tabaco.

118.

Los Gobiernos belga, francés y sueco, así como el Consejo y la Comisión, alegan que la Directiva es conforme con el principio de proporcionalidad en la medida en que sus disposiciones no van más allá de lo necesario para garantizar tanto el buen funcionamiento del mercado interior en el sector de los productos del tabaco como, al mismo tiempo, un alto nivel de protección de la salud pública.

119.

Por lo que se refiere concretamente al artículo 7 de la Directiva, el Gobierno francés destaca que esta disposición no prohíbe todas las menciones o presentaciones de los cigarrillos que puedan atraer o captar a los fumadores, sino sólo aquellas que indiquen que un producto del tabaco es menos nocivo que otros.

120.

El Gobierno sueco alega que, al estar asociado el consumo de productos del tabaco a graves riesgos para la salud, es particularmente importante que no se induzca a error a los consumidores acerca de los riesgos derivados de dicho consumo, al tiempo que estima difícil encontrar una alternativa a la prohibición establecida en dicho artículo 7 que alcance el mismo resultado y produzca efectos menores sobre los titulares de las marcas.

121.

La Comisión afirma que el mencionado artículo 7 no es incompatible con el objetivo enunciado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, que consiste en reducir el contenido de alquitrán de los cigarrillos. En efecto, al no estar regulados los términos descriptivos a escala comunitaria, pueden utilizarse por los fabricantes de productos del tabaco para indicar otras características de los cigarrillos, como el sabor, no relacionadas con su contenido de alquitrán, circunstancia que puede inducir a error a los consumidores. La Comisión añade que, aun cuando los cigarrillos «ligeros» tengan efectivamente un contenido de alquitrán más escaso, se induce a error a numerosos fumadores al crear la falsa impresión de que se trata de productos exentos de riesgo, impresión que es engañosa, en particular, porque el humo de los cigarrillos contiene también otros productos nocivos no regulados por la Directiva.

Apreciación del Tribunal de Justicia

122.

Con carácter preliminar, debe recordarse que el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los medios que aplica una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo perseguido y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo (véanse, en particular, las sentencias de 18 de noviembre de 1987, Maizena, 137/85, Rec. p. 4587, apartado 15; de 7 de diciembre de 1993, ADM

Ölmühlen, C-339/92, Rec. p. I-6473, apartado 15, y de 11 de julio de 2002, Käserei Champignon Hofmeister, C-210/00, Rec. p. I-0000, apartado 59).

123.

Por lo que se refiere al control judicial de los requisitos indicados en el apartado anterior, debe reconocerse al legislador comunitario una amplia facultad discrecional en una materia como la del presente caso, en la que ha de tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y realizar apreciaciones complejas. Por consiguiente, sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en este ámbito, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo, C-84/94, Rec. p. I-5755, apartado 58; de 13 de mayo de 1997, Alemania/Parlamento y Consejo, C-233/94, Rec. p. I-2405, apartados 55 y 56, y de 5 de mayo de 1998, National Farmers' Union y otros, C-157/96, Rec. p. I-2211, apartado 61).

124.

En lo que atañe a la Directiva, de sus considerandos primero, segundo y tercero se desprende que tiene por objeto eliminar, mediante la aproximación de las normas aplicables en la materia, las trabas derivadas de las disparidades que, pese a las medidas de armonización ya adoptadas, todavía existen entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, y que obstaculizan el funcionamiento del mercado interior. Además, de su cuarto considerando se desprende que, para alcanzar este objetivo, la Directiva se basa en un nivel de protección elevado en materia de salud, conforme al artículo 95 CE, apartado 3.

125.

A lo largo del procedimiento se han formulado diversos argumentos para rebatir la conformidad de la Directiva con el principio de proporcionalidad, especialmente por lo que respecta a sus artículos 3, 5 y 7.

126.

En primer lugar, procede declarar que la prohibición, establecida en el artículo 3 de la Directiva, de despachar a libre práctica y comercializar en la Comunidad cigarrillos que no se ajusten a los contenidos máximos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono, que se completa mediante la obligación impuesta a los Estados miembros de autorizar la importación, la venta y el consumo de los cigarrillos que respeten dichos contenidos, conforme al artículo 13, apartado 1, de la Directiva, es una medida apta para alcanzar el objetivo que ésta pretende conseguir y, habida cuenta de la obligación que incumbe al legislador comunitario de garantizar un nivel elevado de protección en materia de salud, no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

127.

En segundo lugar, la prohibición, igualmente prevista en el artículo 3 de la Directiva, de fabricar cigarrillos que no respeten los contenidos máximos previstos en dicha disposición tiene por objetivo, como se señala en el apartado 85 de la presente sentencia, evitar que las disposiciones relativas al mercado interior en el sector de los productos del tabaco se vean afectadas por las reimportaciones ilícitas o por las desviaciones del tráfico comercial en la Comunidad de productos no conformes con las exigencias del apartado 1 de dicha disposición.

128.

Se ha discutido la proporcionalidad de esta prohibición de fabricación, por estimarse que no se trata de una medida apta para alcanzar su objetivo y que va más allá de lo necesario para alcanzarlo, puesto que hubiera bastado con una medida alternativa, como el refuerzo de los controles de las importaciones procedentes de países terceros.

129.

A este respecto, procede indicar que si bien la prohibición de que se trata no permite por sí sola evitar el desarrollo del comercio ilegal de cigarrillos en la Comunidad, habida cuenta, en particular, del hecho de que también pueden introducirse ilegalmente en el mercado comunitario cigarrillos fabricados en países terceros que no cumplan los requisitos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, el legislador comunitario no se extralimitó en el ejercicio de su facultad de apreciación al considerar que dicha prohibición constituye, pese a ello, una medida que puede contribuir eficazmente a limitar el riesgo de que se incremente el comercio ilegal de cigarrillos y a prevenir que el mercado interior se vea afectado en consecuencia.

130.

Además, no se ha demostrado que baste con reforzar los controles en el presente caso para alcanzar el objetivo perseguido por la disposición controvertida. A este respecto, debe destacarse que la prohibición de fabricación de que se trata resulta especialmente apta para suprimir de raíz las desviaciones del tráfico comercial de cigarrillos fabricados en la Comunidad para su exportación a países terceros, desviaciones que constituyen una forma de fraude que, por definición, no puede combatirse con la misma eficacia a través de una medida alternativa como el refuerzo de los controles en las fronteras de la Comunidad.

131.

En cuanto al artículo 5 de la Directiva, la obligación de que se haga constar en los paquetes de cigarrillos indicaciones relativas a su contenido de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono y de que se mencionen en las unidades de envasado de los productos del tabaco advertencias sobre los riesgos para la salud que implican dichos productos son

medidas aptas para alcanzar un nivel elevado de protección de la salud en la supresión de las trabas derivadas de las legislaciones nacionales en materia de etiquetado. En efecto, tales obligaciones constituyen un método reconocido para incitar a los fumadores a reducir su consumo de productos del tabaco o a consumir productos menos nocivos para la salud.

132.

En consecuencia, al exigir el artículo 5 de la Directiva que se aumenten los porcentajes de las superficies que han de reservarse a tales indicaciones y advertencias en ciertas caras de las unidades de envasado de los productos del tabaco, en una proporción que deja espacio suficiente a los fabricantes de estos productos para colocar otros elementos, en particular, los relativos a las marcas, el legislador comunitario no se extralimitó en el ejercicio de la facultad de apreciación que le corresponde en la materia.

133.

Por lo que respecta al artículo 7 de la Directiva, procede efectuar las siguientes observaciones.

134.

El objetivo de dicha disposición se menciona en el vigésimo séptimo considerando de la Directiva, del que se desprende que la prohibición de utilizar en las unidades de envasado de los productos del tabaco términos tales como «bajo en alquitrán», «ultraligero», «ultralight» o «suave», o ciertos nombres, imágenes, signos u otros, se encuentra justificada por el temor de que estas descripciones induzcan al consumidor a la creencia errónea de que dichos productos son menos nocivos y den origen a cambios en las pautas de consumo. El mencionado considerando precisa a este respecto que no sólo el contenido de determinadas sustancias en el producto antes de su consumo, sino también el comportamiento del fumador y el grado de adicción, determinan el nivel de las sustancias nocivas inhaladas, de modo que la utilización de los términos descriptivos de que se trata, que no refleja este hecho, puede menoscabar los requisitos en materia de etiquetado que establece la Directiva.

135.

En consecuencia, el artículo 7 de la Directiva, en relación con el vigésimo séptimo considerando de ésta, pretende garantizar que se informe al consumidor de manera objetiva acerca de la nocividad de los productos del tabaco.

136.

Dicha exigencia de información es apta para alcanzar un nivel elevado de protección de la salud en la armonización de las disposiciones aplicables a la descripción de los productos del tabaco.

137.

Pues bien, el legislador comunitario podía considerar, sin extralimitarse en el ejercicio de su facultad de apreciación, que la indicación del contenido de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono, conforme al artículo 5, apartado 1, de la Directiva, garantizaba de modo objetivo que se informase al consumidor acerca de la nocividad de los productos del tabaco derivada de dichas sustancias, mientras que el uso de elementos descriptivos, como los contemplados en el artículo 7 de la Directiva, no garantizaba que se informara objetivamente al consumidor.

138.

En efecto, tal como ha señalado el Abogado General en los puntos 241 a 248 de sus conclusiones, dichos elementos descriptivos pueden inducir a error a los consumidores. En primer lugar, pueden designar, como el término «suave», una sensación gustativa sin relación alguna con el contenido de sustancias nocivas del producto. En segundo lugar, términos tales como «bajo en alquitrán», «ultraligero» o «ultralight» no se refieren, a falta de una normativa reguladora de tales términos, a límites cuantitativos precisos. En tercer lugar, aun cuando el producto de que se trate presente un contenido de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono inferior al que poseen otros productos, no deja de ser cierto que, por un lado, la cantidad de estas sustancias que inhala efectivamente el consumidor depende también de su comportamiento como fumador y que, por otro lado, dicho producto puede contener otras sustancias nocivas. En cuarto lugar, la utilización de elementos descriptivos que sugieren que el consumo de un producto del tabaco particular es más beneficioso para la salud que otros puede alentar el consumo de tabaco.

139.

Por lo demás, el legislador comunitario podía considerar, sin extralimitarse en el ejercicio de la facultad de apreciación que le corresponde en la materia, que, para garantizar que se informara objetivamente a los consumidores acerca de la nocividad de los productos del tabaco, la prohibición establecida en el artículo 7 de la Directiva era necesaria y que, en particular, no había ninguna medida alternativa que permitiera alcanzar este objetivo de una manera tan eficaz, pero que restringiera en menor medida los derechos de los fabricantes de productos del tabaco.

140.

En efecto, no resulta manifiesto que la mera regulación del uso de los términos descriptivos contemplados en el mencionado artículo 7, defendida por las demandantes del litigio principal y por los Gobiernos alemán, helénico y luxemburgués, o el hecho de que se mencione en los embalajes de los productos del tabaco, como sugiere Japan Tobacco, que las cantidades de sustancias nocivas inhaladas dependen también del comportamiento del fumador hubieran garantizado una información objetiva de los consumidores, habida cuenta de que, en cualquier caso, tales elementos descriptivos pueden, por definición, alentar el consumo de tabaco.

141.

De las anteriores consideraciones relativas a la letra c) de la primera cuestión se desprende que la Directiva no es inválida por vulnerar el principio de proporcionalidad.

Sobre la letra d) de la primera cuestión

142.

Mediante la letra d) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, por vulnerar el artículo 295 CE, el derecho fundamental de propiedad y/o el artículo 20 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (en lo sucesivo, «Acuerdo ADPIC» -en inglés, «TRIPS»-), que figura en el anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (en lo sucesivo, «Acuerdo OMC»), aprobado en nombre de la Comunidad, por lo que respecta a los temas de su competencia, mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994 (DO L 336, p. 1).

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

143.

Las demandantes del litigio principal sostienen que los artículos 5 y 7 de la Directiva vulneran el artículo 295 CE, así como el derecho fundamental de propiedad y/o el artículo 20 del Acuerdo ADPIC, que establece que no se complicará injustificablemente el uso de una marca de comercio con exigencias especiales como, por ejemplo, el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Alegan a este respecto que el gran tamaño de las nuevas advertencias en materia de salud previstas en el artículo 5 de la Directiva obstaculiza considerablemente sus derechos de propiedad intelectual. En efecto, dichas advertencias acaparan el aspecto general de los embalajes de los productos del tabaco y, en consecuencia, limitan, si no imposibilitan, el uso de las marcas por los fabricantes de tales productos. Asimismo, afirman que la prohibición total de utilizar los términos descriptivos que figuran en el artículo 7 de la Directiva va a privarles de varias de sus marcas registradas, puesto que ya no estarán autorizados a utilizarlas.

144.

Según Japan Tobacco, el artículo 7 de la Directiva le prohíbe ejercer sus derechos de propiedad intelectual al impedirle utilizar su marca Mild Seven en la Comunidad y al privarle del beneficio económico de sus licencias exclusivas sobre dicha marca. Semejante efecto supone, en particular, que se vulnere el derecho de propiedad, reconocido como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico comunitario, protegido por el artículo 1, párrafo primero, del Protocolo adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, e igualmente consagrado en el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

145.

Los Gobiernos helénico y luxemburgués alegan que el artículo 7 de la Directiva vulnera los derechos de propiedad intelectual de los fabricantes de productos del tabaco y perjudica sus resultados económicos, puesto que prohibir totalmente el uso de ciertos términos descriptivos equivale simple y llanamente a prohibir ciertas marcas registradas conforme a Derecho por dichos fabricantes.

146.

Los Gobiernos del Reino Unido, belga, francés, neerlandés y sueco, así como el Parlamento, el Consejo y la Comisión alegan, en primer lugar, que las disposiciones de la Directiva no inciden en modo alguno en el régimen de la propiedad en los Estados miembros, conforme al artículo 295 CE. A continuación, afirman que el derecho fundamental de propiedad no constituye un derecho absoluto, sino que puede verse limitado por motivos de interés general como, en el presente caso, la protección de la salud pública. Por último, consideran que el Acuerdo ADPIC no tiene efecto directo y que, en cualquier caso, las disposiciones de la Directiva no son contrarias al artículo 20 de dicho Acuerdo, puesto que no impiden que cada fabricante de cigarrillos continúe utilizando su marca distinguiéndola de las demás mediante los términos, símbolos, colores y dibujos que le son propios y que puede hacer constar en las superficies disponibles del embalaje de los productos del tabaco.

Apreciación del Tribunal de Justicia

147.

Por lo que respecta, en primer lugar, a la validez de la Directiva con respecto al artículo 295 CE, procede recordar que, según dicha disposición, el Tratado «no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». La mencionada disposición se limita a conceder a los Estados miembros la facultad de definir el régimen del derecho de propiedad, sin prohibir toda intervención comunitaria que incida en el ejercicio del derecho de propiedad (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente pp. 499 y 500).

148.

Ahora bien, debe señalarse que, en el presente caso, la Directiva no afecta en modo alguno al régimen de la propiedad en los Estados miembros, conforme al artículo 295 CE, y que este último artículo carece de pertinencia por lo que respecta a la eventual incidencia de la Directiva en el ejercicio por los fabricantes de productos del tabaco de su derecho de marca sobre tales productos.

149.

A continuación, en lo que atañe a la validez de la Directiva con respecto al derecho de propiedad, ha de recordarse que, según jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal derecho forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, pero no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados (véanse, en particular, las sentencias de 11 de julio de 1989, Schröder, 265/87, Rec. p. 2237, apartado 15; de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo, C-280/93, Rec. p. I-4973, apartado 78, y de 29 de abril de 1999, Standley y otros, C-293/97, Rec. p. I-2603, apartado 54).

150.

De los apartados 131 y 132 de la presente sentencia resulta que el artículo 5 de la Directiva tiene por único efecto limitar el derecho de los fabricantes de productos del tabaco a utilizar el espacio de algunas de las caras de los paquetes de cigarrillos o de las unidades de envasado de tales productos para colocar en él sus marcas, sin menoscabar la esencia de su derecho de marca, efecto con el que se pretende garantizar un nivel elevado de protección de la salud en la supresión de las trabas derivadas de las legislaciones nacionales en materia de etiquetado. El artículo 5 de la Directiva constituye, a la luz de este análisis, una restricción proporcionada al ejercicio del derecho de propiedad, compatible con la protección que confiere a éste el Derecho comunitario.

151.

Procede recordar que, como se deriva de los apartados 134 a 141 de la presente sentencia, el artículo 7 de la Directiva pretende garantizar, conforme al principio de proporcionalidad, un nivel elevado de protección de la salud en la armonización de las disposiciones aplicables a la descripción de los productos del tabaco.

152.

Si bien dicho artículo establece la prohibición, limitada al embalaje de los productos del tabaco, de que se utilice una marca que contenga alguno de los elementos descriptivos que contempla, los fabricantes de productos del tabaco pueden continuar, pese a la supresión de dicho elemento descriptivo del embalaje, individualizando sus productos mediante otros signos distintivos. Además, la Directiva fija un plazo suficiente entre su adopción y el inicio de la aplicación de la prohibición que figura en su artículo 7.

153.

Habida cuenta de lo anterior, debe considerarse que las restricciones al derecho de marca que pueden derivarse del artículo 7 de la Directiva responden efectivamente a un objetivo de interés general perseguido por la Comunidad y no constituyen, con respecto al fin deseado, una intervención desmesurada e intolerable que menoscabe la propia esencia del mencionado derecho.

154.

En lo que atañe, por último, a la validez de la Directiva con respecto al artículo 20 del Acuerdo ADPIC, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, la legalidad de un acto comunitario no depende de su conformidad con instrumentos de Derecho internacional que, como el Acuerdo OMC y el Acuerdo ADPIC, que forma parte del primero, no se incluyen en principio, habida cuenta de su naturaleza y sistema, entre las normas con respecto a las cuales el Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias (sentencias de 23 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo, C-149/96, Rec. p. I-8395, apartado 47; Países Bajos/Parlamento y Consejo, antes citada, apartado 52; de 22 de noviembre de 2001, Países Bajos/Consejo, C-301/97, Rec. p. I-8853, apartado 53, y de 12 de marzo de 2002, Omega Air y otros, asuntos acumulados C-27/00 y C-122/00, Rec. p. I-2569, apartado 93).

155.

De la mencionada jurisprudencia se desprende asimismo que tan sólo en el supuesto de que la Comunidad tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC o cuando el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas de los Acuerdos OMC, corresponderá al Tribunal de Justicia controlar la legalidad del acto comunitario de que se trate en relación con las normas de la OMC (sentencias antes citadas Portugal/Consejo, apartado 49; Países Bajos/Consejo, apartado 54, y Omega Air y otros, apartado 94).

156.

Debe declararse que estas circunstancias no se reúnen en el caso de la Directiva, de modo que no procede apreciar su validez a la luz del artículo 20 del Acuerdo ADPIC.

157.

De las anteriores consideraciones relativas a la letra d) de la primera cuestión se desprende que la Directiva no es inválida por vulnerar el artículo 295 CE o el derecho fundamental de propiedad.

Sobre la letra e) de la primera cuestión

158.

Mediante la letra e) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea esencialmente que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, por incumplir la obligación de motivación establecida en el artículo 253 CE.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

159.

Las demandantes del litigio principal alegan fundamentalmente que, aun cuando se admitiera que el legislador comunitario puede legislar de nuevo acerca del contenido de alquitrán y el etiquetado sobre la base del artículo 95 CE, pese a que ambas cuestiones han sido ya objeto de armonización a escala comunitaria, dicha legislación debería, cuando menos, fundarse en una «novedad basada en hechos científicos», conforme al artículo 95 CE, apartado 3. En consecuencia, estiman que la circunstancia de que en la Directiva no se haga referencia alguna a hechos científicos relativos a las nuevas disposiciones en materia de contenido de alquitrán y etiquetado, que figuran en sus artículos 3 y 5, es contraria al artículo 253 CE.

160.

Según Japan Tobacco, la Directiva no cumple las exigencias impuestas por el artículo 253 CE, por cuanto no explica las razones de hecho y de Derecho que han llevado al legislador comunitario a concluir que la prohibición de utilizar ciertos elementos descriptivos prevista en el artículo 7 de la Directiva era necesaria.

161.

El Gobierno alemán sostiene que el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva es inválido, en la medida en que establece una prohibición de fabricación de cigarrillos que no se ajusten a los contenidos máximos de sustancias nocivas y que se destinen a su exportación a países terceros, sin que se indiquen, en los considerandos de dicha Directiva, los motivos por los que la protección de la salud en la Comunidad puede verse considerablemente afectada por una reimportación ilegal de productos del tabaco fabricados en ella.

162.

El Gobierno helénico alega, en particular, que la mera referencia, en el undécimo considerando de la Directiva, a la necesidad de que se adopten normas para velar por que las disposiciones relativas al mercado interior no se vean afectadas no satisface la motivación exigida por el artículo 253 CE, dado que dicho considerando no incluye una descripción general del riesgo existente o futuro, de muy probable concreción, a que se refiere.

163.

El Gobierno luxemburgués considera que la Directiva adolece de un vicio de motivación, puesto que sus considerandos se limitan a reiterar la misma referencia al «buen funcionamiento del mercado interior», sin precisar por qué dicho funcionamiento se vería comprometido de no adoptarse la Directiva.

164.

Según los Gobiernos del Reino Unido, belga, francés, italiano y neerlandés, así como el Parlamento y el Consejo, la Directiva contiene una motivación suficiente con respecto a las exigencias impuestas por el artículo 253 CE. A este respecto, alegan en particular que el legislador comunitario no está obligado a motivar específicamente cada una de las opciones técnicas por las que se inclina.

Apreciación del Tribunal de Justicia

165.

Procede recordar que, si bien es cierto que la motivación que exige el artículo 253 CE debe revelar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la autoridad comunitaria autora del acto impugnado, de modo que los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada y el Tribunal de Justicia ejercer su control, no se exige sin embargo que dicha motivación especifique todas las razones de hecho o de Derecho pertinentes (véase, en particular, la sentencia de 29 de febrero de 1996, Comisión/Consejo, C-122/94, Rec. p. I-881, apartado 29).

166.

Por otra parte, para apreciar el cumplimiento de la obligación de motivación, se debe tener en cuenta no sólo el tenor literal del acto impugnado, sino también su contexto, así como el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. Por consiguiente, si el acto impugnado revela lo esencial de los objetivos perseguidos por la institución, resulta innecesario exigir a ésta una motivación específica para cada una de las opciones de carácter técnico que ha realizado (véase, en particular, la sentencia de 5 de julio de 2001, Italia/Consejo y Comisión, C-100/99, Rec. p. I-5217, apartado 64).

167.

En el caso de la Directiva, procede declarar que se hace constar claramente en sus considerandos que las medidas que contempla tienen por objeto, mediante la aproximación de las normas aplicables en la materia, eliminar las trabas derivadas de las disparidades que, pese a las medidas de armonización ya adoptadas, todavía existen entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, y que obstaculizan el funcionamiento del mercado interior.

168.

En primer lugar, esto es lo que sucede con los tres primeros considerandos de la Directiva, de los que se desprende claramente que ésta tiene por objeto refundir las Directivas 89/622 y 90/239, adaptando y completando sus disposiciones, con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado interior en el sector de los productos del tabaco.

169.

Asimismo, dicha circunstancia se verifica también con respecto a los considerandos quinto, séptimo, noveno, undécimo, decimocuarto, decimonoveno y vigésimo séptimo de la Directiva, que especifican los principales aspectos por los que el legislador comunitario estimaba necesario reforzar las medidas de armonización existentes o adoptar nuevas medidas de armonización en lo que atañe, respectivamente, a los límites máximos de contenido de alquitrán, monóxido de carbono y nicotina autorizados para los cigarrillos; la incidencia de la Directiva en los productos del tabaco exportados desde la Comunidad; las normas para la medición de los contenidos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos; la presentación de las advertencias relativas a la salud y la indicación de dichos contenidos en las unidades de envasado de los productos del tabaco, así como la prohibición de utilizar ciertos elementos descriptivos en los embalajes de los productos del tabaco.

170.

No puede acogerse el argumento según el cual la Directiva debería haberse referido a hechos científicos para justificar las nuevas disposiciones que contiene respecto de las medidas comunitarias adoptadas anteriormente. En efecto, del apartado 80 de la presente sentencia se deriva que el artículo 95 CE no exige que se invoque la evolución de los conocimientos científicos para que el legislador comunitario pueda adoptar medidas basadas en dicha disposición.

171.

Tampoco puede acogerse el argumento conforme al cual la Directiva no está correctamente motivada por cuanto prohíbe fabricar cigarrillos para su exportación a países terceros, puesto que el hecho de que se indique en el undécimo considerando de la Directiva que, por lo que respecta a tales productos, deben adoptarse normas con el fin de que las disposiciones relativas al mercado interior no se vean afectadas constituye una motivación suficiente a este respecto.

172.

De las anteriores consideraciones relativas a la letra e) de la primera cuestión se desprende que la Directiva no es inválida por incumplir la obligación de motivación prevista en el artículo 253 CE.

Sobre la letra f) de la primera cuestión

173.

Mediante la letra f) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, por vulnerar el principio de subsidiariedad.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

174.

Las demandantes del litigio principal alegan que el principio de subsidiariedad se aplica a las medidas que, como la Directiva, afectan al mercado interior y que, cuando adoptó dicha Directiva, el legislador comunitario ignoró por completo este principio o, en cualquier caso, no lo tuvo debidamente en cuenta. En efecto, de haberlo hecho, habría debido llegar a la conclusión de que no era necesario adoptar la Directiva, puesto que las Directivas 89/622 y 90/239 ya preveían normas armonizadas para eliminar los obstáculos a los intercambios de los productos del tabaco. Asimismo, no se ha aportado prueba alguna que demuestre que los Estados miembros no podían adoptar las medidas de protección de la salud pública que estimaran necesarias.

175.

El Gobierno belga y el Parlamento sostienen que el principio de subsidiariedad, en la medida en que sólo surte efectos en aquellos ámbitos que no sean competencia exclusiva de la Comunidad, no se aplica a la Directiva, por cuanto ésta, adoptada con miras a la realización del mercado interior, se encuentra comprendida en dicha competencia exclusiva. De cualquier modo, aun cuando se admitiera que se aplica a la Directiva, tal principio se respetó en el presente caso, dado que la acción contemplada no podía efectuarse satisfactoriamente por los Estados miembros.

176.

Los Gobiernos del Reino Unido, francés, neerlandés y sueco, así como el Consejo y la Comisión, consideran que el principio de subsidiariedad es aplicable en el presente caso y fue respetado por la Directiva. Los Gobiernos del Reino Unido y francés, al igual que la Comisión, alegan que las consideraciones efectuadas en los apartados 30 a 34 de la sentencia Países Bajos/Parlamento y Consejo, antes citada, pueden extrapolarse al presente caso y permiten llegar a la conclusión de que la Directiva es válida a la luz del principio de subsidiariedad. Según el Gobierno neerlandés y la Comisión, cuando se reúnen los requisitos para recurrir al artículo 95 CE, se cumplen igualmente los que el artículo 5 CE, párrafo segundo, exige para una acción comunitaria, en la medida en que, ciertamente, ningún Estado miembro puede por sí solo adoptar las medidas necesarias para impedir cualquier divergencia entre las legislaciones de los Estados miembros que afecte a los intercambios.

Apreciación del Tribunal de Justicia

177.

El principio de subsidiariedad se consagra en el artículo 5 CE, párrafo segundo, a cuyo tenor, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

178.

El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, precisa, en su apartado 3, que el principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia.

179.

Con carácter preliminar, procede indicar que el principio de subsidiariedad se aplica cuando el legislador comunitario recurre al artículo 95 CE, en la medida en que dicha disposición no le concede competencia exclusiva para regular las actividades económicas en el mercado interior, sino únicamente competencia para mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento de éste, mediante la eliminación de obstáculos a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios o la supresión de distorsiones de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia sobre la publicidad del tabaco, apartados 83 y 95).

180.

En lo que atañe a la cuestión de si la Directiva se adoptó conforme al principio de subsidiariedad, procede examinar en primer lugar si el objetivo de la acción contemplada podía lograrse mejor a nivel comunitario.

181.

A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado, en el apartado 124 de la presente sentencia, que la Directiva tiene por objetivo eliminar las trabas derivadas de las disparidades que todavía existen entre las disposiciones de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, garantizando un nivel de protección elevado en materia de salud, conforme al artículo 95 CE, apartado 3.

182.

Dicho objetivo no puede alcanzarse de manera satisfactoria mediante una acción emprendida únicamente por los Estados miembros y requiere una acción a nivel comunitario, como demuestra la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales en el presente caso (véase el apartado 61 de la presente sentencia).

183.

De lo anterior se deriva que, en el caso de la Directiva, el objetivo de la acción contemplada podía lograrse mejor a nivel comunitario.

184.

En segundo lugar, procede declarar que la intensidad de la acción emprendida por la Comunidad en el presente caso respeta también las exigencias del principio de subsidiariedad por cuanto, como se desprende de los apartados 122 a 141 de la presente sentencia, dicha acción no excede la medida necesaria para alcanzar el objetivo que pretende conseguir.

185.

De las anteriores consideraciones relativas a la letra e) de la primera cuestión se desprende que la Directiva no es inválida por vulnerar el principio de subsidiariedad.

Sobre la letra g) de la primera cuestión

186.

Mediante la letra g) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si la Directiva es inválida, en su totalidad o en parte, por adolecer de desviación de poder.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

187.

Las demandantes del litigio principal y el Gobierno helénico sostienen que la Directiva adolece de desviación de poder, en la medida en que su único objetivo es la protección de la salud pública y no el desarrollo del mercado interior ni de la política comercial común. Alegan, en particular, que la prohibición de fabricar cigarrillos para su exportación se estableció exclusivamente para proteger la salud de los residentes en países terceros.

188.

Según los Gobiernos del Reino Unido, belga, francés, neerlandés y sueco, así como el Parlamento y el Consejo, la alegación basada en la desviación de poder parte de la base errónea de que la Directiva constituye una medida de salud pública encubierta.

Apreciación del Tribunal de Justicia

189.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un acto sólo adolece de desviación de poder cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (véanse las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, Rec. p. I-4023, apartado 24; de 13 de julio de 1995, Parlamento/Comisión, C-156/93, Rec. p. I-2019, apartado 31; de 14 de mayo de 1998, Windpark Groothusen/Comisión, C-48/96 P, Rec. p. I-2873, apartado 52, y de 22 de noviembre de 2001, Países Bajos/Consejo, C-110/97, Rec. p. I-8763, apartado 137).

190.

En lo que atañe concretamente a la exclusión expresa, enunciada en el artículo 129, apartado 4, primer guión, del Tratado CE (actualmente artículo 152 CE, apartado 4, párrafo primero, tras su modificación), de toda armonización de

las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros destinadas a proteger y mejorar la salud humana, el Tribunal de Justicia ha declarado que el recurso a otros artículos del Tratado como base jurídica no puede ser utilizado para eludir dicha exclusión (sentencia sobre la publicidad del tabaco, apartado 79). Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha precisado que, si se cumplen los requisitos para recurrir a los artículos 100 A del Tratado, 57, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 47 CE, apartado 2, tras su modificación) y 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE) como base jurídica, no puede impedirse al legislador comunitario que se funde en dicha base jurídica por el hecho de que la protección de la salud pública sea determinante en las decisiones que deben tomarse (sentencia sobre la publicidad del tabaco, apartado 88).

191.

Pues bien, por un lado, tal como se declara en el apartado 91 de la presente sentencia, se cumplían en el caso de la Directiva los requisitos para recurrir al artículo 95 CE y, por otro lado, no ha quedado demostrado de modo alguno que tal Directiva hubiera sido adoptada con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar un objetivo distinto de la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior en el sector de los productos del tabaco.

192.

De las anteriores consideraciones relativas a la letra g) de la primera cuestión se desprende que la Directiva no es inválida por adolecer de desviación de poder.

Sobre la respuesta a la primera cuestión en su conjunto

193.

Procede responder a la primera cuestión en su conjunto que su examen no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez de la Directiva.

Sobre la segunda cuestión

194.

Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si debe interpretarse el artículo 7 de la Directiva en el sentido de que se aplica únicamente a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad o de que abarca también los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

195.

Según las demandantes del litigio principal, los Gobiernos helénico, irlandés, luxemburgués, neerlandés y sueco, así como el Parlamento, el Consejo y la Comisión, procede interpretar el artículo 7 de la Directiva en el sentido de que no se aplica a los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros, sino únicamente a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad.

196.

A este respecto, alegan en primer lugar que la voluntad del legislador comunitario de aplicar también la prohibición establecida en el artículo 7 de la Directiva a los productos destinados a la exportación a países terceros no se deriva ni del tenor de dicha disposición ni de los considerandos de la Directiva, incluido el vigésimo séptimo.

197.

A continuación, sostienen que dicha norma, habida cuenta de los efectos desfavorables que la prohibición que establece surte en relación con los fabricantes de productos del tabaco, debe ser objeto de una interpretación restrictiva en lo que atañe a su ámbito de aplicación.

198.

Por último, consideran que, como se desprende del vigésimo séptimo considerando de la Directiva, el objetivo de su artículo 7 es evitar que se menoscaben los requisitos en materia de etiquetado impuestos por el artículo 5 de dicha Directiva. En consecuencia, debe considerarse que ambas disposiciones tienen el mismo ámbito de aplicación. Ahora bien, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva establece un régimen lingüístico específico a los efectos de aquélla, basado en las lenguas oficiales de los Estados miembros, de modo que sólo se aplica a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad.

199.

Según los Gobiernos del Reino Unido, belga, francés, italiano y finlandés, debe interpretarse el artículo 7 de la Directiva en el sentido de que se aplica también a los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros.

200.

En primer lugar, alegan a este respecto que, cuando el artículo 7 de la Directiva dispone que no pueden utilizarse ciertos términos descriptivos «en las unidades de envasado de productos del tabaco», el alcance de esta prohibición no se encuentra limitado en función del lugar de consumo posterior de dichos productos.

201.

A continuación, sostienen que el artículo 152 CE, apartado 1, exige que, al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad, se garantice un alto nivel de protección de la salud humana. Esta obligación se extiende a la

política comercial común, lo que sugiere también que si el legislador comunitario hubiera deseado excluir las exportaciones a países terceros del ámbito de aplicación del artículo 7, lo habría indicado expresamente.

202.

Por último, alegan que los elementos descriptivos que deben figurar en las unidades de envasado de los productos del tabaco deben ser idénticos sea cual fuere su destino, habida cuenta del riesgo de que se reintroduzcan en la Comunidad productos destinados a la exportación a países terceros.

Apreciación del Tribunal de Justicia

203.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para la interpretación de una disposición de Derecho comunitario procede tener en cuenta no sólo el tenor de ésta, sino también su contexto y los objetivos que pretende alcanzar la normativa de que forma parte (véanse las sentencias de 14 de octubre de 1999, Adidas, C-223/98, Rec. p. I-7081, apartado 23; de 18 de mayo de 2000, KVS International, C-301/98, Rec. p. I-3583, apartado 21; de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión, C-156/98, Rec. p. I-6857, apartado 50, y de 14 de junio de 2001, Kvaerner, C-191/99, Rec. p. I-4447, apartado 30).

204.

A este respecto, procede declarar que el tenor del artículo 7 de la Directiva no permite por sí solo determinar si la prohibición que contiene se aplica únicamente a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad o si se refiere también a los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros.

205.

El artículo 7 de la Directiva difiere en este punto de su artículo 3, del que se desprende claramente que las disposiciones que prevé en relación con los contenidos máximos de sustancias nocivas de los cigarrillos se aplican también a los fabricados en la Comunidad para su exportación. A diferencia de su artículo 7, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva prevé, en particular, un plazo adicional para que comiencen a surtir efectos las disposiciones contempladas en su apartado 1 en relación con los cigarrillos destinados a la exportación a países terceros.

206.

En consecuencia, para interpretar el artículo 7 de la Directiva en lo que atañe a su ámbito de aplicación, procede tener en cuenta el contexto integrado por las demás disposiciones de la Directiva.

207.

A este respecto, del vigésimo séptimo considerando de la Directiva se desprende que su artículo 7 tiene por objeto, en particular, impedir que se vean menoscabados los requisitos de la Directiva en materia de etiquetado, que se definen en su artículo 5.

208.

En el sistema de la Directiva, los artículos 5 y 7 constituyen, en efecto, dos disposiciones complementarias, puesto que el artículo 5, apartado 1, prevé que se indiquen en los paquetes de cigarrillos los contenidos de sustancias nocivas, de modo que se garantice que el consumidor recibe información objetiva acerca de la nocividad de los productos del tabaco derivada de dichas sustancias, mientras que el artículo 7 prohíbe la utilización de elementos descriptivos que puedan inducir a error al consumidor a este respecto.

209.

Ahora bien, del artículo 5 de la Directiva se desprende que tal artículo sólo establece requisitos en materia de etiquetado de los productos del tabaco en relación con aquellos de dichos productos que vayan a ser comercializados en la Comunidad.

210.

Esta interpretación se deriva, en particular, del hecho de que el artículo 5, apartado 6, letra e), de la Directiva disponga que el texto de las advertencias y de las indicaciones relativas al contenido que exige dicho artículo debe imprimirse «en la o las lenguas oficiales del Estado miembro en cuyo mercado se comercialice el producto».

211.

Por lo que respecta a los objetivos perseguidos por la Directiva, procede recordar que su objeto principal es mejorar el funcionamiento del mercado interior en el sector de los productos del tabaco, garantizando un nivel elevado de protección de la salud.

212.

En consecuencia, debe considerarse que, en principio, las disposiciones de la Directiva se refieren únicamente a los productos del tabaco destinados a ser comercializados en el mercado interior.

213.

Es cierto que, en lo que atañe al artículo 3 de la Directiva, el Tribunal de Justicia ha reconocido, en los apartados 82 a 91 de la presente sentencia, que el riesgo de que el mercado interior se vea afectado puede justificar que se adopte, sobre la base del artículo 95 CE, una disposición que se refiera a productos exportados a países terceros, al tratarse de una medida destinada a evitar que se eludan las disposiciones previstas para el mercado interior.

214.

Sin embargo, el legislador comunitario ha dispuesto expresamente en este caso que se aplique el artículo 3 de la Directiva a los productos del tabaco destinados a la exportación a países terceros, por estimar que existe un riesgo de que se eludan las disposiciones de la Directiva relativas a los contenidos máximos de sustancias nocivas de los cigarrillos, vinculado a eventuales reimportaciones ilícitas en la Comunidad o a posibles desviaciones del tráfico comercial en el interior de ésta.

215.

Por el contrario, el artículo 7 de la Directiva se refiere, al igual que su artículo 5, a la presentación de los productos del tabaco y no a su composición. Pues bien, los riesgos de que el mercado interior se vea afectado como consecuencia de la comercialización ilícita, por un lado, de cigarrillos que no se ajusten a las exigencias de la Directiva por lo que respecta a los contenidos máximos de sustancias nocivas y, por otro lado, de productos del tabaco que no cumplan los requisitos impuestos por la Directiva en materia de etiquetado y menciones que han de figurar en su embalaje no tienen necesariamente la misma amplitud ni la misma naturaleza, sin que obliguen a adoptar las mismas medidas.

216.

Por consiguiente, a falta de indicaciones en este sentido en la Directiva, no hay por qué presumir que el legislador comunitario deseaba completar la prohibición de comercializar en la Comunidad productos del tabaco que no se ajusten a los requisitos del artículo 7 de la Directiva con una prohibición similar relativa a los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros.

217.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 7 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se aplica únicamente a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad.

Costas

218.

Los gastos efectuados por los Gobiernos del Reino Unido, belga, alemán, helénico, francés, irlandés, italiano, luxemburgués, neerlandés, finlandés y sueco, así como por el Parlamento, el Consejo y la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), mediante resolución de 6 de diciembre de 2001, declara:

1) El examen de la primera cuestión no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco.

2) El artículo 7 de la Directiva 2001/37 debe interpretarse en el sentido de que se aplica únicamente a los productos del tabaco comercializados en la Comunidad Europea.

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 10 de diciembre de 2002.

Firmas

AVISO JURÍDICO IMPORTANTE: La información que se ofrece en estas páginas está sujeta a una cláusula de exención de responsabilidad y a un aviso de Copyright

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)
de 12 de julio de 2006 (*)

«Política exterior y de seguridad común – Medidas restrictivas contra las personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes – Competencia de la Comunidad – Congelación de fondos – Principio de subsidiariedad – Derechos fundamentales – Ius cogens – Control jurisdiccional – Recurso de anulación»

En el asunto T-253/02,

Chafiq Ayadi, con domicilio en Dublín (Irlanda), representado inicialmente por los Sres. A. Lyon y H. Miller y la Sra. M. Willis-Stewart, Solicitors, y el Sr. S. Cox, Barrister, y posteriormente por los Sres. Lyon, Miller y Cox, parte demandante,

contra

Consejo, representado por los Sres. M. Vitsentzatos y M. Bishop, en calidad de agentes, parte demandada,

apoyado por

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, representado inicialmente por el Sr. J. Collins, posteriormente por la Sra. R. Caudwell, en calidad de agentes, asistida por la Sra. S. Moore, Barrister, y por

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. C. Brown y M. Wilderspin, en calidad de agentes, parte coadyuvante en el asunto,

que tiene por objeto una pretensión de anulación parcial del Reglamento (CE) nº 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 467/2001 del Consejo por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán (DO L 139 p. 9),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Segunda),

integrado por el Sr. J. Pirrung, Presidente, y los Sres. N.J. Forwood y S. Pappasavvas, Jueces;

Secretario: Sr. J. Plingers, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 25 de octubre de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

Marco jurídico

1 Según el artículo 24, apartado 1, de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco (Estados Unidos) el 26 de junio de 1945, los miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) «confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad».

2 A tenor del artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, «los Miembros de [la ONU] convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta».

3 Con arreglo al artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas:

«El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.»

4 En virtud del artículo 48, apartado 2, de la Carta de las Naciones Unidas, las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales «serán llevadas a cabo por los Miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte».

5 Conforme al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, «en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta».

6 A tenor del artículo 11 UE, apartado 1,

«La Unión definirá y realizará una política exterior y de seguridad común, que abarcará todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad y cuyos objetivos serán los siguientes:

- la defensa de los valores comunes, de los intereses fundamentales y de la independencia e integridad de la Unión, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas;
- el fortalecimiento de la seguridad de la Unión en todas sus formas;

– el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas [...]»

7 Según el artículo 301 CE:

«Cuando una posición común o una acción común, adoptadas con arreglo a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea relativas a la política exterior y de seguridad común, impliquen una acción de la Comunidad para interrumpir o reducir parcialmente o en su totalidad las relaciones económicas con uno o varios terceros países, el Consejo adoptará las medidas urgentes necesarias. El Consejo decidirá por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión.»

8 El artículo 60 CE dispone:

«1. Si, en los casos contemplados en el artículo 301, se considerare necesaria una acción de la Comunidad, el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 301, podrá tomar las medidas urgentes que sean necesarias sobre movimiento de capitales y sobre pagos respecto de los terceros países de que se trate.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 297 y hasta tanto el Consejo no haya tomado medidas con arreglo al apartado 1, un Estado miembro podrá, por razones políticas graves y por motivos de urgencia, tomar medidas unilaterales contra un tercer país en lo relativo a los movimientos de capitales y a los pagos. La Comisión y los demás Estados miembros deberán ser informados de dichas medidas a más tardar en la fecha de entrada en vigor de las mismas.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá acordar que el Estado miembro de que se trate deba modificar o suprimir tales medidas. El Presidente del Consejo informará al Parlamento Europeo de las medidas que tome el Consejo.»

9 Según el artículo 307 CE, párrafo primero:

«Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.»

10 Por último, el artículo 308 CE dispone:

«Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.»

Antecedentes del litigio

11 El 15 de octubre de 1999, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, «Consejo de Seguridad») aprobó la Resolución 1267 (1999), en la que condenaba el persistente uso de territorio afgano para dar refugio y adiestramiento a terroristas y planear actos de terrorismo, reafirmaba su convicción de que la represión del terrorismo internacional es esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y deploraba el hecho de que los talibanes siguieran proporcionando un refugio seguro a Usama bin Laden (Usamah bin Ladin en la mayoría de las versiones españolas de los documentos aprobados por las instituciones comunitarias) y permitiendo que él y sus asociados dirigieran una red de campamentos de adiestramiento de terroristas en territorio controlado por los talibanes y utilizaran Afganistán como base para patrocinar operaciones terroristas internacionales. En el párrafo 2 de dicha Resolución, el Consejo de Seguridad exigió que los talibanes entregasen sin más demora a Usama bin Laden a las autoridades competentes. A fin de dar cumplimiento a dicha obligación, el párrafo 4, apartado b), de la Resolución 1267 (1999), dispuso que todos los Estados «congelarán los fondos y otros recursos financieros, incluidos los fondos producidos o generados por bienes de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, o de cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control, que designe el Comité establecido en virtud del párrafo 6 *infra*, y velarán por que ni dichos fondos ni ningún otro fondo o recurso financiero así designado sea facilitado por sus nacionales o cualquier otra persona dentro de su territorio a los talibanes o en beneficio de ellos o cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, excepto los que pueda autorizar el Comité en cada caso, por razones de necesidad humanitarias».

12 En el párrafo 6 de la Resolución 1267 (1999), el Consejo de Seguridad decidió establecer, de conformidad con el artículo 28 de su Reglamento provisional, un comité del Consejo de Seguridad compuesto de todos los miembros del Consejo (en lo sucesivo, «Comité de Sanciones»), encargado en particular de velar por que los Estados aplicasen las medidas previstas en el párrafo 4, designar los fondos u otros recursos financieros contemplados en dicho párrafo 4 y considerar las peticiones de exención de las medidas impuestas por ese mismo párrafo 4.

13 Al considerar que para aplicar esa Resolución era necesaria una acción de la Comunidad, el Consejo adoptó el 15 de noviembre de 1999 la Posición común 1999/727/PESC, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra los talibanes (DO L 294, p. 1). El artículo 2 de esa Posición común ordenaba la congelación de los fondos y otros recursos financieros de que dispusieran los talibanes en el extranjero, según lo dispuesto en la Resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad.

14 El 14 de febrero de 2000, el Consejo aprobó el Reglamento (CE) nº 337/2000, relativo a la prohibición de vuelos y a la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán (DO L 43, p. 1), tomando como base jurídica los artículos 60 CE y 301 CE.

15 El 19 de diciembre de 2000, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1333 (2000), por la que exigía a los talibanes que cumplieran la Resolución 1267 (1999), en particular, dejando de dar refugio y de entrenar a terroristas internacionales y a sus organizaciones y entregando a Usama bin Laden a las autoridades competentes para que fuera debidamente enjuiciado. El Consejo de Seguridad decidió, entre otras cosas, reforzar la prohibición de vuelos y la congelación de fondos impuestas por la Resolución 1267 (1999). Así, el párrafo 8, apartado c), de la Resolución 1333 (2000) dispuso que todos los Estados debían «congelar sin demora los fondos y otros activos financieros de Usama bin Laden y de las personas y entidades con él asociados indicados por el [Comité de Sanciones], incluidos los de la organización Al-Qaida y los fondos dimanantes u obtenidos de bienes poseídos o controlados directa o indirectamente por Usama bin Laden y las personas y entidades con él asociados, y velar por que esos u otros fondos o recursos financieros no sean utilizados, directa o indirectamente, por sus nacionales o por personas que se hallen en su territorio en beneficio de Usama bin Laden, las personas asociadas con él o entidades poseídas o controladas directa o indirectamente por Usama bin Laden o personas o entidades con él asociadas, incluida la organización Al-Qaida».

16 En esta misma disposición, el Consejo de Seguridad encargó al Comité de Sanciones que mantuviera una lista actualizada, basada en información suministrada por los Estados y organizaciones regionales, de las personas y entidades que se hubiera indicado que estaban asociadas con Usama bin Laden, incluida la organización Al-Qaida.

17 En el párrafo 17 de la Resolución 1333 (2000), el Consejo de Seguridad instó a todos los Estados y a todas las organizaciones internacionales o regionales, incluso las Naciones Unidas y sus organismos especializados, a que actuaran estrictamente de conformidad con lo dispuesto en la citada Resolución, no obstante la existencia de derechos u obligaciones reconocidos o impuestos por acuerdos internacionales.

18 En el párrafo 23 de la Resolución 1333 (2000), el Consejo de Seguridad decidió que las medidas impuestas en el párrafo 8 estarían en vigor durante doce meses y que al final de ese período el Consejo decidiría si prorrogaba esas medidas por un nuevo período con las mismas condiciones.

19 Al considerar que para aplicar esa Resolución era necesaria una acción de la Comunidad, el Consejo adoptó el 26 de febrero de 2001 la Posición común 2001/154/PESC, relativa a la adopción de medidas restrictivas adicionales contra los talibanes y por la que se modifica la Posición común 96/746/PESC (DO L 57, p. 1). El artículo 4 de esa Posición común dispone:

«Se congelarán los fondos y otros activos financieros de Usama Bin Laden y de personas y entidades asociadas a él, tal como las designa el [Comité de Sanciones], y no se pondrán a disposición de Usama Bin Laden ni de personas y entidades asociadas a él, tal como las designa el [Comité de Sanciones], fondos y otros recursos financieros, con arreglo a las condiciones establecidas en la Resolución 1333 (2000) [...]»

20 El 6 de marzo de 2001, el Consejo aprobó el Reglamento nº 467/2001, por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán y se deroga el Reglamento nº 337/2000 (DO L 67, p. 1), tomando como base jurídica los artículos 60 CE y 301 CE.

21 Según el tercer considerando de dicho Reglamento, las medidas establecidas por la Resolución 1333 (2000) «entran en el ámbito de aplicación del Tratado y, por ello, y en particular con el fin de evitar toda distorsión de la competencia, se necesita legislación comunitaria para aplicar las decisiones pertinentes del Consejo de Seguridad en el territorio de la Comunidad».

22 El artículo 1 del Reglamento nº 467/2001 define el significado de los términos «capitales» y «congelación de capitales».

23 Conforme al artículo 2 del Reglamento nº 467/2001:

«1. Se congelarán todos los fondos y demás recursos financieros pertenecientes a cualquier persona física o jurídica, entidad u organismo señalados por el [Comité de Sanciones] y enumerados en el anexo I.

2. Se prohíbe poner a disposición, directa o indirectamente, de las personas, entidades u organismos señalados por el [Comité de Sanciones] y enumerados en el anexo I, o utilizar en beneficio suyo, fondos u otros recursos financieros.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán a los fondos u otros recursos financieros en relación con los cuales el [Comité de Sanciones] haya concedido excepciones. Estas excepciones se obtendrán por mediación de las autoridades competentes de los Estados miembros enumeradas en el anexo II.»

24 Con arreglo al artículo 9, apartado 2, del Reglamento nº 467/2001, «las excepciones concedidas por el Comité de sanciones contra los talibanes serán aplicables en todo el territorio de la Comunidad».

25 El anexo I del Reglamento nº 467/2001 contiene la lista de personas, entidades y organismos a quienes se aplica la congelación de fondos impuesta por el artículo 2. Según el artículo 10, apartado 1, del Reglamento nº 467/2001, la Comisión será competente para modificar o completar dicho anexo I sobre la base de las decisiones del Consejo de Seguridad o del Comité de Sanciones.

26 El anexo II del Reglamento nº 467/2001 contiene la lista de las autoridades nacionales competentes para la aplicación, entre otros, del artículo 2, apartado 3. En Irlanda dichas autoridades son, por una parte, el Central Bank of Ireland, Financial Markets Department, y por otra, el Department of Foreign Affairs, Bilateral Economic Relations Section.

27 El 8 de marzo de 2001, el Comité de Sanciones publicó la primera lista refundida de las entidades y personas que debían ser sometidas a la congelación de fondos en virtud de las Resoluciones 1267 (1999) y 1333 (2000) del Consejo de Seguridad. Posteriormente dicha lista ha sido modificada y completada en varias ocasiones. Por lo tanto, la Comisión ha aprobado diversos Reglamentos basados en el artículo 10 del Reglamento nº 467/2001 a fin de modificar o completar el anexo I de este Reglamento.

28 El 19 de octubre de 2001, el Comité de Sanciones publicó un nuevo *addendum* a su lista de 8 de marzo de 2001, en el que figuraba, entre otros, el nombre del demandante, identificado como:

«Bin Muhammad, Ayadi Chafiq (A. K. A. Ayadi Shafiq, Ben Muhammad; A. K. A. Ayadi Chafik, Ben Muhammad; A. K. A. Aiadi, Ben Muhammad; A. K. A. Aiady, Ben Muhammad), Helene Meyer Ring 10-1415-80809, Munich, Germany; 129 Park Road, NW8, London, England; 28 Chausse Di Lille, Moscron, Belgium; Darvingasse 1/2/58-60, Vienna, Austria; Tunisia; DOB: 21 January 1963; POB: Safais (Sfax), Tunisia.»

29 El mismo día, la Comisión aprobó el Reglamento (CE) nº 2062/2001, que modifica por tercera vez el Reglamento (CE) nº 467/2001 (DO L 277, p. 25). En virtud del artículo 1 de dicho Reglamento, se añadió al anexo I del Reglamento nº 467/2001 el nombre del demandante, identificado como:

«BIN MUHAMMAD, Ayadi Chafiq (alias Ayadi Shafiq, Ben Muhammad) (alias Ayadi Chafik, Ben Muhammad) (alias Aiadi, Ben Muhammad) (alias Aiady, Ben Muhammad), Helene Meyer Ring 10-1415-80809, Munich, Alemania; 129 Park Road, NW8, London, England; 28 Chaussée De Lille, Mouscron, Belgium; Darvingasse 1/2/58-60, Vienna, Austria; Tunisia; fecha de nacimiento: 21 de enero de 1963; nacido en Safais (Sfax), Túnez.»

30 El 16 de enero de 2002, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1390 (2002), que determinaba las medidas que procedía imponer con respecto a Osama bin Laden, los miembros de la organización Al-Qaida y los talibanes y otras personas, grupos, empresas y entidades con ellos asociados. En sus párrafos 1 y 2, dicha Resolución disponía, esencialmente, que se mantendrían las medidas impuestas en el párrafo 4, apartado b), de la Resolución 1267 (1999) y en el párrafo 8, apartado c), de la Resolución 1333 (2000), en particular la congelación de fondos. Con arreglo al párrafo 3 de la Resolución 1390 (2002), dichas medidas serían revisadas al cabo de 12 meses por el Consejo de Seguridad y al término de ese período aquél las mantendría en vigor o decidiría mejorarlas.

31 Al considerar que para aplicar esa Resolución era necesaria una acción de la Comunidad, el Consejo aprobó el 27 de mayo de 2002 la Posición común 2002/402/PESC, por la que se adoptan medidas restrictivas contra Usamah bin Ladin, los miembros de la organización Al-Qaida, los talibanes y otras personas, grupos, empresas y entidades asociadas a ellos y se derogan las Posiciones comunes 96/746/PESC, 1999/727 PESC, 2001/154 PESC y 2001/771/PESC (DO L 139, p. 4). El artículo 3 de esa Posición común ordena que prosiga la congelación de los fondos y otros activos financieros o recursos económicos de las personas, grupos, empresas y entidades contempladas en la lista establecida por el Comité de Sanciones de conformidad con las Resoluciones 1267 (1999) y 1333 (2000) del Consejo de Seguridad.

32 El 27 de mayo de 2002, tomando como base jurídica los artículos 60 CE, 301 CE y 308 CE, el Consejo aprobó el Reglamento (CE) nº 881/2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento nº 467/2001 (DO L 139, p. 9; en lo sucesivo, «Reglamento impugnado»).

33 Según el cuarto considerando de dicho Reglamento, las medidas establecidas, en particular, por la Resolución 1390 (2002) del Consejo de Seguridad «entran en el ámbito de aplicación del Tratado. Por ello, y sobre todo para evitar toda distorsión de la competencia, se necesita legislación comunitaria a fin de aplicar las decisiones pertinentes del Consejo de Seguridad en el territorio de la Comunidad».

34 El artículo 1 del Reglamento impugnado define los «fondos» y la «congelación de fondos» en términos sustancialmente idénticos a los utilizados en el artículo 1 del Reglamento nº 467/2001. Asimismo, define lo que ha de entenderse por «recursos económicos».

35 El artículo 2 del Reglamento impugnado está redactado así:

«1. Se congelarán todos los fondos y recursos económicos cuya propiedad, pertenencia o tenencia la ostente una persona física o jurídica, grupo o entidad designados por el Comité de Sanciones e incluidos en la lista del anexo I.

2. Se prohíbe poner a disposición de las personas físicas y jurídicas, grupos o entidades señalados por el Comité de Sanciones y enumerados en el anexo I, o utilizar en beneficio suyo, directa o indirectamente, cualquier tipo de fondos.

3. Ningún tipo de recurso económico se pondrá a disposición, directa ni indirectamente, de las personas físicas o jurídicas, grupos y entidades señalados por el Comité de Sanciones y enumerados en el anexo I, ni se utilizará en su beneficio, de modo que las personas, grupos o entidades puedan obtener fondos, mercancías o servicios.»

36 A tenor del artículo 4 del Reglamento impugnado:

«1. Asimismo, queda prohibida la participación consciente e intencionada en actividades cuyo objeto o efecto sea eludir las disposiciones del artículo 2 o fomentar directa o indirectamente las transacciones a que se refiere el artículo 3.

2. Cualquier información que indique que las disposiciones del presente Reglamento están siendo o han sido eludidas se notificará a las autoridades competentes de los Estados miembros y, directamente o por mediación de esas autoridades, a la Comisión.»

37 El artículo 7, apartado 2, del Reglamento impugnado establece que «sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados miembros conforme a la Carta de las Naciones Unidas, la Comisión mantendrá todos los contactos necesarios con el Comité de Sanciones con vistas a la aplicación efectiva del presente Reglamento».

38 El anexo I del Reglamento impugnado contiene la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplica la congelación de fondos impuesta en el artículo 2. En dicha lista figura, entre otros, el nombre del demandante, identificado como:

«Bin Muhammad, Ayadi Chafiq (alias Ayadi Shafiq, Ben Muhammad; alias Ayadi Chafik, Ben Muhammad; alias Aiadi, Ben Muhammad; alias Aiady, Ben Muhammad), Helene Meyer Ring 10-1415-80809, Munich, Alemania; 129 Park Road, Londres NW8, Reino Unido; 28 Chaussée de Lille, Mouscron, Bélgica; Darvingasse 1/2/58-60, Viena, Austria; Túnez; nacido el 21.1.1963, Safais (Sfax), Túnez.»

39 El 20 de diciembre de 2002, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1452 (2002), destinada a facilitar el cumplimiento de las obligaciones de lucha contra el terrorismo. El párrafo 1 de dicha Resolución dispone que los Estados pueden conceder por razones humanitarias un cierto número de excepciones a la congelación de fondos y de recursos económicos impuesta por la Resoluciones 1267 (1999), 1333 (2000) y 1390 (2002), siempre que el Comité de Sanciones lo haya aprobado.

40 El 17 de enero de 2003, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1455 (2003), destinada a mejorar la aplicación de las medidas impuestas en virtud del párrafo 4, apartado b), de la Resolución 1267 (1999), del párrafo 8, apartado c), de la Resolución 1333 (2000) y de los párrafos 1 y 2 de la Resolución 1390 (2002). Con arreglo al párrafo 2 de la Resolución 1455 (2003), dichas medidas se volverían a mejorar en un plazo de doce meses, o antes de esa fecha en caso necesario.

41 Al considerar que para aplicar la Resolución 1452 (2002) del Consejo de Seguridad era necesaria una acción de la Comunidad, el Consejo adoptó el 27 de febrero de 2003 la Posición común 2003/140/PESC, relativa a excepciones a las medidas restrictivas impuestas por la Posición común 2002/402 (DO L 53, p. 62). El artículo 1 de esa Posición común dispone que, al aplicar las medidas a que se refiere el artículo 3 de la Posición común 2002/402, la Comunidad Europea posibilitará las excepciones que permite la Resolución 1452 (2002) del Consejo de Seguridad.

42 El 27 de marzo de 2003, el Consejo adoptó el Reglamento (CE) nº 561/2003, que modifica, en lo relativo a las excepciones a la congelación de fondos y otros recursos económicos, el Reglamento impugnado (DO L 82, p. 1). En el cuarto considerando de dicho Reglamento, el Consejo indica que, vista la Resolución 1452 (2002), es necesario un ajuste de las medidas impuestas por la Comunidad.

43 El artículo 1 del Reglamento nº 561/2003 está redactado así:

«Se inserta el siguiente artículo en el Reglamento [impugnado]:

“Artículo 2 *bis*

1. El artículo 2 no se aplicará a los fondos o recursos económicos cuando:

a) una autoridad competente de los Estados miembros, incluida en el anexo II, haya determinado, a petición de una persona física o jurídica interesada, que esos fondos o recursos económicos son:

i) necesarios para sufragar gastos básicos, incluido el pago de alimentos, alquileres o hipotecas, medicamentos y tratamientos médicos, impuestos, primas de seguros y servicios públicos;

ii) destinados exclusivamente a pagar honorarios profesionales razonables y reembolsar gastos relacionados con la prestación de servicios jurídicos;

iii) destinados exclusivamente a pagar retribuciones o exacciones por servicios de conservación ordinarios o de mantenimiento de fondos o recursos económicos congelados, o

iv) necesarios para gastos extraordinarios, y

b) dicha determinación ya ha sido notificada al Comité de sanciones, y

c) i) en el caso de una determinación conforme a lo dispuesto en los incisos i), ii) o iii) de la letra a), el Comité de sanciones no se haya opuesto a la determinación en un plazo de 48 horas a partir de la notificación, o

ii) en el caso de una determinación conforme a lo dispuesto en el inciso iv) de la letra a), el Comité de sanciones haya aprobado la determinación.

2. Toda persona que desee acogerse a las disposiciones del apartado 1 deberá dirigir su solicitud a la autoridad competente del Estado miembro incluida en el anexo II.

La autoridad competente incluida en el anexo II notificará sin demora y por escrito, a la persona que haya presentado la solicitud y a cualquier otra persona, organismo o entidad que se considere directamente afectada, si se ha accedido a la solicitud.

La autoridad competente informará también a los demás Estados miembros si se ha accedido a la solicitud de excepción.

3. Los fondos liberados y transferidos dentro de la Comunidad para sufragar gastos, o reconocidos en virtud del presente artículo, no estarán sujetos a otras medidas restrictivas con arreglo al artículo 2.

[...]”»

44 El 19 de mayo de 2003, la Comisión adoptó el Reglamento (CE) nº 866/2003, que modifica por decimoctava vez el Reglamento impugnado (DO L 124, p. 19). A tenor de lo dispuesto en el artículo 1 y en el punto 5 del anexo de dicho

Reglamento, el anexo I del Reglamento impugnado se modificó sustituyendo la referencia al demandante (véase el apartado 38 *supra*) por el texto siguiente:

«Ayadi Shafiq Ben Mohamed Ben Mohamed [alias a) Bin Muhammad, Ayadi Chafiq, b) Ayadi Chafik, Ben Muhammad, c) Aiadi, Ben Muhammad, d) Aiady, Ben Muhammad, e) Ayadi Shafiq Ben Mohamed, f) Ben Mohamed, Ayadi Chafiq, g) Abou El Baraa], a) Helene Meyer Ring 10-1415-80809, Múnich (Alemania), b) 129 Park Road, NW8, Londres (Inglaterra), c) 28 Chaussée de Lille, Mouscron (Bélgica), d) Darvingasse 1/2/58-60, Viena (Austria); fecha de nacimiento, 21 de marzo de 1963; lugar de nacimiento: Sfax (Túnez); nacionalidad: tunecina, bosnia, austriaca; pasaporte nº: E 423362 expedido en Islamabad el 15 de mayo de 1988; documento nacional de identidad nº:1292931; otros datos: nombre materno, Medina Abid; actualmente se encuentra en Irlanda»

45 El 30 de enero de 2004, la Comisión aprobó el Reglamento (CE) nº 180/2004, por el que se modifica por vigésimo novena vez el Reglamento impugnado (DO L 28, p. 15). En virtud del artículo 1 y del punto 4 del anexo de dicho Reglamento, el anexo I del Reglamento impugnado se modificó sustituyendo la referencia al demandante (véase el apartado 38 *supra*) por el texto siguiente:

«Ayadi Shafiq Ben Mohamed Ben Mohamed [alias a) Bin Muhammad, Ayadi Chafiq, b) Ayadi Chafik, Ben Muhammad, c) Aiadi, Ben Muhammad, d) Aiady, Ben Muhammad, e) Ayadi Shafiq Ben Mohamed, f) Ben Mohamed, Ayadi Chafiq, g) Abou El Barba], a) Helene Meyer Ring 10-1415-80809, Múnich, Alemania, b) 129 Park Road, NW8, Londres, Reino Unido, c) 28 Chaussée De Lille, Mouscron, Bélgica. Fecha de nacimiento: 21 de marzo de 1963. Lugar de nacimiento: Sfax, Túnez. Nacionalidad: a) Tunecina, b) Bosnia. Pasaporte nº: E 423362 expedido en Islamabad el 15 de mayo de 1988. Documento nacional de identidad: 1292931. Otros datos: nombre materno: Medina Abid; actualmente se encuentra en Irlanda.»

46 El 30 de enero de 2004, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1526 (2004), que pretende, por una parte, mejorar la aplicación de las medidas impuestas en virtud del párrafo 4, apartado b), de la Resolución 1267 (1999), del párrafo 8, apartado c), de la Resolución 1333 (2000) y de los párrafos 1 y 2 de la Resolución 1390 (2002) y, por otra parte, fortalecer el mandato del Comité de Sanciones. Según el párrafo 3 de la Resolución 1526 (2004), tales medidas se intensificarán aún más en el término de 18 meses, o antes, de ser necesario.

47 Según el párrafo 18 de la Resolución 1526 (2004), el Consejo de Seguridad «alienta muy especialmente a todos los Estados a que, en la medida de lo posible, informen a las personas y entidades incluidas en la lista del [Comité de Sanciones] acerca de las medidas que se les hayan impuesto y de las directrices del [Comité de Sanciones] y de la resolución 1452 (2002)».

48 El 29 de julio de 2005, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1617 (2005), que establece, entre otras cosas, el mantenimiento de las medidas impuestas en el párrafo 4, letra b), de la Resolución 1267 (1999), en el párrafo 8, letra c), de la Resolución 1333 (2000) y en los párrafos 1 y 2 de la Resolución 1390 (2002). Con arreglo al párrafo 21 de la Resolución 1617 (2005), tales medidas se revisarán en un plazo de 17 meses, o antes, de ser necesario, con miras a la posibilidad de hacerlas más estrictas.

49 El 17 de enero de 2006, la Comisión aprobó el Reglamento (CE) nº 76/2006, por el que se modifica por sexagésima primera vez el Reglamento impugnado (DO L 12, p. 7). En virtud del artículo 1 y del punto 8 del anexo de dicho Reglamento, el anexo I del Reglamento impugnado se modificó sustituyendo la referencia al demandante (véase el apartado 45 *supra*) por el texto siguiente:

«Shafiq Ben Mohamed Ben Mohamed Al-Ayadi [alias a) Bin Muhammad, Ayadi Chafiq, b) Ayadi Chafik, Ben Muhammad, c) Aiadi, Ben Muhammad, d) Aiady, Ben Muhammad, e) Ayadi Shafiq Ben Mohamed, f) Ben Mohamed, Ayadi Chafiq, g) Abou El Baraa]. Dirección: a) Helene Meyer Ring 10-141580809, Munich, Alemania, b) 129 Park Road, NW8, Londres, Inglaterra, c) 28 Chaussée De Lille, Mouscron, Bélgica, d) Street of Provare 20, Sarajevo, Bosnia y Herzegovina (última dirección registrada en Bosnia y Herzegovina). Fecha de nacimiento: a) 21.3.1963, b) 21.1.1963. Lugar de nacimiento: Sfax, Túnez. Nacionalidad: a) tunecina, b) Bosnia y Herzegovina. Pasaporte nº: a) E 423362 expedido en Islamabad el 15.5.1988, b) 0841438 (pasaporte de Bosnia y Herzegovina expedido el 30.12.1998 que expiró el 30.12.2003). Nº de identificación nacional: 1292931. Información complementaria: a) la dirección en Bélgica es un apartado de correos; b) nombre del padre: Mohamed, nombre de la madre: Medina Abid; c) se ha informado de que actualmente vive en Dublín, Irlanda.»

Procedimiento

50 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 26 de agosto de 2002, el Sr. Ayadi interpuso un recurso de anulación parcial del Reglamento impugnado contra el Consejo y la Comisión.

51 Mediante escrito separado presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 25 de octubre de 2002, la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad con arreglo al artículo 114 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. El demandante presentó sus alegaciones sobre dicha excepción el 18 de diciembre de 2002. Mediante auto de 3 de febrero de 2003, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) declaró la inadmisibilidad del recurso en la medida en que se dirigía contra la Comisión y condenó al demandante al pago de las costas correspondientes a esta parte del recurso.

52 Mediante escrito separado presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 13 de noviembre de 2002, el Sr. Ayadi solicitó el beneficio de justicia gratuita. Mediante auto de 3 de febrero de 2003, el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal de Primera Instancia estimó la solicitud del beneficio de justicia gratuita del Sr. Ayadi.

53 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 8 de enero de 2003, el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte solicitó intervenir en el presente procedimiento en apoyo de la parte demandada. Mediante auto de 7 de febrero de 2003, el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal de Primera Instancia admitió dicha intervención. La parte coadyuvante presentó su escrito de formalización de la intervención dentro de los plazos señalados al efecto.

54 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 24 de julio de 2003, la Comisión solicitó intervenir en el presente procedimiento en apoyo de la parte demandada. Mediante auto de 22 de octubre de 2003, el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal de Primera Instancia admitió dicha intervención con arreglo al artículo 116, apartado 6, del Reglamento de Procedimiento.

55 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) decidió abrir la fase oral del procedimiento.

56 Salvo el Reino Unido, que está dispensado de hacerlo, en la vista de 25 de octubre de 2005 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.

Pretensiones de las partes

57 El demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Anule el artículo 2 y, en la medida en que se refiere al artículo 2, el artículo 4 del Reglamento impugnado.
- Con carácter subsidiario, anule la referencia al demandante en el anexo I del Reglamento impugnado.
- Condene en costas al Consejo.

58 En la vista, el demandante precisó que su recurso se dirigía contra el Reglamento impugnado exclusivamente en la medida en que le afecta directa e individualmente, circunstancia que Tribunal de Primera Instancia hizo constar en el acta de la vista.

59 El Consejo, apoyado por el Reino Unido y por la Comisión, solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime el recurso.
- Condene en costas al demandante.

Antecedentes de hecho

60 El demandante afirma tener la nacionalidad tunecina y residir en Irlanda desde 1997, con su esposa, también de nacionalidad tunecina, y sus dos hijos menores de edad, ambos de nacionalidad irlandesa. Sus cuentas bancarias en Irlanda y en el Reino Unido fueron congeladas por orden de estos dos Estados miembros. El demandante, tras reconocer que el Comité de Sanciones lo identificó como persona asociada a Usamah bin Ladin, alega que dicha identificación carece de fundamento, pero admite que la citada alegación no constituye el objeto del presente recurso.

Fundamentos de Derecho

1. Sobre la admisibilidad

Alegaciones de las partes

61 En su escrito de formalización de la intervención, el Reino Unido observa que los activos del demandante se congelaron con arreglo al Reglamento nº 467/2001. El Reglamento impugnado se limitó a mantener la congelación de sus activos, sin modificar sustancialmente la situación jurídica del demandante, en el sentido de la jurisprudencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639, apartado 9). En este contexto, el Reino Unido sostiene que el demandante debería haber impugnado el Reglamento nº 467/2001 y que el presente recurso, interpuesto contra el Reglamento impugnado está fuera de plazo y, por tanto, debe declararse su inadmisibilidad.

62 En la vista, el demandante alegó que el Reglamento nº 467/2001 produce efectos estrictamente limitados en el tiempo, al igual que sucede con la Resolución 1333 (2000) del Consejo de Seguridad que dicho Reglamento aplica (véase el apartado 18 *supra*). En cambio, los efectos temporales del Reglamento impugnado son ilimitados, como ocurre con la Resolución 1390 (2002) del Consejo de Seguridad que dicho Reglamento aplica y que simplemente prevé la posibilidad de una revisión en un plazo de doce meses (véase el apartado 30 *supra*). Según el demandante, la adopción del Reglamento impugnado supuso, de este modo, una modificación sustancial de su situación jurídica.

63 El Consejo prefirió no pronunciarse sobre esta cuestión en la vista. En cambio, la Comisión se alineó con la tesis del Reino Unido. En su opinión, el carácter temporal de las resoluciones controvertidas del Consejo no es un criterio pertinente para distinguir el Reglamento nº 467/2001 del Reglamento impugnado, ya que todas estas resoluciones prevén un mecanismo de revisión de su aplicabilidad en un plazo de doce meses. El hecho de que la base jurídica del Reglamento impugnado sea distinta de la del Reglamento nº 467/2001 tampoco es relevante, dado que, según la Comisión, no conlleva una modificación de la situación jurídica del demandante.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

64 En virtud del artículo 40, párrafo cuarto, del Estatuto del Tribunal de Justicia, las pretensiones de la demanda de intervención no podrán tener otro fin que apoyar las pretensiones de una de las partes. Por otro lado, a tenor del

artículo 116, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la parte coadyuvante aceptará el litigio en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención.

65 Pues bien, en sus pretensiones, el Consejo no ha propuesto una excepción de inadmisibilidad.

66 El Reino Unido y la Comisión no están por tanto legitimados para proponer una excepción de inadmisibilidad y el Tribunal de Primera Instancia no está obligado a examinar los motivos invocados al respecto (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1993, CIRFS y otros/Comisión, C-313/90, Rec. p. I-1125, apartado 22).

67 No obstante, según una jurisprudencia reiterada, en virtud del artículo 113 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, éste puede examinar de oficio en cualquier momento las causas de inadmisión de la demanda por motivos de orden público, incluidas las invocadas por las partes coadyuvantes (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de abril de 2005, Sniace/Comisión, T-88/01, Rec. p. II-1165, apartado 52 y la jurisprudencia allí citada).

68 En el presente asunto, la causa de inadmisión alegada por las partes coadyuvantes suscita una cuestión de orden público, en la medida en que se refiere a la admisibilidad del recurso (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Italia/Comisión, C-298/00 P, Rec. p. I-4087, apartado 35). En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia puede examinarla de oficio.

69 Aun cuando el Reino Unido haya invocado, en apoyo de dicha causa de inadmisión, la sentencia IBM/Comisión, apartado 61 anterior, ésta se basa, en lo esencial, en la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia sobre los actos confirmatorios.

70 Según esta jurisprudencia, no procede admitir el recurso de anulación interpuesto contra un acto en virtud del cual únicamente se confirma un acto anterior no impugnado dentro de plazo (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1988, Irish Cement/Comisión, 166/86 y 220/86, Rec. p. 6473, apartado 16, y de 11 de enero de 1996, Zunis Holding y otros/Comisión, C-480/93 P, Rec. p. I-1, apartado 14). Procede considerar que se da una mera confirmación de un acto anterior si el acto impugnado no introduce ningún elemento nuevo en relación con el anterior y no ha sido precedido de una reconsideración de la situación del destinatario de dicho acto anterior (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, Herpels/Comisión, 54/77, Rec. p. 585, apartado 14, y auto del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2004, Internationaler Hilfsfonds/Comisión, C-521/03, no publicado en la recopilación, apartado 47; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de octubre de 1997, IPK/Comisión, T-331/94, Rec. p. II-1665, apartado 24, y auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de mayo de 1998, BEUC/Comisión, T-84/97, Rec. p. II-795, apartado 52).

71 En el presente asunto, es preciso destacar que el Reglamento impugnado es un acto nuevo en relación con el Reglamento nº 467/2001 y que ha sido precedido de una reconsideración de la situación de las personas que, como el demandante, figuran en las listas de los anexos de dichos Reglamentos.

72 En primer lugar, tanto el título como la exposición de motivos y las disposiciones materiales de estos dos Reglamentos son sensiblemente diferentes, circunstancia que, por sí sola, es suficiente para descartar la tesis de que uno se limita únicamente a confirmar el otro. Así, la definición de «fondos» del artículo 1 del Reglamento impugnado no se corresponde exactamente con la definición de «fondos» del artículo 1 del Reglamento nº 467/2001 y la primera disposición establece, además de la congelación de los fondos, la de los «recursos económicos», que no contempla la segunda.

73 En segundo lugar, el Reglamento nº 467/2001 se adoptó con el fin de aplicar en la Comunidad la Resolución 1333 (2000) del Consejo de Seguridad, con arreglo a la Posición común 2001/154, mientras que el Reglamento impugnado se adoptó con el fin de aplicar la Resolución 1390 (2002), con arreglo a la Posición común 2002/402.

74 Pues bien, tanto la Resolución 1390 (2002) como la Posición común 2002/402 contienen sin duda elementos nuevos en relación con la Resolución 1333 (2000) y con la Posición común 2001/154, y las primeras han sido precedidas de una reconsideración de la situación creada por las segundas. Lo mismo ha de decirse necesariamente del Reglamento impugnado en relación con el Reglamento nº 467/2001.

75 De este modo, a tenor de los considerandos tercero y séptimo de la Posición común 2002/402, la Resolución 1390 (2002) «ajusta el alcance de las sanciones relativas a la congelación de fondos» impuestas por la Resolución 1333 (2000) y, en consecuencia, procede «ajustar las medidas restrictivas adoptadas por la Unión Europea» con arreglo a la Resolución 1390 (2002). Asimismo, según los considerandos segundo y cuarto del Reglamento impugnado, «el Consejo de Seguridad decidió, entre otras cosas, [...] que debía adaptarse el alcance de la congelación de fondos» y, en consecuencia, «se necesita legislación comunitaria».

76 En concreto, en virtud del párrafo 23 de la Resolución 1333 (2000), las medidas que establece debían estar en vigor durante doce meses y al final de ese período, el Consejo de Seguridad debía decidir si los talibanes las habían cumplido o no y, en consecuencia, si era necesario prorrogar esas medidas por un nuevo período con las mismas condiciones. La Resolución 1390 (2002) introduce, por tanto, un elemento nuevo e importante en relación con la Resolución 1333 (2000), en la medida en que extiende considerablemente el ámbito de aplicación *ratione temporis*.

77 De este modo, a diferencia de lo que pretenden el Reino Unido y la Comisión, la Resolución 1390 (2002), la Posición común 2002/402 y el Reglamento impugnado sí que han modificado sustancialmente la situación jurídica del

demandante. Como consecuencia de estos actos, la congelación de los fondos del demandante se mantuvo una vez expirado el período de doce meses fijado en el párrafo 23 de la Resolución 1333 (2000), mientras que si dichos actos no se hubieran adoptado, la obligación impuesta a todos los Estados miembros de la ONU de congelar los fondos del demandante habría finalizado automáticamente al expirar el período de que se trata y los actos comunitarios que aplican esta resolución habrían perdido su razón de ser.

78 Por otra parte, si bien es cierto que, en virtud del párrafo 1 de la Resolución 1390 (2002), el Consejo de Seguridad decidió «mantener» las medidas impuestas por la Resolución 1333 (2000), esta decisión de tomó tras revisarlas, como dejaba ya entrever el párrafo 23 de dicha Resolución y confirma el párrafo 3 de la Resolución 1390 (2002), en virtud del cual las medidas que establece serán «revisadas» de nuevo al cabo de doce meses.

79 Por último, el Reglamento nº 467/2001 se adoptó tomando únicamente como base jurídica los artículos 60 CE y 301 CE, en un momento en que las medidas controvertidas se dirigían a interrumpir o reducir las relaciones económicas con un país tercero, mientras que el Reglamento impugnado se adoptó tomando como base jurídica los artículos 60 CE, 301 CE y 308 CE, en un momento en el que no existía vínculo alguno entre tales medidas y el territorio o el régimen gobernante de un país tercero. A diferencia de lo que sostuvo la Comisión en la vista, esta modificación de la base jurídica de los actos que se examinan, que refleja la evolución de la situación internacional en cuyo contexto han ido adoptándose las sucesivas sanciones decididas por el Consejo de Seguridad y aplicadas por la Comunidad, constituye sin duda un elemento nuevo e implica una reconsideración de la situación del demandante. De lo anterior se desprende que se ha producido una modificación de la posición jurídica de éste que le permite invocar motivos y alegaciones de Derecho totalmente diferentes en apoyo de su recurso de anulación [véase, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 21 de septiembre de 2005, Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, T-306/01, Rec. p. II-0000 (contra la que se ha interpuesto un recurso de casación pendiente ante el Tribunal de Justicia; en lo sucesivo «sentencia Yusuf»), apartados 108 a 124 y apartados 125 a 170, y Kadi/Consejo y Comisión, T-315/01, Rec. p. II-0000 (contra la que se ha interpuesto un recurso de casación pendiente ante el Tribunal de Justicia; en lo sucesivo «sentencia Kadi»), apartados 87 a 135].

80 De las anteriores consideraciones se desprende que procede desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por el Reino Unido y por la Comisión.

81 En cuanto a los demás requisitos de admisibilidad del recurso, es preciso señalar, también de oficio, que en la medida en que el anexo I del Reglamento impugnado designa por su nombre al demandante, este acto le afecta directa e individualmente, según los términos del artículo 230 CE, párrafo cuarto, aunque indudablemente tenga un alcance general (véase, en este sentido, la sentencia Yusuf, apartado 186). Procede declarar, por tanto, la admisibilidad del presente recurso.

2. *Sobre el fondo*

82 En apoyo de sus pretensiones, el demandante invoca fundamentalmente tres motivos basados, el primero, en la falta de competencia del Consejo para adoptar los artículos 2 y 4 del Reglamento impugnado (en lo sucesivo, «disposiciones impugnadas») y en una desviación de poder, el segundo, en la vulneración de los principios fundamentales de subsidiariedad, de proporcionalidad y de respeto a los derechos humanos y el tercero, en la existencia de vicios sustanciales de forma.

Sobre el primer motivo, basado en la falta de competencia y en una desviación de poder

Alegaciones de las partes

83 Según el demandante, los artículos 60 CE y 301 CE no confieren al Consejo la facultad de adoptar las disposiciones impugnadas, ya que el Gobierno de los talibanes de Afganistán cayó antes de que se adoptaran. Dichos artículos sólo autorizan la adopción de medidas destinadas a interrumpir o reducir, en su caso de manera selectiva, «las relaciones económicas con uno o varios terceros países». A diferencia del Reglamento nº 467/2001, que impone a Afganistán sanciones económicas, el Reglamento impugnado se dirige exclusivamente contra personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes. En opinión del demandante, éstos no son países terceros ni constituyen el Gobierno de una parte de Afganistán.

84 En cuanto al artículo 308 CE, el demandante sostiene que no confiere al Consejo la facultad de ordenar a los Estados miembros que impongan sanciones económicas a particulares vulnerando sus derechos fundamentales. Una facultad de esta índole excedería de los límites de la facultad que le confieren, con carácter restrictivo, los artículos 60 CE y 301 CE.

85 El demandante considera, por tanto, que al adoptar las disposiciones impugnadas el Consejo incurrió también en una desviación de poder en relación con las facultades que le confieren los artículos 60 CE y 301 CE.

86 El Consejo se opone a las alegaciones del demandante e invoca las sentencias Yusuf y Kadi.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

87 En las sentencias Yusuf (apartados 107 a 170) y Kadi (apartados 87 a 135), el Tribunal de Primera Instancia ya se pronunció sobre la competencia de la Comunidad en virtud de los artículos 60 CE, 301 CE y 308 CE para adoptar disposiciones como las del Reglamento impugnado, que imponen sanciones económicas y financieras a particulares en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional, sin establecer vínculo alguno con un país tercero, a diferencia de lo que establecía el Reglamento nº 467/2001.

88 En esa ocasión, como el demandante reconoció expresamente en la vista en respuesta a una cuestión del Tribunal de Primera Instancia, se respondió de forma exhaustiva a alegaciones sustancialmente idénticas a las invocadas por las partes, en relación con este extremo, en el marco del presente recurso (véanse, para las alegaciones análogas invocadas por las partes en el asunto que dio lugar a la sentencia Yusuf, los apartados 80 a 106 de dicha sentencia, y para las alegaciones análogas invocadas por las partes en el asunto que dio lugar a la sentencia Kadi, los apartados 64 a 86 de dicha sentencia).

89 Al término de su razonamiento, el Tribunal de Primera Instancia llegaba a la conclusión de que resultaba «conforme a Derecho la tesis de las instituciones y del Reino Unido en el sentido de que el Consejo era competente para adoptar el Reglamento impugnado, por el que se aplican en la Comunidad las sanciones económicas y financieras previstas en la Posición común 2002/402, tomando como base jurídica conjunta los artículos 60 CE, 301 CE y 308 CE» (sentencias Yusuf, apartado 170, y Kadi, apartado 135).

90 Por consiguiente, por motivos idénticos, en lo esencial, a los señalados en las sentencias Yusuf y Kadi, procede desestimar las alegaciones del demandante basadas en la falta de competencia de la Comunidad (en relación con la facultad del juez comunitario para motivar una sentencia remitiéndose a una sentencia anterior que resuelve cuestiones sustancialmente idénticas, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2005, Crailsheimer Volksbank, C-229/04, Rec. p. I-9273, apartados 47 a 49).

91 En cuanto a la alegación basada en la desviación de poder, que es la única que permite distinguir el presente asunto de los que dieron lugar a las sentencias Yusuf y Kadi, también debe desestimarse, ya que se presenta como un mero corolario de las demás alegaciones del demandante relativas a la competencia.

92 Por tanto, procede desestimar el primer motivo en su integridad.

Sobre el segundo motivo, basado en la vulneración de los principios fundamentales de subsidiariedad, de proporcionalidad y de respeto a los derechos humanos

Alegaciones de las partes

93 En la primera parte del motivo, el demandante sostiene que las disposiciones impugnadas vulneran el principio de subsidiariedad, dado que exigen a los Estados miembros que, en virtud de sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario, adopten medidas que, según el Derecho internacional, pueden decidir libremente.

94 A este respecto, el demandante alega que los artículos 25 y 41 de la Carta de las Naciones Unidas, interpretados a la luz de los principios de dicha organización y, en concreto, del principio de igualdad soberana de sus Estados miembros, enunciado en el artículo 2, apartado 1, de la citada Carta, no obligan a los Estados miembros de la ONU a aplicar sin cambios las medidas que el Consejo de Seguridad les «invita» a adoptar. En su opinión, los Estados miembros son, por el contrario, libres de elegir el modo en que responderán a dicha invitación.

95 En cambio, continúa el demandante, la interpretación del Consejo, en virtud de la cual los párrafos 8, letra c), y 17 de la Resolución 1333 (2000) del Consejo de Seguridad vinculan a los miembros de la ONU y, por tanto, a las instituciones comunitarias, es contraria a las normas fundamentales del Derecho internacional, en concreto a los artículos 7, 8, 17, 22 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dado que permite que el Comité de Sanciones obligue a los miembros de Naciones Unidas a privar a una persona, designada por él, de todos sus recursos financieros, sin que el afectado tenga derecho a conocer las razones de dicha medida ni los elementos en los que se basa y sin que tenga acceso a un órgano independiente o judicial que pueda pronunciarse sobre su procedencia.

96 Por otra parte, aun suponiendo que las Resoluciones controvertidas del Consejo de Seguridad vinculen a los Estados miembros, el Consejo no explica por qué estaba obligado a actuar en lugar de ellos.

97 En la segunda parte del motivo, el demandante sostiene que las disposiciones impugnadas vulneran el principio de proporcionalidad, ya que producen el efecto de privar a una persona de cualquier ingreso y de cualquier prestación social y, en definitiva, de cualquier medio de subsistencia para él y su familia. En su opinión, estas medidas no son indispensables, ni siquiera para privar a Usamah bin Ladin de recursos.

98 En la tercera parte del motivo, el demandante sostiene que las disposiciones impugnadas vulneran sus derechos fundamentales, en concreto el derecho a acceder a sus bienes, reconocido por el artículo 1 del primer Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH») y el derecho a un recurso jurisdiccional reconocido por el artículo 6 del CEDH. La consecuencia de estas medidas, que en su opinión son contrarias a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, es que el demandante se ve obligado a robar para sobrevivir, lo que constituye un trato degradante prohibido por el artículo 3 del CEDH y un menoscabo a su dignidad contrario al artículo 8 del CEDH.

99 Por lo que se refiere, más concretamente a la supuesta vulneración del derecho a acceder a sus bienes, el demandante ha reconocido en la vista que éste debe apreciarse exclusivamente a la luz de la normativa actualmente en vigor, conforme a las conclusiones de las sentencias Yusuf (apartado 287) y Kadi (apartado 236), y que, por tanto, era preciso tener en cuenta las posibilidades expresas de exenciones y de excepciones a la congelación de fondos previstas por el Reglamento nº 561/2003, adoptado después de la interposición del presente recurso.

100 A este respecto, el demandante ha admitido que las autoridades irlandesas le concedieron las prestaciones sociales necesarias para sufragar sus gastos básicos, de modo que no se le privó de todo recurso o medio de

subsistencia. No obstante, en su opinión, el Reglamento impugnado, incluso en la versión que resulta del Reglamento nº 561/2003, no le permite beneficiarse de otras ventajas sociales, le impide llevar una existencia normal y le obliga a depender completamente del Estado irlandés para subsistir. En concreto, el demandante sostiene que el artículo 2 del Reglamento impugnado no le permite ejercer ninguna actividad profesional, ni por cuenta ajena, ni autónoma. Así, se le denegó la concesión de una licencia de conductor de taxi. En cualquier caso, le resultaría imposible alquilar un vehículo o percibir dinero de los clientes, ya que se trata de poner a su disposición fondos o recursos económicos en el sentido de la citada disposición.

101 Por lo que se refiere, en concreto, a la supuesta vulneración del derecho a un recurso jurisdiccional, el demandante ha reconocido en la vista que el control jurisdiccional que ejerce, en el presente caso, el Tribunal de Primera Instancia, en la medida en que recae, con carácter incidental, sobre las resoluciones controvertidas del Consejo de Seguridad, debe limitarse a verificar si se respetan las normas superiores de Derecho Internacional que conforman el *ius cogens*, como se señaló en las sentencias Yusuf (apartados 276 y siguientes) y Kadi (apartados 225 y siguientes).

102 No obstante, el demandante sostiene que las conclusiones a las que llegó el Tribunal de Primera Instancia en las sentencias Yusuf (en concreto, en los apartados 344 y 345) y Kadi (en concreto, en los apartados 289 y 290), no pueden aplicarse al presente caso. Por una parte, la congelación de sus fondos no puede considerarse una medida cautelar de carácter temporal, a diferencia de lo que se apreció en las dos sentencias citadas, sino como una verdadera confiscación. Por otra parte, no se prevé ningún mecanismo efectivo que permita revisar las medidas individuales de congelación de fondos adoptadas por el Consejo de Seguridad, de modo que existe el riesgo que sus activos permanezcan congelados por el resto de su vida. A este respecto, el demandante alega que se esforzó en vano para persuadir al Consejo de Seguridad de que modificara su postura en relación con él. El 5 de febrero y el 19 de mayo de 2004 dirigió dos solicitudes a las autoridades irlandesas para que le ayudaran a lograr que su nombre desapareciera de la lista del Comité de Sanciones. Mediante escrito de 10 de octubre de 2005, las citadas autoridades le comunicaron que su expediente todavía estaba siendo examinado, sin dar a entender que iniciarían gestiones a su favor.

103 El Consejo, apoyado por las partes coadyuvantes, se opone a las alegaciones del demandante remitiéndose a las sentencias Yusuf y Kadi.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

104 Procede examinar, de entrada, la primera parte del motivo y, a continuación, conjuntamente las partes segunda y tercera, ya que la comprobación de una eventual vulneración de derechos fundamentales del demandante por el Reglamento impugnado comprende necesariamente una evaluación del cumplimiento del principio de proporcionalidad por este acto a la luz del objetivo que persigue (conclusiones del Abogado General Léger en el asunto que recayó la sentencia de 30 de mayo de 2006, Parlamento/Consejo, C-317/04, Rec. I-0000, apartado 107).

– Sobre la primera parte del segundo motivo, basado en la vulneración del principio de subsidiariedad

105 El demandante sostiene, en lo esencial, que aun suponiendo que los artículos 60 CE, 301 CE y 308 CE justifiquen, en teoría, una competencia de la Comunidad para adoptar medidas como las controvertidas en el presente asunto (cuestión que constituye el objeto del primer motivo), los Estados miembros se encuentran en mejor situación para determinar las medidas concretas necesarias para ejecutar una resolución del Consejo de Seguridad. En su opinión, al adoptar el Reglamento impugnado, el Consejo menoscabó su libertad de elección y vulneró el principio de subsidiariedad.

106 A este respecto, es preciso recordar que el principio de subsidiariedad se recoge en el artículo 5 CE, párrafo segundo, a tenor del cual la Comunidad intervendrá en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

107 Según una jurisprudencia consolidada, el juez comunitario ha de controlar la legalidad de los actos comunitarios a la luz de este principio general [véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 2002, British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, C-491/01, Rec. p. I-11453, apartados 177 a 185, y de 14 de abril de 2005, Bélgica/Comisión, C-110/03, Rec. p. I-2801, apartado 58; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2003, Van den Bergh Foods/Comisión, T-65/98, Rec. p. II-4653, apartados 197 y 198].

108 No obstante, el Tribunal de Primera Instancia considera que no cabe invocar este principio general en el ámbito de aplicación de los artículos 60 CE y 301 CE, ni siquiera suponiendo que no sea de competencia exclusiva de la Comunidad (véase, al respecto, el artículo 60 CE, apartado 2).

109 En efecto, en relación con la interrupción o la reducción de las relaciones económicas con países terceros, las propias disposiciones citadas prevén la intervención de la Comunidad cuando la acción de ésta «se considere necesaria» mediante una posición común o una acción común, adoptadas con arreglo a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea relativas a la política exterior y de seguridad común (PESC).

110 En el ámbito de aplicación de los artículos 60 CE y 301 CE, el Tratado CE confiere así a la Unión la facultad de determinar cuándo una acción de la Comunidad es necesaria. Esta decisión es el resultado del ejercicio de una facultad discrecional de la Unión, por lo que queda excluido el derecho de los particulares a impugnar, a la luz del principio de

subsidiariedad enunciado en el artículo 5 CE, párrafo segundo, la legalidad de la acción posterior llevada a cabo por la Comunidad con arreglo a la posición común o a la acción común PESC de la Unión.

111 Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia admitió, en las sentencias Yusuf (apartados 158 y siguientes) y Kadi (apartados 122 y siguientes), que el ámbito de aplicación de los artículos 60 CE y 301 CE podía extenderse, recurriendo a la base jurídica complementaria del artículo 308 CE, a la adopción de sanciones económicas y financieras a particulares, en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional, sin establecer vínculo alguno con países terceros. De lo anterior se deriva necesariamente que los particulares tampoco pueden impugnar a la luz del principio de subsidiariedad la legalidad de las medidas comunitarias adoptadas en virtud de dichos artículos, con arreglo a una posición común o a una acción común PESC de la Unión.

112 En todo caso, aun suponiendo que el principio de subsidiariedad sea aplicable en circunstancias como las del presente asunto, resulta evidente que para lograr la ejecución uniforme en los Estados miembros de las resoluciones del Consejo de Seguridad, que se imponen indistintamente a todos los miembros de la ONU, es mejor actuar en el ámbito comunitario que en el ámbito nacional.

113 Por último, con respecto a la alegación de que el Consejo menoscabó la libertad de elección de los Estados miembros, el Consejo subraya con razón que la Posición común 2002/402 recoge la opinión unánime de los Estados miembros de que era necesaria una acción de la Comunidad para llevar a cabo la congelación de fondos decidida por el Consejo de Seguridad. Como observa el Reino Unido, al haber elegido los propios Estados miembros cumplir sus obligaciones en virtud de la Carta de Naciones Unidas mediante un acto comunitario, no cabe imputar al Consejo haber menoscabado la libertad de elección de tales Estados por haberse atendido a su voluntad.

114 Por tanto, procede desestimar la primera parte del segundo motivo.

– Sobre las partes segunda y tercera del segundo motivo, basadas en la vulneración de los principios de proporcionalidad y de respeto a los derechos humanos

115 Sin perjuicio de una cuestión jurídica concreta que se examinará en el apartado 156, el Tribunal de Primera Instancia ya se ha pronunciado, en las sentencias Yusuf (apartados 226 a 346) y Kadi (apartados 176 a 291), sobre todas las cuestiones jurídicas que plantean las partes en el marco de las partes segunda y tercera del segundo motivo del presente recurso.

116 En dichas sentencias, el Tribunal de Primera Instancia declaró, entre otras cosas, lo siguiente:

– desde el punto de vista del Derecho internacional, las obligaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados miembros de la ONU prevalecen sobre todas las demás obligaciones de Derecho interno o de Derecho internacional convencional, incluidas las obligaciones impuestas con arreglo al CEDH, en el caso de los Estados que sean miembros del Consejo de Europa, y las impuestas con arreglo al Tratado CE, en el caso de los Estados que sean también miembros de la Comunidad (sentencias Yusuf, apartado 231, y Kadi, apartado 181);

– disfrutaban igualmente de dicha primacía las decisiones contenidas en las resoluciones del Consejo de Seguridad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas (sentencias Yusuf, apartado 234, y Kadi, apartado 184);

– aunque no sea miembro de Naciones Unidas, debe considerarse que las obligaciones impuestas por la Carta de las Naciones Unidas vinculan a la Comunidad, al igual que a sus Estados miembros, en virtud de su propio Tratado constitutivo (sentencias Yusuf, apartado 243, y Kadi, apartado 193);

– por una parte, la Comunidad no puede violar las obligaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a sus Estados miembros ni obstaculizar su cumplimiento y, por otra parte, la Comunidad se encuentra obligada, en virtud del propio Tratado que la creó, a adoptar en el ejercicio de sus competencias todas las disposiciones necesarias para permitir que sus Estados miembros respeten tales obligaciones (sentencias Yusuf, apartado 254, y Kadi, apartado 204);

– en consecuencia, procede desestimar las alegaciones invocadas contra el Reglamento impugnado y basadas, por una parte, en la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario con respecto al ordenamiento jurídico creado por las Naciones Unidas, y, por otra, en la necesidad de incorporar las resoluciones del Consejo de Seguridad al Derecho interno de los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones constitucionales y con los principios fundamentales de dicho Derecho (sentencias Yusuf, apartado 258, y Kadi, apartado 208);

– el Reglamento impugnado, adoptado en vista de la Posición común 2002/402, constituye el cumplimiento, en el ámbito de la Comunidad, de una obligación que recae sobre sus Estados miembros, en cuanto miembros de la ONU, de aplicar, eventualmente a través de un acto comunitario, las sanciones contra Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y otros individuos, grupos, empresas y entidades asociados con ellos que fueron impuestas y posteriormente reforzadas por diversas resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (sentencias Yusuf, apartado 264, y Kadi, apartado 213);

– en este contexto, las instituciones comunitarias actuaron en ejercicio de una competencia reglada, de modo que no disponían de ningún margen de apreciación autónomo (sentencias Yusuf, apartado 265, y Kadi, apartado 214);

– conforme a las consideraciones anteriores, ni en Derecho internacional ni en Derecho comunitario resulta aceptable la afirmación de que el Tribunal de Primera Instancia es competente para controlar, de modo incidental, la legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad o del Comité de Sanciones utilizando como criterio de referencia el

nivel de protección de los derechos fundamentales reconocido en el ordenamiento jurídico comunitario (sentencias Yusuf, apartado 272, y Kadi, apartado 221);

– por tanto, las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas no están sometidas en principio al control jurisdiccional del Tribunal de Primera Instancia y éste no se encuentra autorizado a cuestionar, ni siquiera de modo incidental, su legalidad desde el punto de vista del Derecho comunitario; por el contrario, el Tribunal de Primera Instancia está obligado a interpretar y aplicar dicho Derecho, en la medida de lo posible, de tal modo que sea compatible con las obligaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados miembros (sentencias Yusuf, apartado 276, y Kadi, apartado 225);

– no obstante, el Tribunal de Primera Instancia está facultado para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas desde el punto de vista del *ius cogens*, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna (sentencias Yusuf, apartado 277, y Kadi, apartado 226);

– la congelación de fondos prevista en el Reglamento impugnado no vulnera ni el derecho fundamental de los afectados a disponer de sus bienes ni el principio general de proporcionalidad, utilizando como criterio de referencia el nivel de protección universal de los derechos fundamentales de la persona establecido en el *ius cogens* (sentencias Yusuf, apartados 288 y 289, y Kadi, apartados 237 y 238);

– dado que las resoluciones del Consejo de Seguridad de que se trata no reconocen un derecho de los afectados a ser oídos por el Comité de Sanciones antes de su inscripción en la lista controvertida y que ninguna norma imperativa de las que conforman el orden público internacional parece exigir una audiencia de ese tipo en las circunstancias del presente caso, procede desestimar las alegaciones basadas en la supuesta vulneración del citado derecho (sentencias Yusuf, apartados 306, 307 y 321, y Kadi, apartados 261 y 268);

– en concreto, en estas circunstancias, cuando se discute una medida cautelar que restringe la disponibilidad de los bienes de los afectados, el respeto de sus derechos fundamentales no exige que se les comuniquen los hechos o pruebas utilizados en su contra, desde el momento en que el Consejo de Seguridad o su Comité de Sanciones estiman que existen razones relacionadas con la seguridad de la comunidad internacional que se oponen a ello (sentencias Yusuf, apartado 320, y Kadi, apartado 274);

– las instituciones comunitarias tampoco estaban obligadas a oír a los afectados antes de adoptar el Reglamento impugnado (sentencia Yusuf, apartado 329) o en el contexto de su adopción y aplicación (sentencia Kadi, apartado 259);

– en el marco de un recurso de anulación de un Reglamento impugnado, el Tribunal de Primera Instancia ejerce un control total sobre la legalidad de dicho Reglamento en lo que respecta a la observancia por parte de las instituciones comunitarias de las reglas de competencia, así como de las reglas de legalidad formal y de los requisitos sustanciales de forma a que está sometida su actuación; el Tribunal de Primera Instancia ejerce igualmente un control sobre la legalidad del Reglamento impugnado desde el punto de vista de las resoluciones del Consejo de Seguridad que dicho Reglamento pretende aplicar, en particular en lo relativo a la adecuación formal y material del Reglamento a las resoluciones, a la coherencia interna y a la proporcionalidad existente entre aquél y éstas; el Tribunal de Primera Instancia controla también la legalidad del Reglamento impugnado e, indirectamente, la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas desde el punto de vista de las normas superiores del Derecho internacional que conforman el *ius cogens*, y en particular de las normas imperativas para la protección universal de los derechos de la persona (sentencias Yusuf, apartados 334, 335 y 337, y Kadi, apartados 279, 280 y 282);

– en cambio, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia controlar indirectamente la conformidad de las propias resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas con los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario; tampoco corresponde al Tribunal de Primera Instancia verificar la inexistencia de error en la apreciación de los hechos y pruebas que el Consejo de Seguridad tuvo en cuenta para adoptar las medidas decididas por él, y ni siquiera controlar indirectamente la oportunidad o la proporcionalidad de tales medidas, salvo en lo que respecta al limitado ámbito que se ha definido en el guión anterior (sentencias Yusuf, apartados 338 y 339, y Kadi, apartados 283 y 284);

– en este contexto, los afectados no disponen de ninguna vía de recurso jurisdiccional, ya que el Consejo de Seguridad no ha estimado oportuno crear un tribunal internacional independiente encargado de juzgar los recursos interpuestos contra las decisiones individuales adoptadas por el Comité de Sanciones, tanto en lo relativo a los hechos como a su apreciación jurídica (sentencias Yusuf, apartado 340, y Kadi, apartado 285);

– la laguna que se acaba de señalar en el guión anterior en la protección judicial de los demandantes no es en sí contraria al *ius cogens*, ya que, a) el derecho de acceso a los tribunales no constituye un derecho absoluto; b) en el presente caso, la limitación del derecho de acceso a los tribunales de los afectados, que es consecuencia de la inmunidad de jurisdicción de que disfrutaban en principio, dentro del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, debe considerarse inherente a dicho derecho; c) dicha limitación se justifica tanto por la naturaleza de las decisiones que el Consejo de Seguridad se ve obligado a adoptar en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas como por el objetivo legítimo que se persigue; y d) al no existir un tribunal internacional competente para controlar la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad, la creación de un órgano como el Comité de Sanciones y la

posibilidad, prevista en la normativa, de dirigirse a él en todo momento para obtener la revisión de cualquier caso individual mediante un mecanismo formalizado en el que participan los Gobiernos implicados, constituyen otra vía razonable para proteger adecuadamente los derechos fundamentales de los afectados, tal como son reconocidos por el *ius cogens* (sentencias Yusuf, apartados 341 a 345, y Kadi, apartados 286 a 290);

– por tanto, procede desestimar las alegaciones en contra del Reglamento impugnado basadas en la supuesta vulneración del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo (sentencias Yusuf, apartado 346, y Kadi, apartado 291).

117 Como el demandante ha reconocido en la vista, el Tribunal de Primera Instancia respondió de forma exhaustiva, al examinar los asuntos Yusuf y Kadi, a alegaciones de Derecho sustancialmente idénticas a las invocadas en el presente asunto por las partes en sus escritos, en el marco de las partes segunda y tercera del segundo motivo (véanse, para las alegaciones análogas invocadas por las partes en el asunto que dio lugar a la sentencia Yusuf, los apartados 190 a 225 de dicha sentencia, y para las alegaciones análogas invocadas por las partes en el asunto que dio lugar a la sentencia Kadi, los apartados 138 a 175 de dicha sentencia). Así sucede, en concreto, con las alegaciones del demandante relativas al carácter supuestamente no vinculante para los Estados miembros de las resoluciones del Consejo de Seguridad (apartado 94 *supra*), a la supuesta incompatibilidad de las resoluciones controvertidas con las normas fundamentales del Derecho internacional sobre la protección de los derechos humanos (apartado 95 *supra*) y a la supuesta vulneración de derechos fundamentales tal y como los garantiza el CEDH (apartado 98 *supra*), en particular desde el punto de vista de la proporcionalidad (apartado 97 *supra*) y del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo (apartado 101 *supra*).

118 No obstante, es preciso añadir las consideraciones que siguen en respuesta a las alegaciones más concretas expuestas por el demandante en la vista y relativas, por una parte, a la supuesta falta de efectividad de las exenciones y de las excepciones a la congelación de fondos previstas por el Reglamento nº 561/2003, en concreto por lo que se refiere al ejercicio de una actividad profesional (apartados 99 y 100 *supra*) y, por otra parte, a la supuesta invalidez, en el presente caso, de las conclusiones a las que llegó el Tribunal de Primera Instancia en las sentencias Yusuf y Kadi sobre la compatibilidad con el *ius cogens* de la laguna detectada en la protección jurisdiccional de los afectados (apartados 101 y 102 *supra*).

119 Por lo que se refiere, en primer lugar, a la supuesta falta de efectividad de las exenciones y de las excepciones a la congelación de fondos, es preciso recordar que el artículo 2 *bis* del Reglamento impugnado, que fue introducido por el Reglamento nº 561/2003, adoptado a raíz de la Resolución 1452 (2002) del Consejo de Seguridad, dispone, entre otras excepciones y exenciones, que a petición expresa de los afectados, y salvo que el Comité de Sanciones se oponga expresamente, las autoridades nacionales competentes podrán declarar que la congelación no se aplicará a los fondos o a los recursos económicos que hayan determinado que son «necesarios para sufragar gastos básicos, incluido el pago de alimentos, alquileres o hipotecas, medicamentos y tratamientos médicos, impuestos, primas de seguros y servicios públicos» (véase el apartado 43 *supra*). El empleo del término «incluido», al igual que en la Resolución 1452 (2002), pone de manifiesto que ni dicha Resolución ni el Reglamento nº 561/2003 enumeran de forma taxativa o exhaustiva los gastos básicos que pueden quedar exentos de la congelación de fondos. La determinación de las categorías de gastos que pueden recibir esta calificación se deja, por tanto, en gran medida, a la apreciación de las autoridades nacionales competentes, responsables de la ejecución del Reglamento impugnado, bajo la supervisión del Comité de Sanciones. Además, es posible liberar los fondos necesarios para sufragar cualquier otro «gasto extraordinario» con la autorización expresa del Comité de Sanciones.

120 Las partes están de acuerdo en que, con arreglo a estas disposiciones, Irlanda solicitó y obtuvo la aprobación del Comité de Sanciones, en agosto de 2003, para poder abonar al demandante determinadas prestaciones sociales que le permitieron satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. En diciembre de 2003, el Comité de Sanciones autorizó a Irlanda a incrementar el importe de las prestaciones abonadas al demandante, habida cuenta del aumento del presupuesto nacional irlandés. De este modo se confirma que, lejos de tener por objeto o por efecto someter al demandante a un trato inhumano o degradante, la congelación de sus fondos tiene en cuenta, en la medida de lo posible, sus necesidades básicas y sus derechos fundamentales (véanse, en este sentido, las sentencias Yusuf, apartados 291 y 312, y Kadi, apartados 240 y 265).

121 Es cierto que ha de reconocerse igualmente que la congelación de fondos, sin perjuicio de las exenciones y excepciones previstas en el artículo 2 *bis* del Reglamento impugnado, es una medida especialmente drástica contra el demandante, que puede impedirle incluso llevar una vida social normal y obligarle a depender completamente de la ayuda social que le han concedido las autoridades irlandesas.

122 No obstante, procede recordar que dicha medida constituye uno de los aspectos de las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad a Usamah bin Ladin, a la red Al-Qaida y a los talibanes y a otros individuos, grupos, empresas y entidades asociados con ellos con el fin, entre otros, de evitar que se repitan ataques terroristas como los cometidos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 (sentencias Yusuf, apartados 295 y 297, y Kadi, apartados 244 y 246).

123 Pues bien, toda medida sancionadora de este tipo produce, por definición, efectos que atañen a los derechos de propiedad y al libre ejercicio de actividades profesionales, ocasionando así perjuicios a terceros que no tienen ninguna responsabilidad en cuanto a la situación que condujo a la adopción de las sanciones (sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de julio de 1996, Bosphorus, C-84/95, Rec. p. I-3953, apartado 22). La importancia de los objetivos perseguidos por

la normativa que establece tales sanciones puede justificar las consecuencias negativas que de ella se deriven para ciertos operadores, aunque sean considerables (sentencia Bosphorus, antes citada, apartado 23).

124 En la sentencia Bosphorus, apartado 123 anterior, el Tribunal de Justicia declaró que el embargo de una aeronave propiedad de una persona con domicilio en la República Federal de Yugoslavia, pero que había sido arrendada por un operador económico exterior «inocente» y de buena fe, no era incompatible con los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario, a la luz del objetivo de interés general tan fundamental para la comunidad internacional como el que consiste en poner término al estado de guerra en la región y a las violaciones masivas de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario en la República de Bosnia-Herzegovina. En la sentencia Bosphorus/Irlanda, de 30 de junio de 2005 (nº 45036/98, aún no publicada en el *Recueil des arrêts et décisions*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró también que el embargo de la aeronave de que se trataba no había infringido el CEDH (apartado 167), habida cuenta, en particular, de la naturaleza de la injerencia controvertida y del interés general que perseguían el embargo y el régimen de sanciones (apartado 166).

125 Con mayor razón, debe considerarse, en el presente asunto, que la congelación de fondos, activos financieros y otros recursos económicos de personas que el Consejo de Seguridad ha identificado como asociados con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes no es incompatible con los derechos fundamentales de la persona que forman parte del *ius cogens*, a la luz del objetivo de interés general tan fundamental para la comunidad internacional como el que consiste en luchar por todos los medios, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, contra las amenazas a la paz y a la seguridad internacionales representadas por los actos de terrorismo (véanse, en este sentido, las sentencias Yusuf, apartado 298, y Kadi, apartado 247).

126 Por otra parte, es preciso observar que ni el Reglamento impugnado ni las Resoluciones del Consejo de Seguridad que dicho Reglamento aplica impiden al demandante llevar una vida personal, familiar y social satisfactoria, teniendo en cuenta las circunstancias. De este modo, según la interpretación del Consejo en la vista, que debe considerarse correcta, dichos actos no prohíben el uso para fines estrictamente personales de los recursos económicos congelados, como una vivienda o un automóvil. Lo mismo sucede, con mayor razón, con los bienes de consumo corriente.

127 También es correcta la tesis que el Consejo sostuvo en la vista, según la cual el Reglamento impugnado y las Resoluciones del Consejo de Seguridad que dicho Reglamento aplica, por sí solos, no impiden al demandante ejercer una actividad profesional autónoma o por cuenta ajena, a diferencia de lo que éste pretende, sino que afectan fundamentalmente a los ingresos percibidos como consecuencia de dicha actividad.

128 En efecto, en primer lugar, ninguna de las disposiciones de tales actos tiene expresamente por objeto el ejercicio de una actividad de este tipo, ni para prohibirla ni para regularla.

129 En segundo lugar, los actos controvertidos no están encaminados a impedir la percepción de fondos y de recursos económicos como tal por los afectados, sino que se limitan a ordenar la congelación de dichos fondos y recursos económicos y a impedir que se pongan a disposición de los afectados y que éstos los utilicen en su beneficio, salvo cuando lo hagan con fines estrictamente personales, como se ha señalado en el apartado 126 anterior. Por consiguiente, lo que tales actos regulan no es tanto el ejercicio de una actividad profesional autónoma o por cuenta ajena, sino la libre percepción de los ingresos derivados de dicha actividad.

130 En tercer lugar, el artículo 2 *bis* del Reglamento impugnado permite que no se aplique el artículo 2 del citado Reglamento, en las condiciones que esta misma disposición precisa, a todo tipo de fondos y de recursos económicos, incluidos por tanto los recursos económicos necesarios para ejercer una actividad profesional autónoma o por cuenta ajena y los fondos percibidos o que han de percibirse en el marco de una actividad de este tipo. Aunque el artículo 2 *bis* establece una excepción a lo dispuesto por el artículo 2, no puede interpretarse estrictamente, habida cuenta del objetivo de carácter humanitario que, sin duda, persigue.

131 De este modo, en el presente asunto, tanto la expedición de una licencia de conductor de taxi al demandante, como el alquiler por éste de un automóvil, en tanto que «recursos económicos», como los rendimientos profesionales derivados de la actividad de conductor de taxi, en tanto que «fondos», pueden ser objeto, en principio, de una excepción a la congelación de los fondos y recursos económicos del demandante en las condiciones y dentro de los límites fijados, en su caso, por una de las autoridades competentes de los Estados miembros enumeradas en el anexo II del Reglamento impugnado o por el Comité de Sanciones.

132 No obstante, como el Consejo observó en la vista, corresponde a las autoridades nacionales, que se encuentran en mejor situación para tomar en consideración las circunstancias concretas de cada caso, decidir en primer lugar si puede establecerse dicha excepción y, a continuación, proceder a su control y velar por su ejecución, respetando la congelación de fondos del afectado. De este modo, en el presente asunto, podría corresponder a dichas autoridades llevar a cabo los controles destinados a comprobar que los rendimientos profesionales que percibe el demandante por ejercer su actividad de conductor de taxi no superan el límite de lo que se considera necesario para sus gastos básicos. En cambio, una eventual decisión de las autoridades irlandesas de denegar al demandante la licencia de conductor de taxi, sin tener en cuenta sus necesidades, básicas o extraordinarias, y sin consultar con el Comité de Sanciones, sería el resultado de una interpretación o de una aplicación incorrectas del Reglamento impugnado.

133 En este contexto, no cabe reconsiderar la apreciación realizada por el Tribunal de Primera Instancia en las sentencias Yusuf y Kadi a la luz de las alegaciones más específicas invocadas por el demandante en la vista y relativas a la

supuesta falta de efectividad de las exenciones y de las excepciones a la congelación de fondos previstas por el Reglamento nº 561/2003.

134 Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la supuesta invalidez, en el presente caso, de las conclusiones a las que llegó el Tribunal de Primera Instancia, en los asuntos Yusuf y Kadi, sobre la compatibilidad con el *ius cogens* de la laguna detectada en la protección jurisdiccional de los afectados, el demandante alega, por una parte, la naturaleza confiscatoria de la congelación de sus fondos y, por otra, la falta de efectividad del mecanismo para revisar las medidas individuales de congelación de fondos adoptadas por el Consejo de Seguridad y aplicadas por el Reglamento impugnado.

135 En relación, primero, con el supuesto carácter confiscatorio de la congelación de fondos del demandante, es preciso recordar que el Tribunal de Primera Instancia, en las sentencias Yusuf (apartado 299) y Kadi (apartado 248), declaró que la congelación de fondos es una medida cautelar que, a diferencia de una confiscación, no afecta a la propia esencia del derecho de propiedad de los afectados sobre sus activos financieros, sino únicamente a su utilización. En su apreciación de la compatibilidad de dicha medida con el *ius cogens*, y en la medida en que no está sometida al control jurisdiccional, el Tribunal de Primera Instancia concedió especial importancia al hecho de que las Resoluciones que el Consejo de Seguridad ha ido aprobando sucesivamente no sólo no han establecido unas medidas de duración ilimitada o indeterminada, sino que han previsto siempre un mecanismo para revisar la oportunidad de mantener tales medidas tras un período de tiempo de 12 o 18 meses como máximo (sentencias Yusuf, apartado 344, y Kadi, apartado 289).

136 Pues bien, el demandante no ha invocado elemento o alegación alguna que pueda poner en entredicho la pertinencia de estas apreciaciones en el presente caso. Al contrario, el hecho de que la Resolución 1671 (2005), adoptada el 29 de julio de 2005, es decir dentro del plazo máximo de 18 meses previsto en la Resolución 1526 (2004) anterior, al igual que las cuatro resoluciones que la han precedido (véanse los apartados 18, 30, 40 y 46 *supra*), haya previsto de nuevo un mecanismo de revisión en un «plazo de 17 meses, o antes» (véase el apartado 48 *supra*) confirma tales apreciaciones.

137 En cuanto a la efectividad del mecanismo de revisión de las medidas individuales de congelación de los fondos adoptadas por el Consejo de Seguridad y aplicadas por el Reglamento impugnado, en segundo lugar, es preciso recordar, además de las consideraciones resumidas en el apartado 116 anterior, que en las sentencias Yusuf (apartados 309 y siguientes) y Kadi (apartados 262 y siguientes), el Tribunal de Primera Instancia declaró que los afectados podían dirigirse al Comité de Sanciones, por medio de sus autoridades nacionales, a fin de que se retire su nombre de la lista de personas a quienes se aplican las sanciones, o bien para obtener ciertas excepciones a la congelación de sus fondos.

138 En virtud de las medidas contempladas en el párrafo 4, letra b), de la Resolución 1267 (1999), del párrafo 8, letra c), de la Resolución 1333 (2000) y de los párrafos 1 y 2 de la Resolución 1390 (2002), enunciadas de nuevo en el párrafo 1 de la Resolución 1526 (2004) y de la Resolución 1617 (2005), el Comité de Sanciones se encarga de actualizar periódicamente la lista de personas y entidades cuyos fondos deben congelarse con arreglo a las citadas Resoluciones del Consejo de Seguridad.

139 Concretamente, en lo relativo a las peticiones de revisión de casos individuales destinadas a borrar el nombre de los interesados de la lista de personas a quienes se aplican las sanciones, las «Directrices del [Comité de Sanciones] para el desempeño de su labor» (en lo sucesivo, «Directrices»), aprobadas el 7 de noviembre de 2002, modificadas el 10 de abril de 2003 y revisadas (sin modificaciones sustanciales) el 21 de diciembre de 2005, disponen lo siguiente en su sección 8, titulada «Exclusión de la lista».

«a) Sin perjuicio de los procedimientos disponibles, una persona, un grupo, una empresa o una entidad incluido en la lista consolidada del [Comité de Sanciones] puede pedir al Gobierno de su país de residencia o ciudadanía que solicite una revisión del caso. A tal efecto, el requirente debe proporcionar una justificación del pedido de exclusión de la lista, presentar información pertinente y solicitar apoyo para su exclusión.

b) El Gobierno al que se presente la petición (“el Gobierno requerido”) debe examinar toda la información pertinente y luego dirigirse en forma bilateral al Gobierno o Gobiernos que propusieron originalmente la designación (“el Gobierno o los Gobiernos proponentes”) para solicitar información adicional y celebrar consultas sobre el pedido de exclusión de la lista.

c) El Gobierno o los Gobiernos proponentes originales también pueden pedir información adicional al país de ciudadanía o residencia del requirente. Los Gobiernos requeridos y proponentes pueden, según proceda, celebrar consultas con el Presidente del [Comité de Sanciones] durante el curso de esas consultas bilaterales.

d) Si, después de examinar la información adicional, el Gobierno requerido desea presentar un pedido de exclusión de la lista, debe tratar de persuadir al Gobierno o Gobiernos proponentes de que presenten conjunta o separadamente un pedido de exclusión de la lista al [Comité de Sanciones]. El Gobierno requerido puede presentar un pedido de exclusión de la lista al [Comité de Sanciones], de conformidad con el procedimiento de no objeción, sin un pedido paralelo del Gobierno o de los Gobiernos proponentes originales.

e) El [Comité de Sanciones] adoptará decisiones por consenso de sus miembros. Si no se puede llegar a un consenso sobre una cuestión determinada, el Presidente celebrará nuevas consultas si, a su juicio, pueden facilitar un acuerdo. Si después de esas consultas no se puede lograr un consenso, la cuestión se podrá presentar al Consejo de Seguridad. Dada la naturaleza específica de la información, el Presidente podrá alentar los intercambios bilaterales entre los Estados Miembros interesados a fin de aclarar la cuestión antes de que se adopte una decisión.»

140 El Tribunal de Primera Instancia ha observado ya que, al aprobar estas Directrices, el Consejo de Seguridad quiso tomar en consideración, en la medida de lo posible, los derechos fundamentales de las personas inscritas en la lista del Comité de Sanciones y en particular sus derechos de defensa (sentencias Yusuf, apartado 312, y Kadi, apartado 265). Buena prueba de la importancia que el Consejo de Seguridad atribuye al respeto de estos derechos la constituye, por otra parte, su Resolución 1526 (2004). A tenor del párrafo 18 de dicha Resolución, el Consejo de Seguridad «alienta muy especialmente a todos los Estados a que, en la medida de lo posible, informen a las personas y entidades incluidas en la lista del [Comité de Sanciones] acerca de las medidas que se les hayan impuesto y de las directrices del [Comité de Sanciones] y la resolución 1452 (2002)».

141 Es cierto que el procedimiento que se acaba de describir no reconoce directamente a los propios afectados el derecho a ser oídos por el citado Comité, única autoridad competente para pronunciarse, a petición de un Estado, sobre la revisión de su caso, de modo que dichas personas dependen, en lo esencial, de la protección diplomática otorgada por los Estados a sus ciudadanos. Sin embargo, esta restricción del derecho a ser oído no puede considerarse inadmisibles desde el punto de vista de las normas imperativas del Derecho internacional. Por el contrario, tratándose de la impugnación de unas decisiones que ordenan la congelación de fondos de individuos o entidades de quienes se sospecha que contribuyen a financiar el terrorismo internacional, decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad, a través de su Comité de Sanciones, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a partir de la información transmitida por los Estados y las organizaciones regionales, resulta normal que el derecho de los afectados a ser oídos sea objeto de ciertas adaptaciones en el marco de un procedimiento administrativo de varios niveles, en el que las autoridades nacionales mencionadas en el anexo II del Reglamento impugnado desempeñan un papel esencial (sentencias Yusuf, apartados 314 y 315, y Kadi, apartados 267 y 268; véase igualmente, por analogía, el auto del Presidente de la Sala Segunda del Tribunal de Primera Instancia de 2 de agosto de 2000, «Invest» Import und Export e Invest commerce/Comisión, T-189/00 R, Rec. p. II-2993).

142 Aunque el Comité de Sanciones adopte sus decisiones por consenso, la efectividad del procedimiento para solicitar la exclusión de la lista está garantizada, por una parte, por los distintos mecanismos formales de consulta para facilitar dicho consenso contemplados en la sección 8, letras b) a c), de las Directrices, y, por otra parte, por la obligación que incumbe a los Estados miembros de la ONU, incluidos los miembros de dicho Comité, de actuar de buena fe en el marco de este procedimiento, de conformidad con el principio general de Derecho internacional según el cual todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*pacta sunt servanda*), recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969. A este respecto, procede subrayar que las Directrices vinculan a todos los Estados miembros de la ONU en virtud de sus obligaciones jurídicas internacionales, con arreglo a las Resoluciones controvertidas del Consejo de Seguridad. En concreto, del párrafo 9 de la Resolución 1267 (1999), del párrafo 19 de la Resolución 1333 (2000) y del párrafo 7 de la Resolución 1390 (2002) se desprende que todos los Estados están obligados a cooperar plenamente con el Comité de Sanciones en el cumplimiento de sus funciones, en particular, comunicándole la información que pueda resultar necesaria en virtud de tales Resoluciones.

143 Más concretamente, por lo que se refiere al Gobierno requerido, que es el Gobierno al que se dirige la solicitud de exclusión de la lista y que, por tanto, en la mayoría de los casos, es el país de residencia o de ciudadanía del afectado, la efectividad de este procedimiento de exclusión queda garantizada, además, por la obligación que le impone la sección 8, letra b), de las Directrices de examinar toda la información pertinente proporcionada por el afectado y contactar a continuación bilateralmente con el Gobierno que ha propuesto la inclusión en la lista.

144 Es preciso añadir, en este contexto, que cuando los Estados miembros de la Comunidad reciben una solicitud de exclusión de la lista, les incumben una serie de obligaciones específicas.

145 En efecto, dado que el Comité de Sanciones, mediante sus Directrices, ha interpretado las Resoluciones controvertidas del Consejo de Seguridad en el sentido de que confieren a los afectados el derecho a presentar una solicitud de revisión de su caso al Gobierno del país en el que residen o del que son nacionales con el fin de que se excluya su nombre de la lista controvertida (véanse los apartados 138 y 139 *supra*), es preciso interpretar y aplicar en el mismo sentido el Reglamento impugnado, que ejecuta las citadas Resoluciones en la Comunidad (véanse, a este respecto, las sentencias Yusuf, apartado 276, y Kadi, apartado 225). Por consiguiente, debe entenderse que dicho derecho no sólo está garantizado por las citadas Directrices, sino también por el ordenamiento jurídico comunitario.

146 De las consideraciones anteriores resulta que, tanto al examinar dicha solicitud como en las consultas y negociaciones entre Estados que pueden derivarse de ella en virtud de la sección 8 de las Directrices, los Estados miembros están obligados, con arreglo al artículo 6 UE, a respetar los derechos fundamentales de los afectados tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario, en la medida en que el respeto de tales derechos fundamentales no pueda convertirse en un obstáculo para el adecuado cumplimiento de las obligaciones que les impone la Carta de las Naciones Unidas (véanse, en sentido contrario, las sentencias Yusuf, apartado 240, y Kadi, apartado 190).

147 Así, los Estados miembros deben velar en la medida de lo posible por que los afectados estén en disposición de defender eficazmente su punto de vista ante las autoridades nacionales competentes, en el marco de una solicitud de revisión de su caso. Por otra parte, el margen de apreciación que es preciso reconocer a tales autoridades, en este

contexto, debe ejercerse de modo que tome debidamente en consideración las dificultades con las que los afectados puedan tropezar para procurarse una protección efectiva de sus derechos, habida cuenta del contexto y la naturaleza concretos de las medidas que les son aplicables.

148 De este modo, los Estados miembros no podrán negarse a iniciar el procedimiento de revisión previsto en las directivas sólo porque los afectados no estén en disposición de proporcionar información precisa y pertinente en apoyo de su solicitud, dado que, por su carácter confidencial, no les comunicaron los motivos concretos que justificaron su inclusión en la lista controvertida ni los elementos de prueba que respaldaban dichos motivos.

149 Asimismo, habida cuenta de que los particulares, como se ha recordado en el apartado 141 anterior, no tienen derecho a ser oídos personalmente por el Comité de Sanciones, de modo que dependen, en lo esencial, de la protección diplomática otorgada por los Estados a sus ciudadanos, los Estados miembros están obligados a actuar con diligencia para que el caso de los afectados se someta sin retraso y de forma leal e imparcial al citado Comité para que éste proceda a su revisión, si ello resulta objetivamente justificado a la luz de la información pertinente aportada.

150 Procede añadir que, como señaló el Tribunal de Primera Instancia, a raíz de las afirmaciones del Reino Unido en la vista, en las sentencias Yusuf (apartado 317) y Kadi (apartado 270), los afectados tienen la posibilidad de interponer un recurso jurisdiccional, basado en el Derecho interno del Estado del Gobierno requerido o incluso directamente en el Reglamento impugnado y en las Resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad que dicho Reglamento aplica, contra la eventual decisión injustificada de la autoridad nacional competente de no someter su caso al Comité de Sanciones para su revisión, o con carácter más general, contra cualquier vulneración, por la citada autoridad nacional, del derecho de los afectados a solicitar la revisión de su caso. En la vista, en el presente asunto, el Consejo invocó, en este sentido, una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en la que se condenaba al citado Estado miembro a solicitar, con carácter urgente, al Comité de Sanciones que borrara el nombre de dos personas de la lista controvertida, bajo apercibimiento de una multa diaria [tribunal de première instance de Bruxelles (quatrième chambre), sentencia de 11 de febrero de 2005 en el asunto Nabil Sayadi y Patricia Vinck/Estado belga].

151 A este respecto, procede recordar que, según una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2005, Leffler, C-443/03, Rec. p. I-9611, apartados 49 y 50, y la jurisprudencia allí citada), a falta de disposiciones comunitarias, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que los justiciables obtienen del efecto directo del Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia ha precisado que dicha regulación de los recursos no puede ser menos favorable que la referente a los derechos que tienen su origen en el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) y que no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). El principio de efectividad debe llevar a los tribunales nacionales a aplicar la regulación procesal prevista por su ordenamiento jurídico interno en la medida en que no se oponga a la razón de ser y la finalidad del acto comunitario de que se trate.

152 De las consideraciones anteriores se deriva que, en el marco de un recurso que tenga por objeto una vulneración, por las autoridades nacionales competentes, del derecho de los afectados a solicitar la revisión de su caso con el fin de obtener su exclusión de la lista controvertida, corresponde al juez nacional, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velar por que se garantice la plena eficacia del Derecho comunitario, lo que puede llevarle a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice (véase la sentencia Leffler, apartado 151 *supra*, apartado 51, y la jurisprudencia allí citada), como una norma que excluya el control jurisdiccional de la negativa de las autoridades nacionales a actuar con el fin de garantizar la protección diplomática de sus ciudadanos.

153 En el presente caso, el demandante alegó en la vista que las autoridades irlandesas le informaron, mediante escrito de 10 de octubre de 2005, de que su solicitud de exclusión de la lista controvertida, presentada el 5 de febrero de 2004, todavía estaba siendo examinada por dichas autoridades. Si el demandante pretende de este modo poner de manifiesto la falta de cooperación leal de las autoridades irlandesas, le corresponde valerse, en su caso, de las posibilidades de interponer un recurso jurisdiccional basado en el Derecho interno de las que se ha tratado anteriormente.

154 En cualquier caso, una falta de cooperación de este tipo, suponiendo que se hubiera probado, no significa en absoluto que el procedimiento de exclusión contemplado en las Directrices sea, por sí mismo, ineficaz (véase, por analogía, el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 de mayo de 2003, Sison/Consejo, T-47/03 R, Rec. p. II-2047, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

155 En este contexto, no procede reconsiderar la apreciación del Tribunal de Primera Instancia en las sentencias Yusuf y Kadi a la luz de las alegaciones más específicas que el demandante expuso en la vista y relativas a la supuesta incompatibilidad con el *ius cogens* de la laguna detectada en la protección jurisdiccional de los afectados.

156 Por último, las sentencias Yusuf y Kadi no dan una respuesta a la alegación del demandante de que los Estados miembros de la ONU no están obligados a aplicar sin cambios las medidas que el Consejo de Seguridad les «invita» a adoptar. A este respecto, el Reino Unido objeta acertadamente que el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas distingue entre las «recomendaciones», que no tienen fuerza obligatoria, y las «decisiones», que tienen fuerza obligatoria. En el presente caso, las sanciones previstas por el párrafo 8, letra c), de la Resolución 1333 (2000) se

adoptaron mediante decisión. Asimismo, en el párrafo 1 de la Resolución 1390 (2002), el Consejo de Seguridad «decidió» mantener las medidas «impuestas» por la citada disposición. Por tanto, procede desestimar también esta alegación.

157 A la luz de las consideraciones anteriores, procede desestimar las partes segunda y tercera del segundo motivo. Por consiguiente, debe desestimarse íntegramente el segundo motivo.

Sobre el tercer motivo, basado en un vicio sustancial de forma

Alegaciones de las partes

158 El demandante sostiene que el Consejo incurrió en un vicio sustancial de forma al no exponer adecuadamente las razones por las que considera que en el presente caso se imponía la adopción de una normativa comunitaria, en vez de las correspondientes normativas nacionales. El motivo enunciado a este respecto en el cuarto considerando del Reglamento impugnado, a saber, el objetivo de «evitar toda distorsión de la competencia», no cuenta con ningún fundamento fáctico.

159 El Consejo y el Reino Unido consideran que el presente motivo se confunde con el que se basa en la vulneración del principio de subsidiariedad y se remiten a sus observaciones en respuesta a dicho motivo. A la alegación del demandante de que el Reglamento impugnado no expone las razones por las que se consideró oportuna una acción comunitaria, el Reino Unido duda de que sea así, a la luz de los considerandos del citado Reglamento. A la alegación más concreta del demandante de que existe una motivación insuficiente en relación con el objetivo de evitar una distorsión de la competencia, el Consejo responde que la motivación del Reglamento impugnado debe examinarse globalmente y no aislando una única frase de una página de considerandos.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

160 Con este motivo, el demandante alega una doble insuficiencia en la motivación.

161 En primer lugar, imputa al Consejo no haber expuesto adecuadamente las razones por las cuales éste consideró que en el presente caso se imponía la adopción de una normativa comunitaria, en vez de las correspondientes normativas nacionales.

162 Esta imputación carece de fundamento, ya que los vistos del Reglamento impugnado se remiten, por una parte, a los artículos 60 CE, 301 CE y 308 CE y, por otra, a la Posición común 2002/402. Aun cuando el Tribunal de Primera Instancia afirmó, en las sentencias Yusuf (apartado 138) y Kadi (apartado 102), que la exposición de motivos del Reglamento impugnado era particularmente lacónica sobre este extremo, dicha motivación resulta, sin embargo, suficiente. En cuanto a las razones por las que se consideró, en dicha Posición común, que era necesaria una acción de la Comunidad, se trata de razones de la Unión y no de la Comunidad. En consecuencia, no era preciso exponerlas en el acto comunitario.

163 En segundo lugar, el demandante sostiene que el motivo señalado en el cuarto considerando del Reglamento impugnado, a saber, el objetivo de «evitar una distorsión de la competencia», no cuenta con ningún fundamento fáctico.

164 Es cierto que el Tribunal de Primera Instancia declaró, en las sentencias Yusuf (apartados 141 y 150) y Kadi (apartados 105 y 114), que no resultaba convincente la afirmación formulada en la exposición de motivos del Reglamento impugnado sobre la existencia de un riesgo de distorsión de la competencia que dicho Reglamento pretende combatir y que, por lo tanto, las medidas controvertidas en los citados asuntos no podían ampararse en el objetivo mencionado en el artículo 3 CE, apartado 1, letras c) y g).

165 No obstante, como señala con razón el Consejo, la motivación de un reglamento debe examinarse globalmente. Según la jurisprudencia un vicio de forma de un reglamento que consista en una afirmación de hecho errónea contenida en un considerando no puede conducir a la anulación de dicho acto si los demás considerandos proporcionan una motivación suficiente por sí misma (sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 1987, España/Consejo y Comisión, 119/86, Rec. p. 4121, apartado 51, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de enero de 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke y Lech-Stahlwerke/Comisión, T-129/95, T-2/96 y T-97/96, Rec. p. II-17, apartado 160). Esto es lo que sucede en el presente caso.

166 A este respecto, cabe recordar que la motivación que exige el artículo 253 CE debe revelar de manera clara e inequívoca el razonamiento del Consejo, de modo que los afectados puedan conocer la justificación de las medidas adoptadas y el Tribunal de Justicia ejercer su control. Por otra parte, para apreciar el cumplimiento de la obligación de motivación, se debe tener en cuenta no sólo el tenor literal del acto, sino también su contexto, así como el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. Cuando se trata, como en el presente asunto, de un acto destinado a una aplicación general, la motivación puede limitarse a indicar, por una parte, la situación de conjunto que ha conducido a su adopción y, por otra parte, los objetivos generales que se propone alcanzar (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2006, International Air Transport Association y otros, C-344/04, Rec. p. I-0000, apartados 66 y 67, y la jurisprudencia allí citada).

167 En el presente caso, los vistos del Reglamento impugnado y los siete primeros considerandos, entre otros, satisfacen plenamente tales exigencias, como se desprende de las sentencias Yusuf (apartados 158 y siguientes) y Kadi (apartados 122 y siguientes).

168 Además, la parte en que el anexo I del Reglamento impugnado designa por su nombre al demandante, al que se aplica una medida individual de congelación de fondos, está suficientemente motivada por la remisión, en su artículo 2, a la designación correspondiente del Comité de Sanciones.

169 De las anteriores consideraciones se desprende que debe desestimarse el tercer motivo.

170 Dado que ninguno de los motivos invocados por el demandante en apoyo de su recurso está fundado, procede desestimar dicho recurso.

Costas

171 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haberse desestimado el recurso, procede condenar en costas al demandante, conforme a las pretensiones del Consejo.

172 Sin embargo, según el artículo 87, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, los Estados miembros y las instituciones que intervengan como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)

decide:

- 1) **Desestimar el recurso.**
- 2) **Condenar al demandante a soportar, además de sus propias costas, las costas del Consejo.**
- 3) **El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Comisión soportarán sus propias costas.**

Pirrung	Forwood	Papasavvas
Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 12 de julio de 2006		
El Secretario		El Presidente
E. Coulon		J. Pirrung

ANEXO II

European Commission' standard set of questions guiding the application of the subsidiarity and proportionality principles.

In December 2003, the Commission decided to introduce a standard format for the explanatory memorandum accompanying each of its legislative proposals, to improve its structure and contents. Later on it developed a computerised form integrating these standard requirements and reminding drafters of the specific conditions set by the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality annexed to the Treaty establishing the European Community. The following is an extract of that computerised form.

"3) LEGAL ELEMENTS OF THE PROPOSAL

Summary of the proposed action

-

Legal basis

-

Subsidiarity principle

1. Indicate if the proposal falls under the exclusive competence of the Community.
Yes (Subsidiarity principle does not apply)
No (Subsidiarity principle applies)
2. When the subsidiarity principle applies, the proposal must meet at least one of the two conditions listed under A and B, as well as the condition listed under C. If the proposal meets more than one condition, use the appropriate text area to mention it.
 - (a) Indicate why action by Member States would not be sufficient to achieve the objectives of the proposed action. Refer in particular to the transnational aspects that cannot be properly regulated by Member States' action.
 - (b) Indicate why action by Member States alone would damage significantly Member States' interests.
 - (c) Indicate why EU action will better achieve the objectives of the proposal, by referring to the scale and/or the effects of its action.
3. Indicate which qualitative indicators demonstrate that the objective can be better achieved by the Union.
4. Indicate which quantitative indicators demonstrate that the objective can be better achieved by the Union (*Optional*).
5. Demonstrate that the scope of the proposal is limited to what Member States cannot satisfactorily achieve and what the Union does better.

Proportionality principle

1. Show that the proposed form of action is as simple as possible and that proposed measures leave as much room for national decision as possible (for instance directives being preferred to regulations and framework directives preferred to detailed measures)
2. Indicate how financial and administrative burden falling upon the Community, national governments, regional and local authorities, economic operators and citizens is minimized and proportionate to the objective(s) of the proposal.

Conjunto de preguntas que guían la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la Unión Europea. ⁱ

En diciembre de 2003, la Comisión decidió introducir un formato estándar para el memorándum explicativo que acompaña cada una de sus propuestas legislativas, para mejorar su estructura y contenidos. Luego desarrolló una forma computarizada integrando esos requisitos estándares y recogiendo las condiciones específicas fijadas por el Protocolo N° 30 sobre la aplicación de los principios subsidiariedad y proporcionalidad anejo al tratado que establece la Comunidad Europea.

A continuación se presenta un extracto de la forma computarizada:

Formato estándar para el memorándum explicativo que acompaña los actos legislativos de la Comisión.-

Los elementos legales de la propuesta:

1) *Resumen de la acción propuesta.*

-

2) *Base legal*

-

Principio de subsidiariedad

1. Indique si la propuesta cae bajo la competencia exclusiva de la Comunidad.

Sí (El principio de subsidiariedad no aplica)

No (El principio de subsidiariedad aplica)

2. Cundo el principio de subsidiariedad se aplica, la propuesta debe cumplir con al menos una de las dos condiciones previstas bajo los literales a) y b), además la condición contenida en el literal c). Si la propuesta cumple más de una condición, utilice el área del texto apropiado para mencionarla.

a) Indicar por qué la acción realizada por los Estados miembros no sería suficiente para lograr los objetivos de la acción propuesta. Describir en particular los aspectos transnacionales que no pueden ser regulados correctamente por la acción de los Estados miembros.

- b) Indicar por qué la acción de los Estados miembros realizada por si sola perjudicaría de manera significativa a los intereses de los EM.
- c) Indicar por qué la acción de la Unión Europea lograría mejor los objetivos de la propuesta, al referirse a la escala y /o los efectos de su acción.

3. Señalar los indicadores cualitativos que demuestran que el objetivo puede ser mejor conseguido por la Unión Europea.

4. Señalar los indicadores cuantitativos que demuestran que el objetivo puede ser mejor conseguido por la Unión (Regla opcional).

5. Demostrar que el ámbito de la propuesta se limita a lo que los Estados miembros no pueden conseguir de manera satisfactoria y que la Unión podrá hacerlo mejor.

Principio de proporcionalidad

- 1. Demostrar que la forma propuesta de la acción comunitaria es lo más simple posible y que las medidas propuestas dejan el más amplio margen posible para la decisión nacional (Las Directivas son preferibles a los reglamentos, y las directivas marco son preferibles a las medidas detalladas).**
- 2. Indicar cómo la carga financiera y administrativa que recae sobre la Comunidad, lo gobiernos nacionales, las autoridades regionales y locales, los operadores económicos y los ciudadanos son mínimas y proporcionales a los objetivo(s) de la propuesta.**

ⁱ La presente es una traducción libre al español de la versión oficial en inglés del formato estándar del memorándum explicativo elaborada directamente por el autor de la tesis. La versión oficial aparece en: Commission of the European Communities, *Commission Staff Working Paper Anex to the Report from the Commission "Better Lawmaking 2006"*, Bruselas, 2007, p.36