

¿Cerrar o cuadrar el círculo?: a propósito de la revisión del «sistema de fuentes del derecho» de la UE*

Antonio López Castillo

Profesor Titular de Derecho constitucional
Universidad Autónoma de Madrid (UAM)
Profesor del Instituto Universitario Ortega y Gasset (IUOG, Madrid)

Sumario: I. Introducción. II. Lo específico iuscomunitario: de la agregación inicial de los Tratados de las CC EE a la emergencia de un «orden jurídico propio»: memento breve. III. Del sistematizado orden iuscomunitario al complejo (y asimétrico) orden de la UE: 1. Los instrumentos y formas de actuación en el ámbito de la UE: un tiento sistemático: A. La tipología iuscomunitaria: del tenor en fuga; B. Los «actos» vinculantes; C. Los «actos» de carácter no vinculante; D. La tipología «paracomunitaria» (o derecho complementario); E. Las tipologías extracomunitarias: ¿polifonía o desconcierto?; 2. Comentario de (alguno de) los aspectos críticos del «sistema de fuentes» en cuestión: caprichos y variaciones: A. Imprecisiones comunitarias; B. Desfases «paracomunitarios»; C. Fárrago extracomunitario. IV. De constitutione ferenda: ¿refundir o/y refundar el pluralismo radical de la UE?: 1. Simplificación y jerarquización del complejo (y asimétrico) orden jurídico de la UE; 2. Simplificar, en el sentido tanto de reducir (y sintetizar) como de añadir: A. Las propuestas institucionales de simplificación de la tipología de los «actos» de la UE del informe final del Grupo IX a la Convención Europea y del anteproyecto de «Tratado constitucional» de la Comisión Europea; B. Sumaria referencia siguiendo el guión de Laeken; 3. Simplificar clarificando y reordenando; es decir, jerarquizando: A. Las propuestas de jerarquización de los «actos» de la UE en el informe final del Grupo IX de la Convención y en el anteproyecto de «Tratado constitucional» de la Comisión Europea; B. Sumaria referencia (bis) siguiendo el guión de Laeken. Simplificar jerarquizando: ¿debe insertarse en el tratado una neta distinción entre medidas legislativas y de aplicación?, ¿debe articularse en ese primer nivel normativo una explícita habilitación para la delegación en la comisión de funciones normativas? 4. Simplificar observando los equilibrios (territoriales) del sistema: ¿sigue siendo el principio de proporcionalidad la base de partida? V. A las puertas de Roma: ¿alea jacta est?

I. INTRODUCCIÓN

Del actual debate acerca de las necesarias reformas que la ampliación, sobre

* Trabajo concluido a finales de diciembre de 2002 durante mi estancia de investigador invitado en el Instituto Max Planck (Heidelberg). Quiero personificar en mi Director Ejecutivo y estimado colega, Prof. Dr. Armin von Bogdandy mi agradecimiento a esta excelente institución.

el solar adyacente, de la casa europea necesita para dar acomodo a todos sus moradores, sin perjuicio de una solidez reforzada, forma parte sin duda la discusión relativa a un instrumentario (jurídico) cuya futura utilidad se viene poniendo en duda, de manera sistemática ya desde la reconducción política de las Comunidades Europeas (en adelante, CC EE) en el marco más amplio de la Unión Europea (en adelante, UE).

Su identificación como ámbito diferenciado de discusión es una precisión de última hora –recuérdese que la llamada al orden expresa en la Declaración relativa a la jerarquía de los actos comunitarios (1992), no ha tenido por respuesta en las citas de 1996 y 2000 sino un espeso silencio¹– y que, trazados ya en Niza los jalones de la discusión (simplificación de los Tratados, sistema competencial más preciso, estatuto de la Carta de derechos fundamentales de la UE [en adelante, la «Carta»] y función de los Parlamentos nacionales)², ha sido mediante la Declaración de Laeken como, además de impulsarse el método convencional inaugurado con ocasión de la elaboración de la «Carta», se ha identificado expresa y netamente la problemática cuestión de la «simplificación del instrumentario (jurídico) de la UE» mediante una serie de preguntas relativas a la posibilidad de reducir el número de instrumentos legislativos de la UE y de avanzar en la diferenciación de los planos de legislación y de aplicación, así como de ensayar nuevos caminos, mediante «coordinación abierta» y «reconocimiento mutuo», haciendo cuestión de la transitividad de senderos conducentes al (o provenientes del) principio de proporcionalidad³.

Se trata así, en su conjunto, de voces o expresiones indicativas de una reticencia de fondo acerca, tanto de la eficacia, como de la legitimidad, por contraste con los estándares constitucionales «cogentes», de un «sistema de fuentes...» cuyo desenvolvimiento se ha de ver a la luz relampagueante de la inicial emergencia y ulterior desarrollo de un «orden jurídico propio y autónomo» sobre la raquíta base de los Tratados de París y Roma (II) y expuesto, ya en los noventa, al embate del agregado que resulta de los Tratados de Maastricht y Ámsterdam. Las disfuncionalidades y carencias que dejan ver las puntualizaciones que a propósito de la tarea pendiente se hacen en la «encomienda» de Laeken, así como las diversas propuestas de modificación y reforma postuladas, en la senda de debates precedentes –así, en particular, y sobre el impulso del documento constitucional discutido en el Parlamento Europeo y publicitado en 1994, en los prolegómenos de la Conferencia intergubernamental (en adelante, CIG) de 1996–, se entienden

¹ Vid. Declaración anexa al Acta final de la CIG 92.

² Vid. Declaración sobre el futuro de la Unión Europea, anexa al Acta final.

³ Vid. Declaración de Laeken sobre el futuro de Europa, anexa a las Conclusiones del Consejo Europeo, de 14/15 diciembre 2001. De esta «guía de actuación» me he ocupado en la conferencia que, bajo el título «Simplificación de los Tratados» (inédita), impartí en el Seminario «¿Hacia dónde va Europa? El debate sobre el futuro de la Unión», organizado por IEAP-CER, en colaboración con EGAP y FGE, en Santiago de Compostela, los días 16/17 de octubre de 2002.

mejor previa constatación de la relativa distancia mediante entre el tenor de los Tratados y el instrumental con el que efectivamente operan las Instituciones comunitarias, de un modo no enteramente reconducible a su base de Derecho primario que, por lo demás, se ha visto acrecentada por el asimétrico y farragoso conjunto que resulta de haberse superpuesto a la comunitaria (ya en buena medida sistematizada) una diversa (e imprecisa) tipología de instrumentos de actuación en esos ámbitos no comunitarizados que, de acuerdo con la caracterización doctrinal (no obstante su sinsustancia) dominante, se conocen como segundo y tercer pilares de la UE (III). A partir de aquí, se podría pasar, ya en un plano «de Constitutione ferenda» (IV), a relacionar (alguna de) las propuestas de modificación del «sistema...» contrastando su grado de correspondencia con la guía de actuación trazada por el Consejo Europeo de Laeken y valorando el significado y alcance de unas propuestas que, no siempre exentas de «novelería», ocasionalmente se formulan incluso al margen de las leyes gravitatorias de un espacio constituido y por constitucionalizar⁴; a no dudar, la decisión a propósito de este o aquel elemento, así como una mínima atención al acervo dogmático, precisa previo discernimiento acerca de la «forma del poder»⁵ (im)propia de la UE⁶ pues, fuera de la ciencia política-ficción, no cabe pensar en articular un sistema de fuentes del derecho abstracción hecha de unas formas política y de gobierno con las que habrá de estar en congruencia (V).

II. LO ESPECÍFICO IUSCOMUNITARIO: DE LA AGREGACIÓN INICIAL DE LOS TRATADOS COMUNITARIOS A LA EMERGENCIA DE UN «ORDEN JURÍDICO PROPIO...»: MEMENTO BREVE

Es preciso comenzar señalando el origen iusinternacional de las referencias en el espacio iuscomunitario a los medios o instrumentos jurídicos de actuación o, en expresión más utilizada, a los «actos jurídicos». En efecto, es notorio que a la hora de referirse al derecho de las organizaciones internacionales, así como se alude a los «medios materiales» para dar cuenta de sus disponibilidades personales y financieras, la doctrina habla de «medios

⁴ En relación con la secuencia abierta «constituir-constitucionalizar» cfr. mi trabajo en LÓPEZ, A. (ed.): *REP*, número monográfico sobre la reforma de la UE (en prensa); y, con carácter general, mi contribución (I. 1 y 2; II. 2 y 4; y IV.) a la ponencia española sobre «Droit de l'UE et Constitutions nationales», en *XX Congreso FIDE*, Londres (2002), en <http://www.fide2002.org/french/reportseulaw.htm>.

⁵ La referencia a la «forma de poder» recuerda a RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Ed. CEC, Madrid, 1993 (2ª ed. 1996).

⁶ Acerca de la especificidad estructural de la UE cfr., por otros, VON BOGDANDY, A.: «Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus: Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatsrechtlicher Perspektive», en *Integration*, 1993, pgs. 210 y ss.; ÍDEM, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform: Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1999.

jurídicos (de acción)⁷ o, bien, de «actos jurídicos», para dar cuenta de aquellas disposiciones que, de acuerdo con un procedimiento iusinternacional, son aptas al efecto de «crear una norma internacional» o, bien, «derechos y obligaciones internacionales»⁸.

En su vaguedad, la referencia a los «actos jurídicos» internacionales vale tanto para los de naturaleza ejecutiva o/y jurisdiccional, como para los «normativos» que, dejando a un lado los expresivos de competencia normativa interna de los organismos e instituciones, tales como reglamentos internos, instrucciones o/y recomendaciones interorgánicas, suelen caracterizarse como «decisiones obligatorias» que, en atención a su procedencia y contenido, lo serán efectivamente para sus destinatarios⁹.

El origen iusinternacional de las CC EE permite entender la (in)consciente proyección doctrinal a este específico ámbito de lo comunitario tanto de la imprecisión de la etiqueta «actos jurídicos», dicho sea sin perjuicio de algún matiz (así, en particular, la exclusión de las resoluciones jurisdiccionales comunitarias), como de la formal indeterminación de unos efectos cuya concreción resultaría de su enjuiciamiento material en vía jurisdiccional. Sin perjuicio de lo insatisfactorio de semejante proyección, a nadie se le oculta que a su propia superación ha coadyuvado, sobre otros elementos, el rendimiento que el antiformalismo, que está en la base de las «decisiones obligatorias» internacionales, ha podido tener en el alumbramiento por parte del Tribunal de Justicia (en adelante, TJ) de un «orden jurídico (de derecho internacional, en un primer amago, y, de seguida) propio» y «autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros» a la que desplaza en caso de conflicto, en una breve secuencia que va de Van Gend & Loos a Costa/ENEL, sin olvidarse de San Michele o Comisión/Luxemburgo y Bélgica, y que, entre otras muchas resoluciones, culmina en el relevante DTJ 1/1991¹⁰, cuya inicial audacia no sin razón se ha venido a caracterizar de auténtico «ardid»¹¹.

En su larga marcha hacia lo que se ha caracterizado sin tapujos como «proceso de constitucionalización jurisprudencial de los Tratados»¹², el TJ se ha

⁷ Tomo la referencia de Díez de Velasco y Vallejo, M.: *Las organizaciones internacionales*, 9ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1995, Cap. VII («Los medios jurídicos de acción: el derecho de las organizaciones internacionales»).

⁸ JACQUÉ, J. P.: «Éléments pour une théorie de l'acte juridique», en *Droit international public*, París, 1972, pg. 70 cit. en Díez de Velasco y Vallejo, M.: *Las organizaciones internacionales*, 1995, pg. 123.

⁹ Vid., en detalle, Díez de Velasco y Vallejo, M. en *loc. cit.*, pgs. 126 y ss.

¹⁰ Vid. SSTJ de 5 febrero 1962, As. 26/1962, Vand Gend & Loos, en Res. 1 y ss.; de 15 julio 1964, As. 6/1964, Costa/ENEL, en Res. 1127 y ss.; de 13 noviembre 1964, As. Ac. 90 y 91/1963, Comisión/Luxemburgo y Bélgica, en Res. 1220 y ss.; ATJ, de 22 junio 1965, en Res. 13, 1 y ss.; DTJ (1/1991), de 14 diciembre, Res. I-6079 y ss.

¹¹ Vid. Frowein, J. A.: «Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten», *EuR*, 1995, pgs. 315 y ss.

¹² Al efecto vid., por otros, Weiler, J. H. H.: «The transformation of Europe», *HLJ*, 1991, pgs. 4 y ss. (la traducción española de este relevante trabajo puede verse en Ídem,

valido del empleo sistemático tanto de potencialidades ínsitas en los métodos interpretativos de las jurisdicciones internacionales, como ha podido ser el caso en el asunto Van Gend & Loos, como de tópicos argumentativos propios de las jurisdicciones (constitucionales) estatales, como en el asunto EEE, por lo demás, en claro contraste con los criterios interpretativos previstos en el Convenio de Viena para la interpretación de los tratados internacionales que por primera vez se invocan, pero justamente para clarificar el diverso alcance de las disposiciones (de idéntico tenor a las comunitarias) del Tratado institutivo de dicho espacio económico¹³.

Pues bien, asumida la especificidad del «orden jurídico propio (de la integración)», cabía esperar que se asumiera (siquiera pragmáticamente) su autonomía respecto del orden constitucional; una autonomía que, más acá de la disponibilidad última de los Estados miembros mediante el procedimiento (unificado) de reforma¹⁴, alcanza al derecho primario, caracterizado de «carta constitucional...»¹⁵ –referencia jurisprudencial que sería erróneo entender circunscrita sólo al tenor del TCE o de los Tratados, por ser comprensiva del «derecho (en ellos) viviente»– y, en consecuencia, comporta la proyección del «propio» parámetro¹⁶, primero, sobre los Tratados, con ocasión de su suprema interpretación, y, segundo, sobre el conjunto del derecho derivado al verificarse una interpretación y control de conformidad con el derecho primario que, cuestión prejudicial mediante, en último extremo compete al TJ.

En suma, en tanto que «autónomo» el derecho derivado, no podría ser derogado, ni declarado inconstitucional ni, simplemente, inaplicable, en los respectivos ámbitos estatales, sino por contraste con el específico parámetro iuscomunitario (lo que nada definitivo dice en relación con la polémica articulación jurisdiccional de los órganos supremos o/y constitucionales de los Estados miembros¹⁷); y como «orden(amiento) jurídico propio», distinto

Europa, fin de siglo, CEC, 1995, pgs. 13 y ss.); ÍDEM, *Il sistema comunitario europeo*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1985.

¹³ Vid., por otros, VALLE GÁLVEZ, A.: «La especificidad del ordenamiento comunitario...», *RIE*, 1993, pgs. 155 y ss.; ÍDEM, «La interpretación de los tratados internacionales por el TJCE...», *RIE*, 1995, pgs. 861 y ss.

¹⁴ Al margen, pues, de una mera facticidad imprevisible, los Estados únicamente disponen, de consuno, de los Tratados, mediante el procedimiento de reforma; que del DTJ 1/1991 (citado en la nota al pie inferior) quepa inferir la existencia en los Tratados de límites implícitos a su reforma es algo más que dudoso (en esta misma línea vid., por ejemplo, TESAURO, G.: *Diritto comunitario*, Ed. Cedam, Padova, 2001, pg. 81).

¹⁵ Vid. STJ, de 23 abril 1986, As. 294/1983, Los Verdes, párr. 23; ATJ, de 13 julio 1990, As. C-2/1988, Zwartveld, en Res. I-3365 y ss.; DTJ de 14 diciembre 1991, 1/1991, en Res. I-6079; STJ de 23 marzo 1993, As. C-314/1991, Weber, en Res. I-1093 y ss.

¹⁶ A propósito vid. LÓPEZ CASTILLO, A.: *Constitución e integración*, 1996, Cap. I, pgs. 52 y ss.

¹⁷ Cfr. STCFA de 12 octubre 1993, Maastricht (vid., por otros, LÓPEZ CASTILLO, A.: «De integración y soberanía...», *REDC*, 4, 1994, pgs. 20 y ss.; cfr., en relación con la DTC de 1 julio 1992, ARAGÓN REYES, M.: *Estudios de derecho constitucional*, Ed. CEC, Madrid, 1998, pgs. 203 y ss.) mediante ATCFA de 7 junio 2001, Plátanos (vid. en nota 123). Y, en

Antonio López Castillo

de un mero agregado de disposiciones yuxtapuestas, por cuanto ni las bases jurídicas podrían modificarse por otra vía que la de la reforma del Tratado¹⁸, ni su diversidad y falta de sistema cierra por completo el paso a la traza de aquellos principios (seguridad jurídica, jerarquía normativa,...) que, por definición, caracterizan un (sistematizado) orden jurídico.

Ahora bien, con ello no se cierra círculo alguno; si acaso, se abre uno nuevo. Y ello, no obstante advertir de la existencia en este «Derecho» de un principio de articulación jerárquica entre las normas de carácter primario, sujetas a procedimiento (diverso, como la propia fuente) de reforma, y las derivadas propias (o integradas) de los Tratados, modificables de conformidad con el procedimiento previsto en su respectiva base jurídica (o de acuerdo con su específico régimen), y aun de la más difusa gradación entre normas derivadas de primer y segundo grado o, en expresión más extendida, secundarias y terciarias¹⁹; fruto en lo sustancial de una constructiva jurisprudencia que, en un espacio carente de una base propia (excluyente) de legitimación y en un marco (materialmente) fragmentario y de textura (formalmente) abierta, ha conseguido alumbrar un «orden jurídico» *in fieri*, mediante un meritorio esfuerzo de compleción y estructuración normativas.

La mutación que resulta del tránsito de la inicial agregación de los Tratados de las CC EE a la emergencia de un «orden jurídico propio», si no sistemático, sí reducido a sistema, ha traído consigo nuevas exigencias; o, dicho en términos más convencionales, clarificada la secuencia de su material constitucionalización, el planteamiento del debate acerca de su formalización era ya sólo cuestión de tiempo. Y así, a los conatos iniciales, representados en particular por las iniciativas discutidas y/o adoptadas en un PE muy consciente de su directa legitimidad popular, ha seguido la secuencia de reformas que sigue a la puesta en marcha de la UE en 1992/93 y, muy especialmente, el debate previo a la CIG 2004, actualmente en marcha.

III. DEL SISTEMATIZADO ORDEN IUSCOMUNITARIO AL COMPLEJO (YASIMÉTRICO) ORDEN DE LA UE

En este renovado contexto, sin desconocer su interés, ya no basta con la gruesa divisoria entre unas normas primarias y otras normas derivadas, fruto de convenciones internacionales o de actos unilaterales, ni siquiera la precisión según la cual cabría diferenciar, a propósito de estas últimas, entre las secundarias, o derivadas de primer grado, y las terciarias, o derivadas de segundo grado.

general, LÓPEZ CASTILLO, A.: *Constitución e integración*, 1996, pgs. 45 y ss.; ALONSO GARCÍA, R.: *El control de los tratados internacionales por parte de los tribunales nacionales...*, (inédito), *passim*.

¹⁸ Vid. STJ de 11 julio 1996, As. ac. C-427, 429 y 436/1993, Bristol, en Rec. I-3547.

¹⁹ Vid., por otros, MONJAL, P.-Y.: *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Ed. LGDJ (112), París, 2000, pgs. 431 y ss.

Ahora se trataría de refundir o/y refundar, de separar el grano de la paja, ya sea diferenciando en el vasto conjunto del derecho primario, entre unas normas fundamentales o básicas (o constitucionales) y otras que no siéndolo, puedan articularse en otro plano normativo (subordinado), ya incluso añadiendo elementos adicionales de principio, incluso si han podido ser jurisprudencialmente reconocidos, como el de seguridad (y certeza) y jerarquía normativas, con las implicaciones que ello tiene sobre los equilibrios (institucional y competencial) sustentadores del «sistema».

Y se trataría, asimismo, de clarificar la compleja trama de bases jurídicas, simplificando y reduciendo la panoplia de procedimientos de decisión²⁰, preguntándose por el sentido de mantener una tipología de actos e instrumentos de actuación, farragosa, si se atiende al acúmulo de instrumentos y formas de actuación etiquetadas de forma disímil a las propias del ámbito iuscomunitario que han articulado los Títulos V y VI del TUE, y en alguna medida desacompañada, al tiempo que imprecisa, por cuanto, de una parte, entre los previstos, y no obstante el tenor de los Tratados, se viene produciendo una creciente confusión, no siempre propiciada por la indefinición de las bases, de otra parte, algunos de los más utilizados no se encuentran previstos en los Tratados, y, por último, y no menos relevante, por la complicación sistémica que, así como la existencia de normación de segundo grado, básicamente «reglamentos de desarrollo», supone la falta de una línea de deslinde precisa en el *gubernaculum* que, cuando de la función ejecutiva se trata, configuran la Comisión y el Consejo; a la luz de este cuadro, se han de valorar el sentido de la pregunta acerca de la conveniencia de su mejor definición y posible reducción que retóricamente formula la Declaración de Laeken, tanto como las respuestas avanzadas en el actual debate (preconstituyente).

Aunque algunas de esas tareas podrían cumplimentarse sin necesidad de reformar el Tratado, modificándose o no otras disposiciones o/y convencio-

²⁰ Centrados en la concurrencia de las instituciones expresivas de la doble legitimidad sobre la que actualmente descansa la UE, partiendo de la treintena existente, se han podido identificar con los dedos de una mano los cinco (o cuatro, de no contarse el residual proceso de cooperación, operativo sólo en el ámbito de la UEM), procedimientos básicos, con la alternativa que resulta de que la decisión del Consejo se adopte por unanimidad o por mayoría cualificada. Se trataría, así, de una parte, de los procedimientos de codecisión, consulta y dictamen conforme; y, de otra parte, del procedimiento de decisión exclusiva del Consejo. Este esfuerzo de síntesis tiene, no obstante, sus límites en la existencia de supuestos en los que la Comisión, en aplicación de los Tratados, y en el ejercicio del ámbito de decisión propio que *ex art. 211 TCE* se le atribuye, adopta no sólo iniciativas y recomendaciones, sino todas decisiones, reglamentos y directivas; así, p. ej., sobre la base del art. 86.3 TCE (cfr. STJ de 19 marzo 1991, As. C-202/1988, en Res. I-1223 y ss.) la Comisión ha dictado Directivas sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas y sobre la competencia en los mercados de las terminales de telecomunicaciones; por su parte, *ex art. 110.1 TCE*, dispone el BCE de una potestad reglamentaria directa; sin perjuicio de la intervención de las otras dos instituciones, otras veces la decisión arranca del PE (arts. 190.5 y 195.4 TCE); etc.

nes, la satisfacción de otras puede requerir su expresa reforma (así, por ejemplo, la eliminación del fárrago instrumental de los pilares no comunitarizados) y, en fin, más allá de la reforma de su tenor, algunas otras alteraciones podrían incidir sobre los equilibrios sustentadores de la forma política refleja en el TUE; es preciso advertir, sin incurrir por ello en la absurda pretensión de petrificar un «*stato qui si muove*»²¹, del alcance estructural que el avance (piénsese en el equilibrio institucional) hacia la articulación de una(s) ley(es) y de un(os) reglamento(s) comunitarios, sin duda comporta.

En lo que sigue, antes de pasar a glosar el detalle de los aspectos más críticos del «sistema de fuentes» en cuestión (2), se hará un sumario repaso del conjunto de sus elementos integrantes (1), desde la evolutiva imprecisión del derecho comunitario derivado, hasta la farragosa *addenda* extracomunitaria (de los Títulos V y VI) del TUE, sin desatender la desacompasada instrumentalidad de lo complementario o «paracomunitario».

1. LOS INSTRUMENTOS Y FORMAS DE ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UE: UN TIENTO SISTEMÁTICO

A. *La tipología iuscomunitaria: del tenor en fuga*

Conviene llamar la atención sobre la existencia de sistemáticas diversas a la hora de agrupar los instrumentos de actuación de las CC EE, v. gr., de la CE. Cualquier manual de Derecho comunitario presenta la suya que, con ligeras variantes, suele atender a la divisoria entre actos vinculantes y no vinculantes que se recoge en el artículo 249 TCE. Entre la documentación manejada en el seno del Grupo IX de la Convención se cuentan también presentaciones del «sistema actual» tan (in)útiles como otras cualesquiera.

En esta tradición, el presente repaso por los instrumentos y formas de actuación comunitarias, que sin perjuicio de su espíritu de sistema se constriñe aquí a simple esquema²², se aparta de referentes tales sólo en la medida imprescindible para llamar la atención sobre aquellos aspectos que, si no enteramente desubicados, cuando menos aparecen velados bajo la cubierta de etiquetas cajón de sastre; sería, en particular, el caso de los acuerdos o/y convenciones interinstitucionales tanto como el de los reglamentos de las Instituciones y, en particular, el del PE, pues sólo en virtud de un con-

²¹ La expresión está en la página 158 de mi contribución («La Constitución y el proceso de integración europea en Closa Ediciones: La europeización del sistema político español. Ed. istmo, Madrid 2001, pgs. 124 y ss.).

²² El presente esquema con contenidos adicionales puede verse en LÓPEZ CASTILLO, A.: *Las fuentes del derecho comunitario (en preparación)*, en «iustel...». Asimismo de interés es el esquema, en parte distinto, que sobre la base de un modélico trabajo empírico ha acometido un equipo dirigido por A. VON BOGDANDY, y cuyos primeros resultados se han publicado recientemente con el título «Handlungsformen im Unionsrecht...», *ZaöRV*, 62/1-2, 2002, pgs. 77, 83 y ss.

cepto exacerbado de atipicidad parece cuestionable avanzar en el perfil de lo que de específico y propio tienen estas manifestaciones institucionales.

De otra parte, aunque ello sea notorio, no está de más recordar que la tipicidad no se reduce en el TCE a lo dispuesto en el artículo 249 TCE y no ya sólo en perspectiva sectorial, a propósito de la singular posición directiva del BCE, sino en términos generales, atendida la existencia de bases explícitas por lo que a la conclusión de tratados y acuerdos internacionales se refiere pues, según es notorio, su iusinternacionalidad de origen no priva de eficacia, una vez integradas en el espacio comunitario, a unas normas que, sean primarias o derivadas, se han de contar entre los instrumentos de actuación de las instituciones.

Finalmente, ocioso es recordarlo, la negación de carácter vinculante a determinados actos, sean o no típicos, es cosa distinta de la falta de producción de efectos jurídicos (mediatos) como elementos de referencia e interpretación de disposiciones vinculantes; no obstante su desenfoco del centro de atención desde una perspectiva tradicionalista estatal la inclusión en un trabajo sobre el «sistema de fuentes...» de tales expresiones se justifica precisamente por su (aunque débil) efectiva incidencia en el tráfico jurídico²³.

B. *Los «actos» vinculantes*

a) De derecho derivado «propio».

Dentro de la categoría de «actos» de derecho derivado «propio» nos encontramos en primer lugar con los «actos» *tipificados en el artículo 249 del TCE*:

– Reglamento. El Reglamento (CE, CEEA; «Decisión general», en el extinto TCECA) es la norma comunitaria por excelencia en virtud del común normativo que resulta de su alcance general (no porque incida en el conjunto de los Estados miembros, sino por la generalidad y abstracción que materialmente le identifican²⁴, su plena obligatoriedad [o aplicación irrestricta, sin reserva estatal alguna ni al ser adoptado, ni ulteriormente²⁵, como no sea en aplicación de un parámetro comunitario que, mediando «Reglamentos de desarrollo», plantea dudas a propósito de su integración por los «Reglamentos de base»; atendida tanto la falta de claridad reinante acerca de la relación entre tales normas, como que los «de desarrollo» vienen a ser dos

²³ Cfr., a título de ejemplo, la controversia reciente en Alemania a propósito de la incidencia sobre el derecho de libertad religiosa de advertencias de las autoridades públicas sobre la peligrosidad de movimientos sectoriales (STCF alemán de 26 junio 2002, I BvR 670/91, Advertencia sobre las sectas; <http://uni.wuerzburg.de/dfj/dfjbojg2000.html>).

²⁴ Vid., a propósito, SSTJ de 14 diciembre 1962, As. ac. 19-22/1962, en Res. 915 y ss.; de 13 mayo 1971, As. 41-44/1970, International Fruit, en Res. 411 y ss.

²⁵ Cfr., respectivamente, STJ de 7 febrero 1973, As. 39/1972, en Res. 101 y ss. Se excluye, pues, todo efecto jurídico de declaraciones, anexas en el acta (vid., por otros, HARNIER, G.: *Die Bedeutung von rechtsaktbegleitenden Erklärungen im sekundären Gemeinschaftsrecht*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2001); y STC 79/1992, de 28 de mayo, FJ3.

tercios sobrados del total de Reglamentos²⁶ y su directa aplicabilidad una vez publicado en sendos idiomas oficiales²⁷] y transcurrida la *vacatio legis*) frente a los poderes públicos tanto como *inter privatos*.

– Directiva. La Directiva (CE, CEEA; «Recomendación», en el extinto TCECA²⁸), por su parte, es norma carente de alcance general por cuanto directamente vincula (sólo) «a los Estados miembros (y empresas, en el ámbito del extinto TCECA) destinatarios en cuanto al resultado a alcanzar», quedando a la discrecionalidad de sus órganos y autoridades la elección de «la forma y los medios de conseguirlo»; a los particulares, pues, sólo de forma mediata podría alcanzarles, por su contraste con la normativa nacional de (no) transposición, agotado el plazo establecido²⁹; en cuanto a la discrecionalidad estatal, ínsita en el principio de la autonomía procedimental e institucional, viene quedando material y funcionalmente constreñida en una diversa medida, tanto por una práctica de normación detallada («Directivas reglamentarias»), como por la sistemática proyección sobre la tarea estatal de transposición de consecuencias derivadas, sea de principios generales del derecho comunitario, tales como el de seguridad (y certeza) jurídicas³⁰, sea de exigencias sistémicas³¹.

– Decisión. La Decisión (CE, CEEA; «Decisión individual» en el ámbito del extinto TCECA) se caracteriza, por contraste con la directiva, por su directa obligatoriedad y, a diferencia del reglamento, limita sus efectos a los destinatarios, particulares (personas físicas y jurídicas) y Estados, lo que deja planteada la duda acerca del estricto carácter administrativo de un acto³² que en la práctica generalidad de los casos (en torno a un noventa por ciento) se

²⁶ Que, a su vez, haría casi un tercio del total de las formas de actuación (estas referencias porcentuales están tomadas como las demás –salvo advertencia en contrario– a lo largo del presente epígrafe del trabajo de VON BOGDANDY, A. e.a.: «Handlungsformen im Unionsrecht...», loc. cit., pg. 94).

²⁷ Sin que a los efectos de su interpretación conforme ninguno sea determinante; el límite de la discrecional integración del sentido de textos políglotas estaría –si cabe formularlo así– en un «esperanto», a medio camino de la esperanza (de la unidad) y del esperpento (de la uniformidad).

²⁸ Cfr. STJ de 22 febrero 1990, As. C-221/1988, Busseni, en Res. I-495 y ss.

²⁹ A propósito de la atenuación de esta exigencia, cfr. SSTJ de 26 febrero 1976, As. 52/1975, en Res. 277 y ss.; de 8 octubre 1996, As. 178/1994, Dillenkofer, en Res. I-4895 y ss.; sobre los límites de actuación estatal en el *interim*, cfr. STJ de 18 diciembre 1997, As. C-129/96, I-E Wallonie, en Res. I-7411 y ss.

³⁰ Vid., en particular, SSTJ de 11 junio 1991, As. C-307/1989, en Res. I-2903 y ss.; de 7 marzo 1996, As. C-334/1994, en Res. I-1307 y ss.

³¹ Vid. STJ de 19 noviembre 1991, As. C-6/1990 y C-9/1990, Francovich e Bonifaci, en Res. I-5357 y ss. (vid., por otros, ALONSO GARCÍA, R.: *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario*, Ed. Civitas, Madrid, 1997).

³² Cfr. ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, Ed. EJ, Oñati, 1998; BIERVERT, B.: *Der Missbrauch von Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1999.

dirige a los Estados miembros³³ y que, sin perjuicio de que de ordinario sus efectos resulten de la notificación a sus destinatarios³⁴, ocasionalmente puede fungir incluso como instrumento normativo³⁵.

La *tipología-UEM* merece una mención aparte dada su singularidad, que se plasma, de una parte, en la explícita atribución al BCE, *ex* artículo 110 TCE, de una tipología sólo parcialmente similar a la que genéricamente se tipifica en el ya referido artículo 249 TCE, y, de otra parte, en la previsión en su Estatuto de instrumentos vinculantes específicos de este ámbito.

– En la medida en que se trata de instrumentos ya tipificados en el artículo 249 TCE, bastará con remitir a lo que ya se ha dicho. Es el caso de las «decisiones» y, aunque sólo mediante su explícita atribución en bases jurídicas específicas, también en el de los «reglamentos». En un ámbito de exclusividad competencial semejante, lógicamente no se ha previsto la utilización de «Directivas». En cierto sentido imprevista y, en todo caso, menos clara es la situación tanto por lo que respecta a la adopción de Decisiones «atípicas» como a propósito de una proyección *ad extra* que, como regla general, compete al Consejo³⁶.

– Y, en cuanto a la previsión estatutaria (art. 14.3) se trata de «orientaciones» e «instrucciones» que, en correspondencia con el marco de imbricación funcional en que se producen, vinculan directamente a los Bancos centrales sin necesidad de notificación adicional alguna.

Junto a los «actos» de derecho derivado propio, encontramos la «Decisión atípica» (o, sin destinatario):

– La relevancia de este instrumento «atípico» que, de ordinario, es adoptado por el Consejo y que, a diferencia de las decisiones típicas, no tiene unos destinatarios concretos resulta, dicho sea al margen de otras consideraciones materiales³⁷, de una presencia relativa en el conjunto instrumental

³³ Según los datos ofrecidos por VON BOGDANDY, A. e. a.: *Handlungsformen im Unionsrecht...*, cit., pgs. 94, 98 y ss., del total de las Decisiones (por su parte, casi 1/3 del total de los actos en el ámbito de la UE) en torno al 88% (por encima del 90% de los casos dictadas por la Comisión) estarían dirigidas a los Estados.

³⁴ Otra es la naturaleza de la publicación de las Decisiones aprobadas por «codecisión».

³⁵ Cfr. STJ de 9 de agosto de 1994, As. C-359/1992, Alem./Cons., Res. 1994, I-3681 y ss.

³⁶ Sea como fuere, el BCE ha hecho ya cierto uso de Decisiones sin destinatario e instrumentos internacionales (cfr. VON BOGDANDY, A. e. a.: *Handlungsformen im Unionsrecht...*, cit., pg. 143).

³⁷ La significación real de estas «Beschlüsse» se termina de comprender cuando se aprecia, en su conjunto, la importancia de las numerosas materias abordadas por esta vía; es el caso, en síntesis, de la autorización a la Comisión de la apertura de negociaciones y de conclusión de los correspondientes acuerdos internacionales, de la puesta en marcha de comités o grupos de trabajo, de la institución del TPI o del aumento del número de Abogados generales, tanto como del nombramiento de personas integrantes y personal de las instituciones; semejantes «decisiones» se han adoptado, asimismo, en relación con los programas y fondos comunitarios; y a qué negar la trascendencia de las Decisiones

de la UE, semejante a la de la típica Directiva³⁸. Estos datos explican por sí solos lo que, a la luz del contraste del tenor de los artículos 249 TCE y 14 del ya extinto TCECA (y, asimismo, de las «decisiones obligatorias» del tercer pilar), deviene evidente, la existencia de una laguna que la práctica institucional ha sabido colmar mediante el alumbramiento de una decisión sin destinatario cuya especificidad se advierte, por contraste con la típica del artículo 249 TCE, de ciertas constantes de estilo que, en algunas lenguas oficiales de la UE, se plasma en una denominación diferenciada (Beschluss, besluit, etc.)³⁹.

¿Actos informes o simples etiquetas?

– En el vasto campo de las competencias complementarias de la UE (empleo, cultura, etc.) se encuentra, según es notorio, un conjunto vario de referencias a diversas acciones (específicas o de impulso)⁴⁰, conclusiones⁴¹, líneas directrices⁴², orientaciones (generales)⁴³ y programas (complementarios, de carácter general, específicos [cuadro] plurianuales)⁴⁴ que en la medida en que, según queda apuntado, toman la forma de decisiones sin destinatario o «atípicas» se han de ver, más que como los instrumentos normativos diferenciados que no son, como mero indicador de los objetivos y contenidos de los correspondientes programas, acciones, etc.⁴⁵

– Pero «señuelos típicos» no aparecen sólo en el vasto campo de las competencias complementarias; su rastro reaparece, disperso, tras los «programas generales» relativos a la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento (art. 44 TCE) y a la libre prestación de servicios (art. 52 TCE), o en las «medidas» a adoptar en materia de visados, asilo... (Título IV TCE), etc.⁴⁶

relativas al sistema de recursos propios o a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión o, en fin, a las decisiones adoptadas sobre la (subsidiaria) base del art. 308 TCE; etc.

³⁸ Un 10% frente al 9% que se calcula a las Directivas (vid. otras referencias porcentuales de interés en VON BOGDANDY, A. e.a.: «Handlungsformen im Unionsrecht...», cit., pgs. 99 y ss.).

³⁹ Conocida en la jerga comunitaria por su denominación en alemán, esta atípica decisión se caracteriza, omisión de destinatarios al margen, por el empleo inicial de la expresión verbal «decide» en lugar de la típica locución «ha adoptado la presente decisión» (vid. otras referencias adicionales, p. ej., en PIRIS, J. C. en loc. cit., pg. 7; en <http://www.european-convention.eu.int>).

⁴⁰ Arts. 175.1 (desarrollo), 159, párr. 3º (cohesión económica y social), 129, párr. 1º (empleo) y 149.4 (educación).

⁴¹ Vid. arts. 99.2 (grandes orientaciones de política económica) y 128.1 (empleo).

⁴² Vid. art. 128.2 (empleo).

⁴³ Vid. arts. 156, párr. 1º (redes transeuropeas) y 111.2 (política de cambios).

⁴⁴ Vid. arts. 168 (investigación y desarrollo), 175.3 (desarrollo), 166.3 y 4 (investigación y desarrollo), 166.1 (investigación y desarrollo) y 179.1 (cooperación al desarrollo).

⁴⁵ En esta línea vid., p. ej., PIRIS, J. C.: «La rationalisation des instruments de l'Union», *WG IX – WD 06*, pg. 8; en <http://www.european-convention.eu.int>.

⁴⁶ TESAURO, G. op. cit. pg. 131, identifica otras referencias adicionales en los arts. 272 («constataciones») y 251 y 252 («actos preparatorios»), todos del TCE.

¿Otras atipicidades?: «Tertium datur»:

– Reglamentos internos de las Instituciones. Así como en las Constituciones estatales se reconocen los correspondientes de los órganos constitucionales, en los Tratados se prevén expresamente los reglamentos internos de las Instituciones comunitarias⁴⁷. Como expresión básica de la autonomía institucional que son, de ordinario, sus efectos se constriñen al interior de la Institución, lo que no obsta su carácter paramétrico de la regularidad y la «constitucionalidad» de los actos adoptados de las Instituciones⁴⁸.

– Convenciones y Acuerdos interinstitucionales. Es una práctica decantada en el proceso de integración, la formalización, mediante Acuerdos, de convenciones y usos desarrollados en la práctica institucional. No son pocos los Acuerdos alcanzados entre la Comisión, el Consejo y el PE; entre ellos bien pueden subrayarse, por su relevancia, los relativos a la disciplina y mejora del procedimiento presupuestario o al procedimiento a seguir en la aplicación del principio de subsidiariedad (y proporcionalidad) o, en fin, el relativo a la mejora de la calidad de la redacción del derecho comunitario, etc.

b) De derecho derivado «integrado».

Se ha de advertir acerca del sentido impropio del término entrecomillado en el enunciado del epígrafe con el que, no obstante el equívoco, se trata de dar cuenta de la fungibilidad que como derecho derivado tienen unas normas que, por su naturaleza, son internacionales. Ello deja sobre la mesa, al margen de la compleja articulación de las respectivas atribuciones de instituciones y Estados miembros en los llamados acuerdos mixtos, interrogantes varios a propósito tanto del derecho internacional primario (tratados y convenios internacionales) como, y muy singularmente, en atención a la normativa que de la planta institucional que pudiesen haber puesto en pie, pudiera derivarse⁴⁹.

Tenemos, en primer lugar, los actos «*típicos*»:

– Tratados y convenios internacionales. Sobre la base del actual artículo 300 TCE cabe referirse, en efecto, a los Tratados y convenios internacionales, tal y como se viene haciendo en la jurisprudencia del TJUE, en su dimensión de exponentes convencionales externos que, una vez «integrados», fungen en el tráfico jurídico (interno) de la UE como los elementos integrantes del derecho derivado que, no obstante la singularidad de su posición, realmente

⁴⁷ Vid. arts. 197 (PE), 207.3 (Consejo) y 218.2 (Comisión) y, de otra parte, arts. 221 (TJ) y 225.4 (TPI).

⁴⁸ Cfr. SSTJ de 23 febrero 1988, As. 68/1986, en Res. 855 y ss.; de 27 febrero 1992, As. T-79/1989 y 84/1989, en Res. II-315 y ss.

⁴⁹ Sobre su dimensión de «parte integrante» del derecho comunitario, vid. STJ de 30 abril 1974, As. 181/1973, Haegeman, en Res. 1974, 449 y ss. Sobre esta fuente del derecho comunitario (con un aporte total en torno al 10%, apud VON BOGDANDY, A. e.a.: «Handlungsformen im Unionsrecht...», cit., pg. 104) cfr., por otros, DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: *La posición del derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998.

son; en efecto, sin perjuicio de la indisponibilidad de principio por parte de las instituciones de la UE de forma unilateral de normas cuya validez sólo podría cuestionarse a la luz de lo establecido en el Convenio de Viena..., tanto «a priori» como «a posteriori» puede sancionarse en el espacio iuscomunitario la disconformidad a «Derecho» del que aquí se denomina derecho derivado «integrado», como bien ha podido quedar ya de manifiesto (por lo demás, en línea con los planteamientos monistas y dualistas moderados que caracterizan la jurisdicción constitucional de algunos Estados miembros), mediante el control indirecto que resulta de enjuiciar las disposiciones internas mediante las que aquéllas se insertan en el espacio jurídico propio⁵⁰.

– Resoluciones de organismos creados mediante compromisos internacionales de la UE. Sin otra base jurídica que la genérica ya referida o las específicas que, en razón de la materia (política comercial común, política monetaria, etc.), se encuentran a lo largo del articulado de los Tratados, estos exponentes externos, derivados o de segundo grado, plantean, además de las anteriores agudizadas, cuestiones adicionales que tienen que ver con su específica naturaleza jurídica; la larga marcha en la asimilación de lo específico iuscomunitario es buena muestra de las dificultades dogmáticas con que se choca a la hora de articular el régimen jurídico de tales actos. Pero no se trata sólo de dogmática, sino de pragmática, esto es, de desvelar la existencia también en el plano de la UE de la problemática que deriva de atribuirse a tales organismos competencias, previamente atribuidas a la UE, en virtud del TUE. La cuestión, apenas esbozada en la jurisprudencia «constitucional» iuscomunitaria (cfr. Dictamen 1/76) gana intensidad a medida que avanza el actual proceso de institucionalización de la globalización económica⁵¹.

En segundo lugar, encontramos actos «atípicos»:

– Acuerdos administrativos externos. Controvertida en términos generales la naturaleza de tratado internacional de acuerdos sobre los que, de ordinario, sólo se informa a las instancias de control político, tanto más lo parece en el ámbito de la UE, en donde se trataría de acuerdos concluidos por la Comisión, al margen del procedimiento genérico del artículo 300 TCE, con otros sujetos de derecho internacional, v. gr., con Estados terceros, sobre la base de una interpretación extensiva del principio del paralelismo de las competencias internas-externas que, no sin razón, ha sido cuestionada por el TJ⁵².

⁵⁰ Vid., a propósito del control *a priori*, DTJ 1/1991 cit. y, por lo que al control *a posteriori* se refiere, STJ de 26 de diciembre de 1996, As. C-68/1995, T. post, en Res. I-6065 y ss.

⁵¹ Sobre la inexcusable tarea de enfrentar un fenómeno de definitiva enajenación de un poder (estatal) (com)partido, palpable en la secuencia de la referida «jurisprudencia constitucional», he procurado llamar la atención de mis discentes en los cursos de doctorado en Estudios europeos del IUOG.

⁵² Así, a propósito del acuerdo (no publicado y de inmediata entrada en vigor) que la Comisión ha concertado con los EE UU de América del Norte, con vistas al intercambio

C. Los «actos» de carácter no vinculante

a) De derecho derivado «propio».

En primer lugar, están los *tipificados* en el artículo 249 TCE:

– Recomendación. La Recomendación (CE, CEEA; imprevista en el extinto TCECA) no es vinculante lo que no supone falta de todo efecto jurídico, como expresamente ha declarado el TJUE⁵³, en el contexto de su toma en consideración al interpretar el derecho comunitario y la normativa nacional que del mismo trae causa; al efecto coadyuva, por lo demás, la concatenación a ulteriores iniciativas normativas de unos actos que, mediante una práctica extensiva, se publican en el DO a título informativo.

Es un lugar común de la doctrina sostener que, a salvo algún supuesto tasado⁵⁴, es la Comisión la encargada de su formulación exhortando a los Estados miembros a la observación de determinados comportamientos, ya sea en virtud de una expresa previsión en los Tratados, ya sea en el marco de su genérica función de (siquiera sea exploratorio) «*indirizzo*» en la preparación de ulteriores iniciativas vinculantes de aproximación de las normativas estatales⁵⁵.

– Dictamen. El Dictamen (CE, CEEA) carente también de carácter vinculante; de ordinario, expresa el parecer de la Comisión (a la Alta Autoridad CECA se reservaba en el extinto Tratado de París, el homónimo instrumento) tendente a orientar actuaciones estatales no preceptivas pero en preparación⁵⁶. El Dictamen *ex* artículo 249 TCE sólo comparte el nombre con otros «dictámenes» de muy diversa naturaleza, entre los que cabe mencionar, los emitidos por el TJ en el marco del procedimiento de control

de información relativa a la disciplina de la competencia (STJ de 9 agosto 1994, As. C-327/1991, en Res. I-3641 y ss.) Sobre la ulterior renegociación del acuerdo, por lo demás, con retroacción de sus efectos a la fecha de entrada en vigor del anterior anulado, vid. referencias adicionales en TESAURO, G., op. cit., pgs. 67 y 134.

⁵³ Vid. STJ de 13 diciembre 1989, As. 322/1988, Grimaldi, en Res. 4407 y ss.; STJ de 13 diciembre 1990, As. T-113/1989, Nefarma, en Res. II-797 y ss.

⁵⁴ Vid., por otros, TESAURO, G., op. cit., pg. 121. No obstante, a la adopción «recomendaciones» por parte del Consejo, a propósito de los desvíos estatales respecto de la línea previamente trazada (art. 99 TCE), se ha de sumar la reciente adopción de recomendaciones por el tándem Consejo-PE, en codecisión, sobre la base de los arts. 149 y 150, párr. 4º, TCE (tomo la referencia de VON BOGDANDY, A. e. a.: *Handlungsformen im Unionsrecht...*, cit., pgs. 115 y ss., y nota al pie núm. 136).

⁵⁵ Vid., de una parte, art. 31.6 y, de otra parte, art. 211, segundo guión, TCE. Sobre la funcionalidad exploratoria, como «débil» instrumento de aproximación normativa», de esta «directiva no vinculante», cfr. VON BOGDANDY, A. e. a.: *Handlungsformen im Unionsrecht...*, cit., pgs. 115 y ss.

⁵⁶ En el estudio empírico de VON BOGDANDY, A. e. a.: «Handlungsformen im Unionsrecht...», cit., pg. 119, se identifican junto a este tipo de Dictámenes otras dos variantes (los Dictámenes *ex* art. 37, párr. 2º, TCEEA y los reactivos frente a la intención estatal de concluir convenios *ex* art. 293 TCE); supuesto este último que (en tanto que reactivo frente a actuaciones en preparación por parte de los Estados miembros) bien puede considerarse un subgrupo de los ya referidos en el texto.

Antonio López Castillo

previo de tratados internacionales y los que, a lo largo del *item* normativo, emanan de las diversas comisiones parlamentarias o bien resultan de una preceptiva consulta a órganos auxiliares, como el Comité de las Regiones (en adelante, CR) o el Comité económico y social (CES).

La *tipología-UEM* también presenta en este caso alguna particularidad:

– En lo sustancial vale aquí lo que a propósito de los Dictámenes se ha dicho; en cuanto a las Recomendaciones se comprende, a la vista de lo que *mutatis mutandis* se dijo ya a propósito de la imprevisión de las Directivas, que no puedan fungir como de ordinario en el ámbito comunitario, rindiendo aquí una función distinta, como vehículo de comunicación con las Instituciones, incluido el ejercicio de una iniciativa normativa, compartida con la Comisión⁵⁷.

En cuanto a los *actos no tipificados* en el artículo 249 TCE, nos encontramos con:

– Comunicaciones. Aun cuando, atendida la práctica (no exenta de controversia) del Consejo⁵⁸, su empleo no sea exclusivo de la Comisión, no es menos cierto que, de ordinario, funge como un instrumento propio de esta institución, para dar a conocer a los sujetos concernidos el estado de la cuestión (jurisprudencial) a propósito de sus derechos y obligaciones iuscomunitarias en un determinado ámbito material, o bien en sectores en los que se retiene cierta discrecionalidad decisoria (ayudas de Estado; derecho de la competencia) e incluso en el marco de un proceso de intercambio de pareceres a propósito de la futura adopción de iniciativas reguladoras.

– Resoluciones. A contar entre los menos informes, estos instrumentos atípicos del Consejo⁵⁹ han ido llenando progresivamente el espacio comunitario (pero también el del «tercer pilar») de compromisos tendentes a futuras actuaciones normativas, ya esbozando un marco de referencia, ya apuntando posibles plazos, etc.; no exenta de crítica aparece su proyección al ámbito de las llamadas competencias complementarias (económica, educativa y cultural, social, medioambiental, etc.); de otra naturaleza son, como es obvio, las «resoluciones» que, conforme a su Reglamento, adopta el PE.

– Otros actos. Las Conclusiones y Declaraciones: se trata, lo primero, de manifestaciones del Consejo que, en el ámbito comunitario, son el cauce de las grandes orientaciones de política económica (en adelante, GOPE) y en materia de empleo. Otras son las conclusiones de la Presidencia adoptadas por el Consejo Europeo, con ocasión de los encuentros formales de los

⁵⁷ Vid. arts. 107, párr. 5º, y 111, párrs. 1º a 3º, TCE.

⁵⁸ Cfr., por ejemplo, las consideraciones críticas que, con apoyo en LABAYLE, H. formula PRIS, J. C. (en *WG X – WD 03*, pgs. 8 y 14; <http://www.european-convention.eu.int>).

⁵⁹ Vid., por otros, PRIS, J. C. en loc. cit. (*WG IX – WD 06*, pg. 20; en <http://www.european-convention.eu.int>); VON BOGDANDY, A. e. e.: *Handlungsformen im Unionsrecht...*, cit., pgs. 120 y ss. A propósito del llamado derecho débil cfr., en general, ALONSO GARCÍA, R.: «El “soft law” comunitario», *RAP*, 154, 2001, pgs. 63 y ss.

Jefes de Estado y de Gobierno bajo la presidencia de turno⁶⁰. De Declaraciones se habla, en el ámbito iuscomunitario, para referirse a las inscritas en el proceso verbal del Consejo, a instancia de la Comisión o de algún miembro del Consejo, cuya posible (mediata) eficacia depende su reflejo en el tenor del «acto» adoptado⁶¹.

b) De derecho derivado «integrado».

En este punto, bastará retener la posibilidad de declaraciones de intenciones y otros acuerdos informales, típicos del instrumentario internacional⁶².

D. *La tipología «paracomunitaria» (o derecho complementario)*

a) Actos vinculantes.

Entran dentro de esta categoría los convenios *ex* artículo 293 TCE y los acuerdos de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo.

Los convenios *ex* artículo 293 TCE, en primer lugar, son expresivos de una puesta estatal en común, antes que de la comunitarización que resulta del derecho derivado, de ámbitos jurídicos relevantes al efecto de avanzar, no obstante la imprevisión de competencias al efecto a las instituciones comunitarias, en la estandarización del común jurídico; esta práctica falta de solución de continuidad entre el plano comunitario y este otro plano conexo se aprecia particularmente bien en el tránsito de lo complementario a lo comunitario que resulta de mudar la veste jurídica de disciplinas (como la relativa a la competencia judicial relativa al reconocimiento y ejecución de resoluciones civiles y mercantiles) que pasan de estar integradas en un acuerdo internacional a quedar contenidas en un reglamento comunitario⁶³.

En cuanto a los acuerdos de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de naturaleza jurídica incierta, y a veces inexistente, forman un conjunto heterogéneo de documentos, de nomenclatura diversa a caballo de lo internacional (por ejemplo, convenios o acuerdos) y lo comunitario (por ejemplo, decisiones) que, por lo mismo, se caracterizan de instrumentos paracomunitarios. Su cercanía institucional y su aporte complementario a la empresa integradora no

⁶⁰ A título de ejemplo, vid. las Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Copenhague, de 12/13 diciembre 2002 (SN 400/02); cfr. el documento «Una Europa. Programa de la Presidencia danesa de la Unión Europea, julio-diciembre de 2002», en <http://www.eu2002.dk>.

⁶¹ Cfr., entre otras, SSTJ de 26 febrero 1991, As. C-292/1989, Antonissen, en Res. I-745 y ss.; de 18 mayo 2000, As. C-206/1998, y Com./Bélgica en Res. I-3509 y ss.

⁶² Cfr., con carácter general, Díez-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., op. cit. y nota 49, *passim*.

⁶³ Cfr. Reglamento (CE), 44/2001, del Consejo, de 22 diciembre 2000.

Antonio López Castillo

deben llevar, no obstante, a confusión alguna acerca de su naturaleza no comunitaria⁶⁴.

b) Actos de carácter no vinculante.

No cabría olvidarse, en este punto, de la relevancia (si no jurídica) política de ciertas declaraciones comunes de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, conjuntamente o no con las Instituciones⁶⁵.

E. *Las tipologías extracomunitarias: ¿polifonía o desconcierto?*

Es notoria la distancia que media entre el llamado primer pilar y la regulación contenida en los títulos V y VI del TUE en donde, consideraciones procedimentales al margen, se aprecia una incidencia refleja de la previa andadura de la integración visible, antes de nada, en la resistencia a la (plena) sujeción a control jurisdiccional de unas resoluciones y acciones acerca de cuya exclusión de eficacia directa expresamente se advierte.

Más allá de la común diferenciación respecto de los comunitarios que resulta de su diverso régimen jurídico y etiquetaje, poco tienen en común unos instrumentos que, sin perjuicio de alguna denominación compartida (posiciones comunes, por ejemplo), se enmarcan en ámbitos en una desigual proximidad de la integración, inversamente proporcional a la distancia que les separa de la soberanía nuclear del Estado, como bien se desprende del manifiesto contraste que media entre la resistente cooperación en materia de seguridad y defensa y por la evolutiva transición hacia lo comunitario de algunas de las materias integrantes del originario (CAJI) tercer pilar que, en consecuencia, ha mudado una etiqueta indicativa de los contenidos persistentes (CPJP) en este transitorio ámbito de cooperación.

Así como en el caso de la residual cooperación CPJP, la sustancial persistencia del régimen de cooperación en el ámbito del segundo pilar guarda directa relación con la nevadura política de unas materias que, sobre la base de una tradicional consideración jurisdiccional de su específica naturaleza de actos políticos, se resisten a un control jurisdiccional del que, aun en un espacio de pluralidad constitucional como el de la UE, no podrían quedar exentas –se sostenga una u otra tesis a propósito del centro de imputación de la responsabilidad en la UE⁶⁶ y al margen del silencio a propósito de una

⁶⁴ Cfr., por ejemplo, STJ de 5 de abril de 1990, As. 6/1989, Com./Bélgica, en Res. I-1595 y ss.

⁶⁵ Piénsese si no en la Declaración sobre derechos fundamentales, de 5 abril 1977 o, por referir algún otro ejemplo, en la Declaración contra el racismo y la xenofobia, de 11 junio 1986.

⁶⁶ A propósito vid., por otros, VON BOGDANDY, A.: «La fusion des Communautés dans l'Union européenne. Un modèle juridique de pluralisme institutionnel dans un cadre institutionnel unique», *RDUE*, 3/2001, pgs. 617 y ss.; ÍDEM NETTESHEIM, M.: «Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung», *EuR*, 1996, pgs. 3 y ss.

En el plano de *Constitutione ferenda* cabe referir, en este punto, el Informe final del Grupo

eficacia (directa) que se pretende limitada a los Estados miembros— aquellas medidas de aplicación que efectivamente incidan sobre la posición jurídica de particulares⁶⁷.

a) La tipología del llamado «segundo pilar» (Tít. V TUE).

Dentro del instrumentalario catalogado en el artículo 12 TUE cabe trazar una divisoria entre los de naturaleza política y aquellos otros a los que, sin perjuicio de una naturaleza básicamente semejante, cabe atribuirles un cierto carácter jurídico en la medida en que están en la base de unos actos de aplicación de manifiesta naturaleza jurídica.

A la primera categoría pertenecen los «Principios y orientaciones generales» (art. 12, primer guión, y art. 13.1 TUE) que, en el desempeño de su función impulsora y de *indirizzo* político, adopta el Consejo Europeo en el marco de las Conclusiones de la Presidencia. Y a la segunda, las «Estrategias comunes» (art. 12, segundo guión, y art. 13.2 TUE) que, en relación con ámbitos en que los Estados miembros evidencian tener un interés común, se adoptan (a propuesta del Consejo, por la decisión unánime del Consejo Europeo) al efecto de definir los objetivos de la UE y de precisar su duración y medios de acción.

Definidos los principios y orientaciones políticas generales y determinados los objetivos y medios de acción mediante estrategias comunes, la política exterior se instrumenta ya mediante actos de aplicación (adoptados por mayoría cualificada en el Consejo) jurídicamente vinculantes que, según su mayor o menor grado de concreción (por su dimensión geográfica o temática), se denominarán (sin descartar otras «decisiones») «acciones...» o «posiciones comunes». Las unas (art. 12, tercer guión, y art. 14 TUE) fijarán los objetivos y alcance, posible duración, medios disponibles y demás condiciones relativas a su puesta en práctica, y habrán de ser observadas por los Estados con ocasión de sus pronunciamientos y conductas efectivamente observadas; mediante las otras (art. 12, cuarto guión, y arts. 15 y 19 TUE) se definen tomas de postura (temática o de carácter geográfico) de la UE que los Estados han de observar al practicar sus políticas y ejercitar su diplomacia.

A los ya referidos, se viene a sumar una serie de elementos dispersos a lo

III «Personalidad jurídica», de fecha 1 de octubre de 2002 (CONV 305/02), la primera de cuyas recomendaciones generales dirigidas a la Convención literalmente dice: «El tratado constitucional debería contener al principio del texto una nueva disposición que estipulara que “la Unión posee personalidad jurídica”. La personalidad jurídica de la Unión sustituye a las de organizaciones existentes y la Unión hace suyas todas las obligaciones asumidas por éstas».

⁶⁷ Así, por ejemplo, en relación con una prohibición de visados a ciudadanos yugoslavos basada en una acción común del Consejo, se ha planteado una exigencia de responsabilidad de la Unión por daños; y, asimismo, en atención a las pérdidas de una sociedad afectada por el régimen de sanciones impuesto a la República federal de Yugoslavia; y, en otra hipótesis, al padecimiento de daños físicos de un oficial destinado en Bosnia-Herzegovina.

largo del Título V TUE; así, se habla de «información mutua» y de «concer-tación» (art. 16), de unos «mandatos» relativos a la UEO (art. 17) o de instrumentos tales como «directrices» o «códigos de conducta» o, en fin, a propósito del parecer relativo a una concreta situación regional, de «decla-raciones» (que de incidir sobre un determinado asunto se formulan como «conclusiones») del Consejo y de la Presidencia de la Unión. A la anterior amalgama se ha de sumar la impenitente presencia del polisémico término «decisión» (arts. 13.2 y 23.3 TUE) que aquí, más que como un instrumento específico, realmente funge como un método de actuación tendente al for-talecimiento de la coordinación sistemática entre los Estados miembros.

b) La tipología del llamado «tercer pilar»: Título VI TUE.

En el remozado ámbito del tercer pilar (CPJP) se vuelve a encontrar un subsistema dispositivo integrado por:

– «Posiciones comunes» (art. 37, inciso primero, TUE) de la UE que, sin perjuicio del silencio acerca de su vinculatoriedad, han de ser observadas por los Estados con ocasión de su intervención en el tráfico jurídico interna-cional;

– «Convenios» [art. 34.2 d) TUE] singularizados por un régimen específico a caballo de los derechos comunitario e internacional, en el que notas pro-pias de su contexto institucional (adopción del Consejo) se combinan con elementos internacionales tales como la ratificación estatal, de conformidad con las respectivas previsiones constitucionales y ulterior entrada en vigor (salvo disposición en contrario, una vez se hayan producido más de la mitad de las ratificaciones) en los Estados ratificantes; adoptándose las «medidas de aplicación» por mayoría de 2/3 de las partes contratantes.

– Una doble categoría de «decisiones» a las que, sin perjuicio de su carácter obligatorio para los Estados miembros, se niega efecto directo y que, por razón de su función, se denominan o «decisiones marco» [art. 34.2 b) TUE], si se trata de aproximar disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, a cuyas autoridades, obligadas «en cuanto al resultado que deba conseguirse (... queda) la elección de la forma y de los medios» o, simplemente, «decisiones» [art. 34.2 c) TUE], si de lo que se trata es de cualquier otra finalidad (distinta de la anterior) a condición de que guarde coherencia «con los objetivos del presente título».

La semejanza de la «Decisión marco» con la «Directiva» comunitaria es no-toria, incluso en su diferencia que, en lo sustancial, estriba en una expresa exclusión de su eficacia directa tendente a excluir «a radice» la automática proyección a este ámbito de una interpretación extensiva del tipo comunita-rio que, en todo caso, trasciende de la sola nota del efecto directo, como bien ponen de manifiesto los desarrollos recientes a propósito de su eficacia interpretativa; según queda apuntado, esa expresa exclusión alcanza igual-mente a unas (ordinarias) decisiones, en todo caso, «obligatorias».

– Finalmente, la adopción de las «medidas (de aplicación)» de las «decisio-

nes (ordinarias)» y de los «convenios» compete al Consejo, por mayorías cualificada y de 2/3 (de las partes contratantes), respectivamente⁶⁸.

Más allá del instrumental catalogado en el artículo 34 TUE no podemos dejar de mencionar siquiera la previsión de unas genéricas «acciones» a los efectos de mera coordinación, mediante informaciones y consultas mutuas, entre los Estados miembros (art. 34.1 TUE) o en el contexto de una específica cooperación reforzada; sin olvidarse tampoco de aquellas «decisiones» tendentes a la práctica del tránsito de la pasarela hacia el título IV de las «acciones (en común)» relativas a los ámbitos contemplados en el artículo 29 TUE (art. 42 TUE)⁶⁹.

Por último, las «conclusiones» aparecen en este ámbito de la cooperación policial y judicial penal en diversos supuestos relativos al Consejo (articulación de reglas de conducta, por ejemplo), incluso en su relación con la Comisión, sea reaccionando a sus propuestas, sea para solicitar su actuación.

2. COMENTARIO DE (ALGUNO DE) LOS ASPECTOS CRÍTICOS DEL «SISTEMA DE FUENTES» EN CUESTIÓN: CAPRICHOS Y VARIACIONES

A. *Imprecisiones comunitarias*

a) En las piezas del sistema.

Cabe apreciar, en primer lugar, una cierta confusión entre el Reglamento y la Directiva. Sabido es que aun cuando no faltan los supuestos en los que la base jurídica prevé ya un determinado tipo normativo, no es ésta la regla; de ordinario, el legislador comunitario dispone de un ámbito de discrecionalidad para optar por la adopción (simplificando un tanto) de reglamentos o directivas (ocasionalmente incluso de forma expresa)⁷⁰, por lo demás, de un modo aleatorio que, siendo como es el resultado de la agregación sucesiva de reformas convencionales, no guarda una relación mínimamente coherente con los diversos títulos competenciales. Esta falta de correspondencia seguramente explique, junto con otros factores que ahora no vienen al caso, la intercambiabilidad de unos tipos normativos que, según el tenor del artículo 249 TCE, no parecen indistintos, sino más bien lo contrario. En consecuencia, la mayor densidad y puntillismo normativos de una Directiva o, alternativamente, la observancia y salvaguarda, mediante reglamento, de la «reserva de discrecionalidad» estatal, en patente disonancia con respecto a su diverso régimen acaso pueda explicarse, al margen de eventuales su-

⁶⁸ Salvo decisión unánime al respecto, no se publican en el DO (Declaración sobre el art. 34.2 TUE, anexa al Tratado de Amsterdam).

⁶⁹ Se trata, en síntesis, de la consecución de una mayor cooperación policial (arts. 30 y 32 TUE) y judicial penal (arts. 31 y 32 TUE) y de la aproximación «cuando proceda» de normas en materia penal, al efecto de alcanzar unos mínimos en cuanto a los delitos y las penas «en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas» [art. 31 e)].

⁷⁰ Así, por ejemplo, ex art. 83.1 TCE «El Consejo... adoptará los reglamentos o directivas apropiados».

puestos de arbitrariedad, en razón de la materia; al efecto puede resultar de utilidad el recordatorio de la controversia doctrinal española a propósito de la densidad y grado de detalle de unas bases que, más allá de (fallidos) ensayos dogmáticos basados en las gradaciones textuales articuladas en la Constitución, se resisten a quedar reducidas al nivel de los principios⁷¹.

Sea como fuere, lo cierto es que la incidencia de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad ha reorientado una deriva hacia una intercambiabilidad de tipos normativos de la que, sobrepasando los Tratados, en la práctica institucional se ha tendido a (ab)usar en exceso; sin desconocer las dificultades objetivas presentes en toda divisoria competencial y las específicas derivadas de la proyección del principio de subsidiariedad, es de recordar que en el ámbito comunitario, en todo caso –con independencia, pues, del grado de (des)acuerdo a propósito del régimen jurídico de determinada competencia–, el principio de proporcionalidad necesariamente impone una gradualidad en la densidad normativa que, como si bien se comprende a la vista de la reorientación de iniciativas por parte de la Comisión, ha favorecido un cierto viraje rumbo hacia una ortodoxia tipológica que el práctico alumbramiento comunitario de un tipo inespecífico de Directiva, particularmente detallada, no limitada a prescribir el plazo para alcanzar un cierto resultado, en ocasiones, prácticamente ha agotado la regulación de la concreta materia regulada; a propósito, se ha de reconocer que en el proceso de compleción del programa económico de la integración, más allá de su rendimiento como instrumento armonizador de legislaciones estatales, en la Directiva ha encarnado una auténtica mutación «del tenor en fuga» del «tipo» «ex» artículo 249 TCE.

La crítica doctrinal recurrente había venido acompañando, de forma creciente, en uno como en otro sentido, es decir, ya cuestionando, ya jaleando, una «mutación» a cuya superación, prácticamente agotado el programa económico publicitado por la locución «espacio sin fronteras interiores» y en el momento en que se trazan ya las coordenadas que han de permitir marcar el rumbo hacia la creación del correspondiente espacio político, ha contribuido una reforzada normatividad de los principios articuladores del ejercicio de las competencias atribuidas mediante los Tratados de la que, en lo que constituye un ejemplo más del acompasamiento de la jurisprudencia a los «tempos» de un proceso que tanto ha contribuido a impulsar, el TJUE ha dado inmediata cuenta, haciendo de la *fortuna virtu* o, de forma menos críptica, mediante inversión de un inveterado activismo que en este renovado contexto fungiría no activa, sino reactivamente, oponiendo a las explí-

⁷¹ Al respecto vid. referencias adicionales en LÓPEZ CASTILLO, A.: «Autonome Gemeinschaften statt Föderalismus? Der Problemfall Spanien», en EZFF, R. (ed.): *Europäischer Föderalismus im 21. Jahrhundert*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2002, pgs. 65 y ss.; por lo demás, a propósito de eventuales estándares suplementarios, cfr. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: «El abandono de “lo básico”: Estado autonómico y mitos fundacionales», *ADCP*, 12-13, 2000-01, pgs. 87 y ss.; y, con carácter general, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, Ed. Mac Graw-Hill, Madrid, 1998.

¿Cerrar o cuadrar el círculo?...

citadas advertencias de algunas jurisdicciones (superiores y/o) constitucionales –un factor éste, sin duda, operativo– la nuda imagen refleja en el espejo del tenor del Tratado, sin in(ter)ferencias sistémicas ni adicionales (siste)-matizaciones, lo que evidencia sus deficiencias y, en consecuencia, objetivamente impulsa una reforma, políticamente costosa, a la que entre otros motivos se llega en virtud de unas mutaciones a las que la propia jurisprudencia ha contribuido.

Sin incurrir en el disparate de presuponer omnisciencia a los modestos integrantes del TJ, no parece tampoco indicada la imagen de un colegio interesado o medroso antes extraños controles y supervisiones. Sitúese cada cual en el punto que le plazca entre esos dos polos, vista en su conjunto (es decir, a salvo puntualizaciones), la jurisprudencia relativa a la naturaleza jurídica y eficacia de las Directivas puede ser tachada de cualquier cosa, menos de improvisada o inconsciente; cómo explicar si no su negativa a superar la divisoria, *ex* artículo 249 TCE, entre reglamentos y directivas y, en particular, a la asunción de su «eficacia horizontal»⁷², no obstante la fundamentada exposición de un criterio (sistemático) distinto, por parte del AG de turno (acompañado de un numeroso coro doctrinal que haría extensísima su cita al pie) en atención, entre otros elementos, a la expresa previsión *ex* artículo 254 TCE de publicación en el DO de Directivas adoptadas por codecisión o dirigidas al conjunto de los Estados miembros⁷³.

Una segunda imprecisión en las piezas del sistema se encuentra en la ¿atípica tipicidad? de las *Decisiones sin destinatario*.

Entrevistas ya, en el apartado anterior, algunas de las perplejidades que encierra la voz «atípico» alegremente proyectada sobre muy diversas disposiciones jurídicas, vinculantes o no, bastará aquí una somera referencia a una atipicidad que, en su continuidad y a la vista de su significativo aporte al «sistemizado» orden iuscomunitario muy bien podría caracterizarse de –valga la paradoja– «atípica tipicidad» o –en expresión tanto más inverosímil– de «implícita tipicidad».

Es ya a estas alturas del proceso de integración un común doctrinal que, al margen de la tipología prevista en los Tratados de Roma, la práctica institucional ha potenciado el empleo de una específica «Decisión sin destinatario», sólo en el ámbito del extinto TCECA (alternativamente) prevista (a la forma «típica»), identificable por los elementos formales que la distinguen y operativa en una vasta extensión de campos, que abarca desde disposiciones relativas a la organización y procedimientos institucionales (materias reguladas en algunos ordenamientos jurídicos mediante ley o reglamento orgánico), hasta la articulación de la disciplina financiera (así, en materia de recursos propios) o la relevante formalización de los acuerdos adoptados

⁷² Vid. STJ de 14 julio 1994, As. C-91/1992, Faccini Dori, en Res. I-3325 y ss.

⁷³ Vid. el detalle de la exposición del AG Lenz, en «ibidem», párrafos 43-73.

Antonio López Castillo

por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, etc.⁷⁴

Así pues, y sin que sea preciso entrar en este punto a pronunciarse acerca del «nomen iuris» que deba tener, no hay duda alguna de la necesidad de terminar con tan extraña «atipicidad» mediante un expreso reconocimiento en el Tratado que venga a poner fin a una carencia de normatividad tanto más evidente según se avanzaba en el proceso de integración. Ello contribuiría, sobremanera, a la superación de la evanescencia de un cajón de sastre conceptual lo que, como producto de la cultura jurídica de la doctrina exegética del derecho comunitario que es, en último término es tarea propia de una dogmática que la propia evolución del «sistema(tizado)...» ayudará a potenciar.

En lo demás, sería ciertamente de utilidad una mínima racionalización lingüística⁷⁵, reductora de la complejidad resultante de la superposición, en contextos diversos, del verbo decidir y de su forma sustantiva, acompañada o no de calificativos de modo⁷⁶.

b) En los engranajes del sistema.

Las imprecisiones en los engranajes del sistema se manifiestan al menos en dos aspectos: (i) en la normación de segundo grado (bases/desarrollo) y la jerarquización normativa y (ii) en la ausencia de una divisoria (territorial y) funcional (legislación/ejecución) dentro del «gubernaculum» (Com./Cons.(¿PE?).

Por lo que hace a la primera cuestión, no es ocioso recordar en este punto que, por definición, todo sistema jurídico radica en una diferenciación de los tipos normativos que, en correspondencia con la fuente de la que manan, se articulan de acuerdo con una serie de criterios entre los que, en todo caso, se ha de contar el de jerarquía normativa; ahora bien, la expresión «en todo caso», apuntando como apunta a la necesaria presencia de dicho criterio, nada dice acerca de su (in)suficiencia. En otros términos, si en el caso de los ordenamientos (estrictamente) unitarios la jerarquía normativa puede vertebrar, con añadidos menores relativos a criterios de especialidad o temporalidad, el conjunto del sistema normativo, otra es la situación en el caso de ordenamientos complejos; en este caso, la base radical del funcionamiento ordinario del sistema descansa en el principio de «competencia» y, en consecuencia con la unidad última del sistema en cuestión,

⁷⁴ Sobre los prolegómenos a la CIG '96 cfr. DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., loc. cit., pgs. 157 y ss.

⁷⁵ Para un alegato sentido y fundado de la racionalización de la redacción del Tratado, al margen de esta concreta materia, vid. PIRIS, J. C., loc. cit., en *WG IX – WD 06*, pgs. 16 y ss.

⁷⁶ «Decisiones» se han podido identificar (sustantivaciones de formas verbales o adjetivas, al margen) hasta cuatro variantes: la decisión típica comunitaria, la decisión típica CPJP, la decisión PESC y, muy especialmente, la decisión atípica comunitaria (cfr. PIRIS, J. C., en loc. cit., pgs. 11-13; *ibidem*).

la jerarquía adviene un principio de prevalencia⁷⁷. Por lo demás, en el seno mismo de un sistema (unitario o complejo, a condición de que se trate de un mismo plano territorial) puede arbitrarse, a partir de una cierta divisoria (o reserva) material, una especialización de los productos normativos del legislador, en correspondencia con la modalidad procedimental de adopción, dejando la duda acerca de su exacta ubicación en la jerarquía del sistema⁷⁸.

Todo ello viene a colación del común doctrinal consistente en la proyección en el sistema(tizado) orden iuscomunitario de un principio de jerarquía normativa, más allá de la divisoria entre derecho primario⁷⁹ y derecho derivado, en la interrelación del derecho terciario y el derecho derivado o, más llanamente, de directivas y reglamentos de ejecución y directivas (marco) y reglamentos de base; afirmación de un principio general del derecho sin el que no parece viable (tampoco) una Comunidad de Derecho, que se ha de tratar en su contexto de (relativa) opacidad institucional y yuxtaposición procedimental; delimitada así el contexto y la controvertida presencia de un principio de jerarquía normativa, el principio general de articulación del conjunto del derecho derivado es, no el de competencia que rige la respectiva actuación de (órganos e) instituciones comunitarias y órganos constitucionales y autoridades de los Estados miembros, sino una modalidad del «principio de especialidad procedimental» que, por contraste con lo dispuesto en el artículo 81 CE ya referido al pie, no se explica por razón de una reserva a un determinado procedimiento de la regulación de la (parcial) disciplina de una determinada materia, sino que resulta de la aplicación de una bases jurídicas en la que la previsión de un determinado tipo normativo no guarda correspondencia con la concreta modalidad de procedimiento previsto⁸⁰; avanzar sobre esta situación requiere, además del des-

⁷⁷ Cfr., a propósito de esta referencias basilares, Díez-PICAZO, L. M^a: «Las bases jurídicas...», en *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pgs. 183-4.

⁷⁸ Es conocida la larga controversia doctrinal que la diferenciación entre la legislación ordinaria y las leyes orgánicas (art. 81 CE) que, al margen de la reserva material, resultan de una especialidad de procedimiento, ha provocado en nuestro país [cfr., a propósito, la síntesis de SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho administrativo (I)*, pgs. 563 y ss.].

⁷⁹ No se trata aquí del inconmensurable cajón de sastre que ha advenido el «derecho primario» (se remite aquí al trabajo referido en nota al pie núm. 4), antes que «probablemente» (término empleado por Díez-PICAZO, L. M^a, en loc. cit., pg. 184), necesariamente integrado por un *corpus* principal, a condición de diferenciar de los integrantes del derecho primario otros principios de naturaleza infraconstitucional (al efecto, no obstante el paso del tiempo, cfr. SCANDAMIS, N.: «Informe griego», en *Les principes généraux communs aux droits des Etats membres en tant que source du droit communautaire. Interaction entre droit communautaire et droit national*, Actas del XII Congreso FIDE, París, 1986, pgs. 147 y ss.).

⁸⁰ A propósito de la panoplia asistemática que caracteriza el *modus operandi* de las instituciones comunitarias vid., por ejemplo, la sintética nota de reflexión «Los instrumentos jurídicos: sistema actual», en CONV 162/02, de 13 junio (pgv/MVB/mja), pgs. 10 y ss.

Antonio López Castillo

broce (si no completa siega)⁸¹ de la asistemática agregación de (solapadas) bases jurídicas, una previa clarificación de la interrelación de las instituciones políticas participantes en el proceso de normación.

En cuanto a la segunda cuestión, resulta particularmente evidente la necesidad de delimitar lo más netamente posible las funciones legislativa y ejecutiva; la complejidad de semejante tarea se evidencia, no obstante, en cuanto se advierte que al efecto es preciso partir de un concepto de ley que, a su vez, presupone una determinada forma de gobierno y, por lo que a la divisoria competencial se refiere, una específica forma política. En otros términos, avanzar en esta inexcusable tarea supone jalonar el marco constitucional de la UE; nada menos.

Se hace preciso superar la complejidad de esta mixtura (alto)constitucional, pero en su específico contexto; sólo con tener presente las variantes que, a propósito, brinda el panorama de los federalismos, se caerá en la cuenta de que la cuestión no consiste sólo en avanzar en la divisoria funcional de ejecución (Comisión) y legislación (Consejo y PE), por cuanto en relación tanto con lo uno como con lo otro se habrá de partir de la divisoria competencial UE/Estados.

A partir de esta clarificación podría avanzarse –entonces sí– en la superación de la actual amalgama de disposiciones normativas, derivadas de primero o segundo grado, y actos de ejecución, en aplicación de derecho derivado o bien directamente anudados a los Tratados. La directa ejecución del Tratado por parte de la Comisión (así, por ejemplo, a propósito de la disciplina de la competencia por parte de las empresas públicas y las gestionarias de servicios de interés económico general, *ex* art. 86.3 TCE), a falta de reserva reglamentaria, *prima facie* presupone o el rango legislativo del TCE o la existencia de una potestad normativa autónoma (llámese o no ley⁸²) de la Comisión, en abierto contraste en ambos casos con la material «constitucionalidad» del sistema(tizado) orden iuscomunitario.

En consecuencia, y sin entrar aquí siquiera a considerar la residual función ejecutiva del Consejo, la Comisión ha de ver reforzado su papel ejecutivo, dictando reglamentos ejecutivos que, en la medida en que se concreten las propuestas tendentes a la articulación de un Tratado básico o constitucio-

⁸¹ Como muy acertadamente se ha enfatizado «una rígida sujeción a bases jurídicas, en vez de un genérico deber de respeto de los límites competenciales, tiende a conducir a una “administrativización” de toda la actividad normativa, incompatible con los márgenes de la libre opción política de que debe gozar un legislador democrático» (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, en loc. cit., pg. 182).

⁸² Cfr., por otros, LENAERTS, K.: «Comment simplifier les instruments d’action de l’Union?», *WG IX – WD 07*, pgs. 1 y ss.; y, en el contexto de la CIG ‘96, DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., en loc. cit., pg. 155.

nal, lo serían de las normas derivadas del Tratado⁸³; y, obviamente, los actos ejecutivos que integran las típicas decisiones.

B. *Desfases «paracomunitarios»*

De instrumento desfasado o fuera de *tempo* de la reforma ininterrumpida de la UE cabe hablar cuando de los convenios *ex* artículo 293 TCE se trata. Los datos clarifican la justeza de tal expresión, tanto por lo que a su práctica reconversión iuscomunitaria se refiere⁸⁴, como por una escasa virtualidad práctica que ha llevado a que actualmente sólo dos, de entre seis acordadas, estén en vigor⁸⁵.

C. *Fárrago extracomunitario*

a) Tercer pilar en perspectiva: entre cooperación persistente e integración renuente.

No hay duda, por cuanto se ha dicho, de la necesidad de reconducir la complejidad de un subsistema que, en atención a la significativa actividad normativa que genera, de no ser definitivamente integrado, precisaría de una simplificación que, por razón de la materia, resulta particularmente acuciante en este tercer pilar.

A semejanza de lo que ha sido el caso en el ámbito del artículo 293 TCE, los convenios *ex* artículo 34.2 TUE han sido también un instrumento fallido en la medida en que, por su desajuste con el *tempo molto vivace* que el proceso de integración cobra, a partir de la reforma de Amsterdam, ha caído en un pronto desuso siendo sus previsiones, también aquí, cuando no «traducidas» al lenguaje iuscomunitario⁸⁶, raramente asumidas por el conjunto de los Estados miembros⁸⁷, lo que en la perspectiva de la próxima amplia-

⁸³ Sobre la resistencia de la Comisión a presentar propuestas de regulación del ejercicio de sus funciones *ex* art. 93 TCE anterior cfr. DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., en loc. cit., pgs. 157-8, nota al pie núm. 34.

⁸⁴ Vid. el detalle en PIRIS, J. C., en loc. cit., pg. 16, nota al pie núm. 18.

⁸⁵ Se trata de la Convención relativa a la eliminación de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, en vigor desde el 1 de enero de 1995, y de la Convención sobre la legislación aplicable a las obligaciones contractuales, en vigor desde el 1 de abril de 1991; mediante Reglamento del Consejo, en vigor desde el 1 de marzo de 2002, se ha reemplazado la Convención denominada «Bruselas-I» y otro tanto, según se ha adelantado, está en marcha a propósito de la denominada «Convención de Roma», la segunda de las citadas. De las (3) restantes, que nunca han llegado a entrar en vigor, la relativa a los procedimientos de insolvencia se ha visto plasmada en un Reglamento del Consejo, en vigor desde el 31 de mayo de 2002.

⁸⁶ Así, p. ej., la Convención de 26 julio 1995, se ha visto reemplazada por la Directiva relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad (DOC 240, de 28 agosto 2001).

⁸⁷ A destacar que sólo en una de las (11) convenciones acordadas, la relativa a Euro-pol, ha sido ratificada por todos los Estados miembros (a propósito del futuro desarrollo de Europol vid. las propuestas contenidas en el Informe final del Grupo X, Libertad, seguridad y justicia, en CONV 426/02, de 2 diciembre, pg. 18; <http://www.european-convention.eu.int>).

Antonio López Castillo

ción no habla a favor de mantener un instrumentario fallido tanto en este ámbito como, *mutatis mutandis*, en el paracomunitario antes aludido.

Notoria es, por su parte, la proyección de la controvertida andadura de la «directiva comunitaria» en la caracterización y acotación material de las «decisiones marco» que, salva diferencias de tenor nada desdeñables, prácticamente reflejan la imagen que de la «Directiva» aún (literalmente) contiene el espej(ism)o del artículo 249 TCE. Su suerte actual correrá, pues, paralela a la de la Directiva comunitaria.

b) Segundo pilar: cooperación resistente en los reductos de la soberanía medular.

A la vista de la complejidad e indefinición del instrumentario articulado en este ámbito, no extrañará tampoco que la deseada eficacia de la acción exterior de la UE se vincule, sin remedio, al inexcusable avance en la tarea de simplificación⁸⁸, vale decir, de clarificación de «tipos» que, a una diversa naturaleza, política o/y jurídica, suman una diversificación, en su fárrago, desproporcionada.

A esta imperiosa clarificación propia, se suma la que pueda resultar de reducirse las denominaciones de los instrumentos de actuación en el conjunto de la UE; así, por no referir sino un posible ejemplo, a la vista de la semejanza que las acciones comunes PESC, guardan tanto con las (ordinarias) decisiones CPJP, como con las (típicas) decisiones comunitarias, se adoptase una denominación común⁸⁹.

IV. *DE CONSTITUTIONE FERENDA: ¿REFUNDIR O/Y REFUNDAR EL PLURALISMO RADICAL DE LA UE?*

Ante lo manifiesto de unas derivas textuales y deficiencias sistémicas, creciente objeto de atención doctrinal, a partir de mediados de los ochenta y, sobre todo, en la exégesis de la secuencia reformadora que se inicia con la instauración de la UE, el órgano político por definición, el Consejo Europeo, levantando acta mediante la ya referida declaración de Laeken, ha lanzado definitivamente a la arena del debate en marcha la controvertida «tipología» de los instrumentos y formas de actuación en el ámbito de la UE; y lo ha hecho mediante un retórico planteamiento de interrogantes que, no obstante su abierta formulación, vienen a marcar la pauta de una «simplificación» que no consistiría sólo en reducir y sintetizar, sino también en añadir y, sobre todo, clarificar, normas y procedimientos, lo que conduce directamente a la jerarquización de las unas y, a medida que se refuerce su legitimidad, a la clarificación (democrática) de los otros.

⁸⁸ Así, por ejemplo, en el punto 5 de las recomendaciones generales del ya referido Informe final del Grupo III «Personalidad jurídica» (CONV 305/02, de <http://www.european-convention.eu.int>).

⁸⁹ Vid. referencias de este tipo, por ejemplo, en PIRIS, J. C., en loc. cit., pgs. 13-4.

I. SIMPLIFICACIÓN Y JERARQUIZACIÓN DEL COMPLEJO (Y ASIMÉTRICO) ORDEN JURÍDICO DE LA UE

En efecto, no obstante su polisemia, la forma sustantivada del verbo simplificar, más allá de los niveles inferiores de la barrida de las hojas muertas del DO, de la refundición de las disposiciones dispersas en ese mismo espacio intemporal o de cuestiones, en cierto sentido conexas, tales como la mejora de la calidad de la legislación, alcanza el plano superior de la refundición en el que, antes que clarificar disposiciones normativas vigentes, simplificar significa clarificar su base legitimatoria.

No se puede no estar de acuerdo con las precisas palabras iniciales del Informe final del Grupo IX: «no hay nada más complicado que la simplificación (...) una operación con repercusiones considerables que tienen relación directa con el nivel de democracia de nuestras instituciones».

Se trataría en lo sustancial, dejando a un lado aquellas propuestas tendentes a la identificación en el conjunto del derecho primario de unas materias básicas frente a las demás que, en correspondencia, con su fundamentalidad formarían parte de un Tratado básico o fundamental, de las demandas a favor de un decidido avance en la clarificación pendiente (tanto como la de la propia reforma institucional y de procedimientos decisorios⁹⁰) de las funciones legislativa y ejecutiva, en la idea de «garantizar que actos con la misma fuerza jurídico-política tengan el mismo fundamento en cuanto a su legitimidad democrática (... pues) los actos que tengan la misma naturaleza y el mismo efecto jurídico tienen que elaborarse siguiendo el mismo procedimiento democrático», lo que «lleva directamente a una jerarquía más clara de normas, consecuencia de una mejor separación de poderes»⁹¹.

Por lo demás, llevado de la necesidad de cohonestar las exigencias de legitimidad democrática, mediante el ajuste más preciso de los procedimientos legislativos, y de obtener el mayor grado posible de eficacia, el referido Informe final del Grupo IX, «Simplificación», propone la inserción en el TUE de un mecanismo de delegación al efecto de superar una situación en la que «el legislador está obligado o bien a ir hasta el último detalle en las disposiciones que adopte, o bien a transferir a la Comisión los aspectos más técnicos o detallados de la legislación, como si se tratara de medidas de ejecución sometidas a control estatal según las disposiciones del artículo 202 del TCE»⁹².

⁹⁰ Pues «un procedimiento normativo tendencialmente uniforme no sólo no necesita del requisito de la identificación de la base jurídica, sino que puede verse obstaculizado por la supervivencia del mismo» (cit. de Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, en loc. cit., pg. 181). En este sentido el referido Informe final del Grupo IX postula reducir a cinco (codecisión, cooperación, dictamen simple, dictamen conforme del Parlamento y decisión exclusiva del Consejo) la treintena de variedades procedimentales articuladas en los Tratados (vid. WG IX, 13; CONV 424/02), pgs. 13 y ss.; en <http://www.european-convention.eu.int>).

⁹¹ Cit. del Informe final del Grupo IX (WG IX, 13; CONV 424/02), pg. 2; en <http://www.european-convention.eu.int>).

⁹² *Ibidem*, pg. 8.

En lo sustancial, además de la refundación del sistematizado orden iuscomunitario, se trataría de integrar definitivamente en el mismo el ya (parcialmente integrado) tercer pilar, así como de avanzar decididamente en el desbroce de los actos PESC al efecto de entresacar sus instrumentos normativos clarificando, de no ser factible su asimilación a los iuscomunitarios, mediante la divisoria entre «decisiones comunes», comprensivas de las actuales estrategias, acciones y posiciones comunes, y unas «decisiones de ejecución». A partir de esta idea general, y sobre la base de una discusión sustentada en notas de reflexión y documentos de trabajo de muy diversa entidad, los integrantes del Grupo IX han acertado a concretar para su ulterior debate en el Plenario de la Convención unos elementos concretándose así una respuesta a los ya interrogantes que, aun cuando sumariamente, a continuación se glosa.

Al efecto de comprobar el grado de correspondencia con los referidos interrogantes de las (dos) respuestas institucionales que se van a tomar en consideración, se procederá aquí a la exposición ordenada de los tipos, vinculantes y no vinculantes, que configuran las propuestas tanto del Grupo IX de la Convención como de la Comisión Europea, antes de subrayar aquellos aspectos que, por lo uno (reducir y sintetizar) o por lo otro (añadir), merezcan comentario.

2. SIMPLIFICAR, EN EL SENTIDO TANTO DE REDUCIR (Y SINTETIZAR) COMO DE AÑADIR

A. *Las propuestas institucionales de simplificación de la tipología de los «actos» de la UE del Informe final del Grupo IX a la Convención europea y de la Comisión Europea*

a) La propuesta del Grupo IX.

Por lo que se refiere a instrumentos obligatorios:

– Los actuales Reglamentos comunitarios, guardando correspondencia con su definición en el artículo 249 TCE, así como las actuales «decisiones (ordinarias)» CPJP, pasarían a denominarse «leyes UE» que, en relación con algunas materias (como la adopción de programas financieros o la acción en el marco de las competencias complementarias), sustituirían asimismo a las comunitarias «decisiones atípicas»;

– Las actuales Directivas comunitarias, en correspondencia con su definición *ex* artículo 249 TCE, y las actuales «Decisiones-marco» CPJP, sin perjuicio de matizaciones ulteriores a propósito de sus efectos, se denominarían «Leyes marco UE»;

– Las actuales decisiones típicas comunitarias, reformulada su definición en el sentido arriba indicado de dejar abierta la posibilidad de no tener destinatarios, así como las «decisiones PESC», sustitutivas a su vez de las «estrategias..., acciones... y posiciones comunes» y que, en todo caso, deberían distinguirse de las llamadas «decisiones de ejecución PESC», seguirían

caracterizándose, en tanto que actos no legislativos, como «decisiones»; y, como novedad radical;

– Unos nuevos instrumentos (aunque no legislativos) normativos, los «reglamentos delegados» y los «reglamentos de ejecución» que, según se verá de seguida, semejan a los decretos legislativos y a los reglamentos normativos, instrumentos sobradamente contrastados en los órdenes jurídicos estatales.

Y en relación con los instrumentos no obligatorios, el Grupo propone mantener, como en la actualidad, la distinción entre (i) Recomendaciones y (ii) dictámenes, en perfecta correspondencia con su definición *ex* artículo 249 TCE.

En lo demás, se postula una flexible aproximación a todo ese atípico instrumental, con la salvedad de que no se utilicen en relación con temas respecto de los que se hayan presentado iniciativas o, bien, incluso propuestas; y, en lo que supone otra novedad, pretende conferir el mayor rango a la acción concertada de los Estados miembros al margen de las competencias atribuidas a la UE, mediante la expresa mención en el Tratado (constitucional) del llamado «método abierto de coordinación».

b) El anteproyecto de «Tratado constitucional» de la Comisión.

Por su parte, en un gesto más de activismo, la Comisión ha trasladado a la Convención y, en general, a la opinión pública europea, un proyecto de Tratado constitucional denominado «Constitución de la Unión Europea» de largo alcance del que importa destacar aquí los aspectos que inciden de plano sobre el objeto de nuestra atención.

En el Título V del referido «anteproyecto» se relacionan los «instrumentos» disponibles para dar cumplimiento a la «Constitución» que, según la perspectiva externa o interna, respectivamente serían:

– Los «acuerdos internacionales, acciones comunes y declaraciones que comprometan a la UE en el plano internacional»; y,

– Una doble categoría de «leyes orgánicas y europeas, conjuntamente adoptadas por el PE y el Consejo», así como las «decisiones adoptadas por el Consejo» (o, en supuestos tasados, por la Comisión), cuya aplicación, en el nivel de la UE, corresponde a la Comisión mediante «reglamentos de ejecución»;

En perspectiva interna, se prevé también la adopción de «recomendaciones formuladas por el Consejo o por la Comisión» en relación, por lo demás, con el «método abierto de coordinación»; y se identifican como actos de carácter no vinculante «dictámenes, resoluciones y comunicaciones» y «códigos de buena conducta o acuerdos voluntarios, también entre interlocutores sociales»⁹³.

⁹³ Art. 72 (I. Principios).

Antonio López Castillo

B. *Sumaria referencia siguiendo el guión de Laeken*

a) Simplificar restando (y sintetizando): ¿debe reducirse el número de instrumentos legislativos?

En la propuesta del Grupo IX se plantea pasar de los 15 instrumentos actuales que se identifican (reglamentos, directivas, decisiones típicas, recomendaciones y dictámenes; principios y orientaciones generales, estrategias comunes, acciones comunes, posiciones comunes y decisiones; posición común, decisión-marco, decisión y convención; y, finalmente, el «atípico» tipo de la decisión sin destinatario) a sólo seis (de una parte, leyes UE, leyes-marco UE, reglamentos delegados y de ejecución, decisión y, de otra parte, recomendación y dictamen).

De la propuesta del anteproyecto constitucional de la Comisión resulta, asimismo, un decidido avance en la reducción de la tipología que, en la línea con la sistematización acometida en el epígrafe II, traza una distinción entre los instrumentos operativos *ad extra* (acuerdos internacionales, acciones comunes y declaraciones) y los internos (ley, ordinaria y orgánica, decisiones y, sin perjuicio de una diferente naturaleza, recomendaciones, incluido el método abierto de coordinación) y, en aplicación de las leyes y las decisiones, se prevén actos de ejecución que, de no corresponder a los Estados miembros, serían «reglamentos» de la Comisión.

Sin perjuicio de la atención que también merecen otras cuestiones, aquí vamos a centrar nuestra atención, por su relevancia, en la previsión (común, al margen de la variante que supone la previsión en el segundo documento glosado del tipo «ley orgánica» objeto, por lo demás, de discusión, que no de consenso, en el seno del Grupo IX⁹⁴) de unas «leyes UE» de comunes características, dicho sea sin perjuicio de la especialidad procedimental prevista en el documento de la Comisión en relación con las leyes orgánicas que, a diferencia de las ordinarias (y/o leyes marco, de que se trata en el primero de los documentos), no se aprobarían mediante un procedimiento (remozado) de codecisión, sino en virtud de mayorías cualificadas⁹⁵.

En suma, al margen de consideraciones más o menos recurrentes en los debates previos a propósito de su esencialidad material, las actuales propuestas descansan sustancialmente sobre un concepto formal de ley en cuya virtud como tal se ha de tener aquella disposición adoptada por el legislador en el marco de un determinado procedimiento. En esta línea, con un diverso acento, la doctrina constitucional (y la comunitarista⁹⁶) ha abando-

⁹⁴ Cfr. referencias anexas al Informe final cit., en *ibidem*, pg. 27.

⁹⁵ Cfr., de una parte, Informe final cit., en *ibidem*, pgs. 14-5, y de otra parte, Acta adicional núm. 4, anexa al «Tratado constitucional» del anteproyecto de la Comisión.

⁹⁶ Vid., p. ej., DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J. CIG '96: Hacia un tratado único y una nueva tipología de actos comunitarios, en op. cit., 1995, pgs. 137 y 155, en los prolegómenos de la CIG '96.

nado la añeja concepción de la «reserva de ley»⁹⁷, por la de «reserva de parlamento»⁹⁸ o «reserva de procedimiento parlamentario»⁹⁹, en conjunción o no con una idea de la esencialidad de la materia de la ley¹⁰⁰ que, al margen de otras posibles consideraciones, no deja de plantear problemas en la práctica; y de un «principio de legalidad» entendido, no como el resultante de la suma de unas concretas reservas de ley, sino como parámetro o medida de la intensidad de una intervención del legislador, de ordinario¹⁰¹, mediada por normas de rango infralegal o reglamentarias¹⁰².

La cuestión es si esta identificación formal es o no suficiente a los efectos de determinar lo que sea «ley (comunitaria)»; el problema, particularmente controvertido, viene de la inferencia de una cierta noción material del concepto (predominantemente) formal de «ley (comunitaria)», aun indirectamente, mediante la discrecionalidad de un legislador que en el ejercicio de una decisión política regulará, sin poder desbordar el marco trazado por el derecho primario, aquellos contenidos que estime más relevantes o/y esenciales al efecto de disciplinar una concreta materia.

Sea como fuere, es notorio que en el ámbito de la UE una simplificación de

⁹⁷ Por no decir nada del sistema de doble reserva (ley y reglamento) a la francesa (cfr. FAVOREU, L.: «Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français», *RFDC*, 32, 1997, pgs. 713 y ss); y, con carácter general, MAILLE, M.: «Les sources et catégories des actes juridiques – la France», en WINTER, G. (ed.): *Sources and Categories of European Union Law*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1996, pgs. 141 y ss.

⁹⁸ «con lo que la Constitución –se dice– intenta asegurar a la norma elaborada de este modo la alta transferencia de legitimidad que para ella supone la adopción con la publicidad, participación de las minorías y libre debate que el “principio democrático” implica» [GARRORENA MORALES, A.: «Reserva de ley», en M. ARAGÓN (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional Tomo I*. Ed. Civitas, Madrid, 2001, pgs. 300 y ss.].

⁹⁹ Aun cuando de «leyes» nada se dijo en el TUE (Maastricht), lo cierto es que los constituyentes procedieron a incorporar al complejo decisorio un nuevo procedimiento (llamado) de codecisión (que –no está de más recordarlo– en la fallida propuesta de la Comisión se reservaba precisamente a la aprobación de la «ley»), dejando a la siguiente cita constituyente (de Amsterdam) la consideración de una posible revisión de la tipología de los «actos comunitarios» al efecto de establecer una jerarquía entre sus diversas categorías que –sabido es– quedaría en nada.

¹⁰⁰ A propósito cabe referir el fallido intento de la presidencia del Consejo (entonces) portuguesa, en el contexto de la reform(it)a de Niza, por avanzar en la configuración de un «acto legislativo» o «ley comunitaria» que, en la correspondiente propuesta, se identificaba tanto por su procedimiento de aprobación, como por la densidad de una regulación limitada a articular reglas esenciales y principios generales y cuyo desarrollo, mediante un procedimiento menos gravoso, competiría al Consejo.

¹⁰¹ Acerca de la modulación dogmática de la tradicional divisoria que de la centralidad del Gobierno democrático resulta, cfr. VON BOGDANDY, A.: *Gubernative Rechtssetzung*, cit., en síntesis, pgs. 489 y ss.

¹⁰² Dicho sea sin perjuicio de la variable articulación que, por razón de la materia o de especificidades sectoriales, se concretará en intervenciones reglamentarias más (organización administrativa; relaciones especiales de sujeción) o menos (regulación de la actividad sancionadora; régimen de los derechos fundamentales) intensas (vid. referencias jurisprudenciales en GARRORENA MORALES, A., *ibidem*).

los procedimientos puede venir a favorecer la racionalización de un proceso decisorio que, por lo complejo de su trama, difícilmente podría sustentarse en una sola modalidad procedimental; una cosa es la previsión de un procedimiento legislativo tipo, que en las propuestas glosadas es el de (remozada) codecisión, y otra muy distinta erradicar las variantes procedimentales, sea como consecuencia de un principio de especialidad (material y) procedimental (cual sería el caso de la ley orgánica), sea por razón de especificidad material o/y funcional (materia presupuestaria, internacional, etc.).

En este sentido, las actuales propuestas de reducción de procedimientos y la decidida identificación del procedimiento (revisado) de codecisión como procedimiento-tipo en el desenvolvimiento de la función legislativa en el espacio (iuscomunitario y) de la UE contribuye a reforzar los perfiles de una función legislativa que, al margen de su tónica ubicación (ideal) en la institución parlamentaria, en ninguna de las formas actuales de Gobierno se circunscribe a ese reducto institucional, abriéndose a la participación (diversa, según la respectiva configuración constitucional de la división de poderes), pero en todo caso presente, de unos Gobiernos que, ya sea mediante su potestad de iniciativa legislativa, ya sea en el ejercicio de sus atribuciones normativas propias, *ex Constitutione* y delegadas, *ex lege*, determinan sustancialmente la legislación estatal.

En los regímenes constitucionales contemporáneos se advierte, por lo que a la «reserva de Parlamento» se refiere un menoscabo de la función deliberativa de instituciones que, actuando como correas de transmisión de mayorías de gobierno, experimentan una creciente formalización de su autonomía decisoria; en su deriva hacia una instancia de ratificación formal de decisiones previamente adoptadas fuera del estricto marco parlamentario en una trama de negociación de la que resulta una variable transacción de intereses¹⁰³, cuya concreta determinación y ajuste escapa a las minorías políticas representadas en la Cámara y que, a salvo aquellos sistemas que han sabido articular una mínima transparencia en las fases previas de integración de intereses y elaboración de las iniciativas, viene a poner en cuestión aquello que tanto la forma parlamentaria de Gobierno como la forma democrática de Estado demandan, esto es, el ejercicio de *potere in publico*¹⁰⁴; con ser recurrente el lamento sobre la pérdida de centralidad del Parlamento resulta costoso asumir, más allá de su constatación, las consecuencias derivadas, no ya de la potestad normativa del Gobierno democrático (no necesariamente mediatizada por el Parlamento), sino de una posición reforzada en cuyo derredor gira un vasto proceso de integración de intereses que, de ordinario, la ley se limita a sancionar¹⁰⁵.

¹⁰³ El fenómeno cuenta ya con explicaciones teóricas caracterizadas con su propia etiqueta; así, por no referir sino un simple ejemplo, se habla de «Estado pactante» (GRIMM, D.: *Die Verfassung und die Politik*, Ed. H. C. Beck, München, 2001, pgs. 295 y ss.).

¹⁰⁴ BOBBIO, N.: *Il futuro de la democrazia*, Ed. Einaudi, Torino, 1985.

¹⁰⁵ En este sentido destaca la meritoria aportación de VON BOGDANDY, A.: *Gubernative Rechtssetzung*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.

Al mismo tiempo, y aun cuando pueda parecer contradictorio, conviene no desatender la tendencia, propiciada tanto por necesidades –diríase estructurales– de concreción y especificación de las políticas propias del Estado social, como –en perspectiva territorial– por la concurrencia en torno a una materia (por definición, finita) de una pluralidad de Parlamentos que, a la búsqueda de su funcion(alidad) aspiran a reforzar su legitimidad de origen mediante el efectivo ejercicio de sus funciones (legislativas). La confluyente incidencia de las vertientes ideológica y territorial de la forma de Estado sobre la funcionalidad legislativa de los Parlamentos se concreta en la adopción de leyes cuyo contenido regulador prácticamente se ciñe a la determinación *ad casum* de la concurrencia de unos determinados presupuestos, ya previamente establecidos por ley, cuyo sentido no pareciera otro que la congelación de rango de una materia que, en tanto persista la forma de ley, quedaría extramuros de la potestad reglamentaria¹⁰⁶.

En esta perspectiva, resulta particularmente positiva la previsión de una legislación marco que, en el ámbito de la UE, parece especialmente indicada al efecto de salvaguardar unos espacios de decisión estatal en consonancia, antes que con el principio de subsidiariedad¹⁰⁷, con los propios equilibrios sustentadores del pluralismo sobre el que radica el complejo (y asimétrico) orden de la UE. De subsidiariedad suele hablarse, en este contexto, en refuerzo de una pretendida vuelta atrás en la trayectoria seguida por las Directivas comunitarias a la que, acaso, podría coadyuvar su confluencia en un mismo cajón normativo con ese pálido reflejo suyo que –según queda expuesto– serían las Decisiones-marco del actual tercer pilar.

De llegar a concretarse una previsión como ésta dará entrada en el ámbito de la UE a la no poco compleja articulación de los desarrollos legislativos estatales de unas bases previamente establecidas mediante ley marco de la UE; la cuestión es si tal dualidad legislativa puede por sí sola poner fin a una práctica de regulación en detalle que, por razón de la materia, puede resultar difícil de practicar; no está de más recordar, a propósito, las dificultades objetivas experimentadas a la hora de intentar constreñir la regulación básica estatal a una normativa de principios en el marco del complejo Estado de las CC AA, dicho sea sin perjuicio de la virtualidad que pudieran alcanzar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Sea como fuere, a diferencia de lo que es el caso de la ley orgánica que, según lo previsto en el documento de la Comisión, descansa sobre un princi-

¹⁰⁶ A propósito del contenido y alcance de la regulación legislativa autonómica enjuiciada en la STC 248/2000, cfr. LÓPEZ CASTILLO, A.: «Jurisprudencia constitucional en los procesos de control de constitucionalidad de normas con rango de ley (septiembre de 2000/octubre de 2001)», en *VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Benicàssim, 18, 19 y 20 octubre 2001*, Ed. CEPC, Madrid, 2002, pgs. 157 y ss. (172,3).

¹⁰⁷ Cfr. a propósito del debate en torno a la CIG '96 de Díez-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., en loc. cit., pg. 156.

Antonio López Castillo

pio de especialidad de procedimiento (en razón de la relevancia de las materias por su dimensión institucional, por ejemplo), estas leyes marco no se distinguen de las demás leyes (europeas) sino por una función armonizadora que, por definición, se presume menos intensiva de lo que de ordinario será una regulación comun(itaria).

b) Simplificar sumando: ¿coordinación abierta y reconocimiento mutuo?

Se muestra partidario el «Informe...» de una expresa previsión en el Tratado del llamado «método abierto de coordinación», al efecto de mejorar la concertación estatal, al margen de las obligaciones comunitarias ya resultantes de las competencias comunitarias de coordinación, en particular en materia económica y de empleo; en esta misma línea de refuerzo de la concertación estatal, al margen de las competencias atribuidas a la UE, en la dirección económica, se prevé en el anteproyecto de Tratado (constitucional) el «método abierto de coordinación».

En cuanto al alcance posible del «reconocimiento mutuo» es preciso advertir sobre una primera impresión provocada por la ausencia de (toda) referencia en las (dos) propuestas sistemáticas de aquí se trata; la horizontalidad de las cuestiones a debate demanda, así, prestar atención al Informe final del Grupo X (libertad, seguridad y justicia) que, en el marco de la mejora de la cooperación en el ámbito del derecho civil, tanto como en el contexto de una propuesta plenamente integradora del (restante) tercer pilar, postula la inserción expresa en el Tratado (constitucional) de un principio de reconocimiento mutuo que, como enfática y respectivamente se dice, se debería constituir en «piedra angular», tanto de «esta política común» como de «la cooperación judicial (en materia penal)»¹⁰⁸.

Se advierte, no obstante, que antes que de adicionales «actos» normativos, se trata aquí de un método de concertación y de una técnica de convalidación, instrumentales al efecto de preparar el terreno de cara a futuribles avances en la integración, en virtud de una estandarización de parámetros, fácticos (económicos y sociales) y jurídicos, menos gravosa para la (residual) discrecionalidad estatal que las alternativas comunitarias de la armonización o/y unificación de disciplinas y regímenes jurídicos.

En otro plano se sitúa el debate (preconstituyente) a propósito tanto del llamado «método de corregulación», indicado al efecto de integrar la virtualidad de un cierto grado de autorregulación y una legislación de «nuevo enfoque» (así se viene a caracterizar, por ejemplo, la combinación que resulta de anudar a una regulación de los elementos básicos, mediante directiva, la relativa libertad de elección de las empresas concernidas por el marco normativo comunitario a la hora de cumplimentar las correspondien-

¹⁰⁸ Citados del referido Informe final, CONV 426/02, de 2 diciembre (*WG X – WP 14*, pgs. 6 y 8; en <http://www.european-convention.eu.int/>).

tes obligaciones)¹⁰⁹, como de la «autorregulación» que, en el marco de la ley, generalmente se reconoce como expresión de la autonomía normativa de los agentes sociales¹¹⁰; instrumentalio éste, de muy distinta naturaleza (normativa), que ha tenido escaso eco en un documento que se limita al apunte de su necesidad, así como de medidas de refundición y codificación del derecho comunitario, al efecto de una mejora de la calidad de la legislación¹¹¹. La horizontalidad de las discusiones de los diversos grupos (en particular, los relativos a la «gobernanza económica» y la «Europa social»¹¹²) de la Convención aconseja, no obstante, esperar al debate plenario previo a la redacción del Informe final que se ha presentar ante el Consejo europeo que cierre la actual presidencia griega.

3. SIMPLIFICAR CLARIFICANDO Y REORDENANDO; ES DECIR, JERARQUIZANDO

A. *Las propuestas de jerarquización de los «actos» de la UE en el Informe final del Grupo IX de la Convención y en el anteproyecto de «Tratado constitucional» de la Comisión Europea*

a) El Informe final del Grupo IX.

En el Informe final del Grupo IX se propone una distinción entre «actos» legislativos, delegados y de ejecución:

– Los llamados actos legislativos («leyes» y «leyes marco»). Se tendrían por tales los adoptados sobre la base del Tratado (de ordinario, mediante el procedimiento de codecisión) que contengan los elementos esenciales y las opciones políticas fundamentales en un determinado ámbito material. A propósito de la identificación casuística de ese ámbito reservado a la regulación legislativa y, en consecuencia, de la indicación y alcance posible de una delegación legislativa, los «convencionales» se remiten a la discrecionalidad del legislador, en el estilo sincrético que acaso no quepa evitar en un texto de consenso como es el «Informe final».

– Los llamados actos delegados. Mediante los «reglamentos delegados», adoptados con base en cualquiera de las dos modalidades de ley propuestas,

¹⁰⁹ Vid. referencias adicionales en la nota de reflexión de la secretaría del «Presidium»: «Los instrumentos jurídicos: sistema actual», de fecha 13 de junio de 2002 (CONV 162/02).

¹¹⁰ En torno a los acuerdos (europeos) entre agentes sociales, *ex arts.* 138 y 139 TCE, cfr. LENAERTS, K.: «Comment simplifier les instruments de l'Union?», *WG IX – WD 07*, de 22 octubre 2002, en <http://www.european-convention.eu.int>.

¹¹¹ En efecto, en el contexto del debate a propósito de la «calidad de la legislación» y, en general, de la «gobernanza» (a propósito del libro blanco de la Comisión, en COM [2001] 0428 final, *vid.*, por otros, CLOSA MONTERO, C.: El libro blanco sobre la gobernanza, en LÓPEZ A. (ed.), monográfico *REP cit.* (en prensa), se apunta una cierta tendencia desreguladora y a un reconocimiento de la autonomía de actores sociales y económicos, mediante instrumentos de autorregulación y correulación.

¹¹² Vid. Informe final del Grupo V, de 26 octubre 2002, Conv. 357/02 y del Grupo XI, de 4 febrero 2003, Conv. 516/1/03, en <http://www.european-convention.eu.int>.

vendría (de ordinario) la Comisión a desarrollar en detalle una ley o bien a modificar algunos de sus elementos de acuerdo con lo establecido por la delegación. Al legislador correspondería determinar los objetivos, contenido y alcance de la habilitación, así como unos mecanismos de control que podrían ir desde un derecho de revocación (*call back*), en supuestos de *ultra vires* o de trascendencia política o financiera, hasta el establecimiento de una cláusula de suspensión (*sunset clause*), que comportase la necesidad de una periódica renovación de la delegación, pasando por la determinación de un plazo de silencio, una vez transcurrido el cual sin haberse planteado objeciones por parte del legislador, las disposiciones resultantes del ejercicio de la delegación entrarían en vigor.

– Los llamados actos de ejecución. Son tanto aquellos que se dictan en ejecución de los actos legislativos y/o delegados, como los previstos en el propio Tratado. Pueden revestir la forma de «reglamentos...» y de «decisiones de ejecución». En tanto que su adopción no competa a los Estados, serán adoptados (a salvo la excepcional competencia del Consejo) por la Comisión, «comitología» mediante¹¹³, en la diversa conjunción con representantes estatales que resulta de los diferentes procedimientos¹¹⁴.

b) El anteproyecto de «Tratado constitucional» de la Comisión.

Al margen de un triple procedimiento de «revisión de la Constitución» que, de conformidad con un criterio gradual de mayor a menor intensidad, introduce en el derecho primario un elemento de clarificación (al tiempo que deja planteada la muy engorrosa cuestión de la estratificación, en razón de su fundamentalidad, de los contenidos constitucionales¹¹⁵)¹¹⁶, el antepro-

¹¹³ A propósito aluden los «convencionales» del Grupo IX a una posible modificación (o supresión) del procedimiento de comité de reglamentación que implica un *call back* que, por sus implicaciones institucionales, se estima materia propia del correspondiente grupo de trabajo y que, en todo caso, bien podría acometerse mediante modificación de la Decisión, adopta con base en el art. 202 TCE, sobre los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (a propósito, vid. el «Informe...», en loc. cit., pgs. 12 y 27 –anexo III–).

¹¹⁴ Pendientes de clarificación quedan, en este controvertido ámbito de la ejecución, las posibles atribuciones de potestades ejecutivas a las diversas agencias administrativas y, en otro plano muy distinto, la cuestión (sobre la que seguramente incidirá la futura redacción de un remozado Tratado, básico o fundamental, de la UE) relativa de la existencia de unas actuaciones ejecutivas directamente derivadas de los Tratados (cfr., por otros, PIRIS, J. C., en loc. cit., pg. 24).

¹¹⁵ Me sigue pareciendo que la tensión entre la exigencia ínsita al principio de unidad de la Constitución y la diversa articulación de mayorías para la reforma de sus disposiciones (tanto más si a ello se suma la afirmación [no necesariamente] explícita de pretendidos contenidos intangibles) se encuentra falta de una explicación integrada o, a la manera de HESSE, K.: «Constitucionalmente adecuada» (vid., en medida traducción de P. Cruz Villalón, HESSE, K.: *Escritos de derecho constitucional...*, Ed. CEC, Madrid, 1983).

¹¹⁶ Se trata, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 101 (Tít. IX), de la exigencia de una mayoría en el Consejo Europeo de 5/6 para la reformas de los Principios o de los DD FF que entrarán en vigor una vez hayan sido ratificadas por 5/6 de los Estados miembros, en relación con los tratados de adhesión, no obstante la exigencia de idéntica mayo-

yecto de «Constitución de la Unión Europea» vuelve, sobre los antecedentes parlamentarios ya conocidos¹¹⁷, a la diferenciación, en el nivel legislativo, entre dos tipos de leyes, ordinarias («europeas») y orgánicas, según su mayoría de codecisión y cualificada; y en otro plano, los actos de ejecución de leyes y decisiones del Consejo, de carácter reglamentario e infralegal.

- B. *Sumaria referencia (bis) siguiendo el guión de Laeken. Simplificar jerarquizando: ¿debe insertarse en el Tratado una neta distinción entre medidas legislativas y de aplicación?, ¿debe articularse en ese primer nivel normativo una explícita habilitación para la delegación en la Comisión de funciones normativas?*

Es justo reconocer que la respuesta frente a la crítica situación del engranaje del «sistema(tizado) orden...» que en estas propuestas institucionales aflora, en cierto sentido, ha estado latente a lo largo del proceso de ininterrumpida revisión de los Tratados que sigue a la instauración en Maastricht de la UE¹¹⁸, y no puede afirmarse tampoco que se haya visto privado de toda (siquiera sea reciente) atención doctrinal¹¹⁹. En lo que sigue, se tratará sólo de llamar la atención acerca de algunas imprecisiones, no tanto a propósito de una distinción entre medidas legislativas y de aplicación que, en atención a la previsión *grosso modo* de leyes y reglamentos, no ofrece mayores dudas, cuanto en relación con el establecimiento en el derecho primario de una

ría en el Consejo Europeo, persiste la exigencia de la unánime ratificación de los Estados (art. 102); de una mayoría de en el Consejo Europeo de 3/4 que traduzca idéntica mayoría de población de la UE, para las reformas relativas a las Políticas o a las Actas adicionales 1ª [art. 101.1 d)] y 2ª, que entrarán en vigor una vez las ratifiquen 3/4 del conjunto de los Estados miembros; por último, salvo previsión en contrario, para la reforma de las restantes Actas adicionales se habría de seguir el procedimiento establecido para la adopción de leyes orgánicas.

¹¹⁷ Se recordará que el «sistema de fuentes» previsto en el proyecto de Constitución de la Unión discutido en el PE (arts. 30 y ss., en Resolución de 10 febrero 1994) se establecía una diferenciación semejante entre leyes ordinarias y orgánicas, de una parte, y entre la legislación y unos reglamentos de ejecución a adoptar, de ordinario, por la Comisión (a propósito vid., por otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El proyecto de Constitución europea», *REDC*, 90, 1995, pgs. 9 y ss.; DE CARRERAS SERRA, F.: «Por una constitución europea», *REP*, 90, 1995, monográfico sobre la reforma de 1996, coords. C. CLOSA y LÓPEZ, A. pgs. 193 y ss.).

¹¹⁸ Debe recordarse que, ya con ocasión de la conferencia intergubernamental conducente al Tratado de *Maastricht*, se avanzaron diversas propuestas tendentes a la expresa articulación del principio de jerarquía normativa entre las disposiciones normativas comunitarias, sin perjuicio de los actos administrativos y de otro tipo de resoluciones, de carácter no vinculante, tales como las recomendaciones o dictámenes. A destacar, la divisoria (italiana) entre normas constitucionales, legislativas y reglamentarias o la menos rompedora previsión de leyes junto a los reglamentos y decisiones, propuesta por la Comisión y asumida por la presidencia (entonces) luxemburguesa; propuestas todas ellas que no llegaron a fraguar en el TUE.

¹¹⁹ Por otros, vid. MONJAL, P.-Y.: *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Ed. LGDJ, París, 2000; HOFMANN, H.: *Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2000.

Antonio López Castillo

explícita habilitación al efecto de delegar en la Comisión (in)determinadas funciones normativas.

Lo primero es atendido en ambos casos, sobre la previsión de leyes y de reglamentos ejecutivos de las mismas, pero, en cuanto a lo segundo, la situación ya no es la misma pues, si bien en el «anteproyecto» de la Comisión nada se dice al respecto por cuanto no se articulan otros reglamentos que los ejecutivos, en el «Informe...» se prevén, así como los «ejecutivos», unos «reglamentos delegados» en relación con los que, dada la (in)definición del documento, es preciso despejar algunas incógnitas.

La perplejidad a propósito del régimen jurídico de los «reglamentos delegados» arranca ya de la relativa (in)definición de un rango que, como el de los reglamentos ejecutivos, se dice normativo, pero no legislativo. Es preciso reconocer, con todo, que no faltan elementos para entender que en la escala jerárquica los ejecutivos están en un escalón inferior con relación a los «delegados», por cuanto aquéllos pueden dictarse en aplicación de los mismos tanto como de las leyes, proyección asimismo evidente en el plano subjetivo del respectivo procedimiento de control.

En ese sentido, quedan pronto despejadas las posibles dudas a propósito de su rango normativo; otra es, en cambio, la situación si de clarificar su posición frente a la ley se trata, pues no obstante una cierta semejanza, p. ej., con los decretos legislativos *ex* artículos 82 y siguientes de la CE¹²⁰, dada la determinación por el legislador habilitante del objetivo, contenido alcance y modalidad, entre ambos tipos normativos media la misma distancia que separa la tradicional conexión de este mecanismo a la deslegalización de una materia reservada al legislador y la discrecionalidad que resulta de dejar a la voluntad del legislador la casuística decisión acerca de la indicación de reglamentación delegada o ejecutiva o las dos cosas al tiempo¹²¹.

4. SIMPLIFICAR OBSERVANDO LOS EQUILIBRIOS (TERRITORIALES) DEL SISTEMA: ¿SIGUE SIENDO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD LA BASE DE PARTIDA?

Expresamente referido, junto con el de subsidiariedad, como expresivo de la relativa intensidad de la actuación integrada, el principio está en la base misma de la pluralidad de un sistema complejo (y asimétrico).

Ya en el Protocolo relativo a su aplicación se avanza la traza, de menor a mayor intensidad, de una preferencia por los reglamentos antes que por las directivas y, en todo caso, sobre las muy detalladas de unas denominadas

¹²⁰ A propósito vid., por otros, VÍRGALA FORURIA, E.: *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

¹²¹ En esta línea crítica vid., por ejemplo, ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D.: «Los efectos colaterales de la Convención sobre el futuro de Europa en la arquitectura judicial de la Unión...», en LÓPEZ, A. (ed.): *REP*, número monográfico sobre la reforma de 2004, en epígrafe IV (en prensa).

«directivas marco», una categoría formalmente inexistente pero indicativa de una tendencia que viene a concretarse en las propuestas glosadas¹²².

Sin perjuicio de otro tipo de consideraciones, cabe enfatizar que la potencialidad del principio de proporcionalidad depende tanto del grado de determinación de los títulos competenciales, como de una clarificación y simplificación del sistema de fuentes, con los que se encuentra en una relación de inversa proporcionalidad de modo que, a mayor clarificación funcional y más precisa determinación de las competencias y reglas de procedimiento, menor juego podrá extraerse de una cláusula que –como bien se comprende a la luz de su significación en la práctica de ponderación en materia de derechos y libertades fundamentales– se justifica mejor en concurrencia de normas principales e indeterminadas y/o de textura abierta. Con todo, es preciso reconocer la dificultad objetiva de constatación jurisdiccional de desproporcionalidad (pretendidamente) lesiva de la «reserva de discrecionalidad» estatal; al efecto de salvar la resistencia de algunas jurisdiccionales constitucionales¹²³, serviría el afianzamiento de una línea de moderada autocontención jurisprudencial y, en un momento lógicamente anterior, el encauzamiento de la búsqueda de concordancia política entre los «legisladores»¹²⁴.

V. A LAS PUERTAS DE ROMA: ¿ALEA JACTA EST?

O, en otros términos, ¿se trata de cerrar o de cuadrar un círculo cuya primera traza, mediante el ejercicio de una esquiva armonía integradora de contrarios (legitimidades estatal persistente y comunitaria emergente), se remonta cuarenta años atrás?; un círculo repintado no en el vacío de los conceptos sino en la rugosa superficie de las tradiciones constitucionales

¹²² En esta línea debe entenderse esa especie de cláusula de salvaguarda de ámbito propio de decisión o «reserva de discrecionalidad» estatal que representa la exhortación («deberían») de que, sin perjuicio de los objetivos a alcanzar, mediante las actuaciones comunitarias se dejen abiertas «a los Estados miembros varias formas alternativas» (vid. arts. 6 y 7 del referido Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad).

¹²³ Sobre la latencia de reserva de jurisdicción ante *ultra vires* comunitario, vid., en lengua española, LÓPEZ CASTILLO, A.: «Un nuevo paso en la andadura iuscomunitaria...», cit., *REDC*, 61, 2001, pgs. 363-4.

¹²⁴ A propósito resultará determinante la solución que finalmente se adopte al efecto de la eventual inserción (siquiera parcial) de los Parlamentos en la planta institucional de la Unión Europea (cfr. la referencia inicial al denominado «Congreso de los Pueblos de Europa» en el art. 19) («Este artículo evocaría la posibilidad de instituir el Congreso de los Pueblos de Europa, determinaría su composición y el procedimiento para el nombramiento de sus miembros, y definiría las atribuciones correspondientes [Se redactaría en función de los trabajos de la Convención]») del Anteproyecto de Tratado constitucional elaborado por el *Presidium* de la Convención, y presentado por su Presidente en sesión plenaria, el 28 de octubre de 2002 (CONV 369/02) o, en hipótesis menos extrema, del posible reconocimiento de (una cierta) legitimación de los Parlamentos estatales ante el TJUE.

Antonio López Castillo

comunes a los Estados miembros; es preciso advertir, por ello, frente a la *novelera euforia* de refundar; se trata de encontrar el sistema adecuado a la compleja raíz (y asimétrica planta) de la UE, y no de llevar a sus últimas consecuencias la programación lógica de un artefacto constitucional, pues el objetivo no es saltar al vacío rectilíneo de los conceptos, sino avanzar en la unificación política de Europa, evitando tanto una parálisis como incurrir en pendulismos.

En consecuencia, antes de vadear el Rubicón de las fechas se hace preciso pensar en la tarea («titánica») de refundar, sin arruinar; un alto en el trayecto que viene de Laeken deja ver que la mera refundición quedó ya atrás en el camino y nos desvela la compleja trama de una simplificación que ha de traducirse por clarificación y reordenación, antes que por una simple reducción unificante, que seguramente llevaría a la descomposición por incontinencia de la empresa unificadora.

En suma, si clarificar y reordenar un «sistema(tizado) orden...» supone tanto como tasar poderes y articular funciones, a nadie se le oculta que todo avance en la clarificación de instrumentos normativos (se corresponda o no con las denominaciones al uso¹²⁵) se acompaña de una clarificación funcional y orgánico-procedimental que, al tiempo que identifica las instituciones competentes y determina el alcance de su intervención, comporta una (re)ordenación (competencial y/o procedimental, al tiempo que) jerárquica de las «formas de actuación» que, superando una agregada yuxtaposición típica de normas iusinternacionales, integrarán el correspondiente «sistema de fuentes del derecho» que habrá de estar en concordancia con la forma política y de gobierno propia de la UE.

Lejos de toda pretensión de emprender en este punto un excursus adicional a propósito de una cuestión que reverdecerá a medida que pase el embate de la ampliación, lo cierto es que no cabe desconocer la incidencia que sobre el «sistema de fuentes...» han de tener los debates a propósito de la configuración de la planta institucional, tanto por lo que a la divisoria funcional de las instituciones políticas se refiere, como por lo que hace a una jurisdicción que, en virtud de su reforzada proyección sobre el vasto ámbito material de la UE, tiene ante sí el reto de afianzar formalmente esa dimensión constitucional que trasluce en su jurisprudencia; sin olvidarse de la cuestión –por lo que a la forma de gobierno se refiere, determinante– de la presidencia de la UE.

Finalmente, más acá de la insoluble latencia de la tensión que resulta de la

¹²⁵ Cual antídoto frente a planteamientos de desbordada euforia legiferante y/o arbitraria ingeniería constitucional vid. la sensata propuesta de VON BOGDANDY, A. e. a: «Handlungsformen im Unionsrecht...», cit., *ZaöRV*, 62/1-2, 2002, que compatibiliza el mantenimiento de las actuales denominaciones de los instrumentos normativos con su carácter de ley, en virtud del añadido de un nuevo párrafo al actual art. 251 TCE que identificase como ley los actos adoptados según dicho procedimiento, tratándose así de «Ley del PE y del Consejo (Reglamento núm. ...)» o de «Ley sobre la Directiva...», etc. (pg. 154).

radicación de la complejidad estructural de la UE sobre dos legitimidades, la estatal resistente y la integradora incesante (una cuestión a la que en cierto modo conviene la indefinición actual¹²⁶), es preciso preguntarse por el sentido y alcance de unas asimetrías de integración que, en el cúmulo de geometrías variables y –en tanto que mecanismo promotor de tales trapecios– de cooperaciones reforzadas de la UE ampliada, pueden traer consigo tanto como impulsos, pulsiones adicionales.

En definitiva, el «sistema de fuentes...» ha de estar en consonancia con el sistema de pesos y contrapesos articulado en la planta de la UE, tanto como ha de observar los equilibrios radicales del pluralismo estructural de su base¹²⁷. Que todo esto es inimaginable sin una mínima apoyatura dogmática no admite muchas dudas. En eso tenemos que estar; entretanto no está de más de recordar el acostumbrado rendimiento funcional de una prudente contención en momentos de tránsito. Refundar, sin arruinar, sería la divisa¹²⁸.

ADDENDUM

El momento de tránsito que actualmente vive la UE, inmersa en el debate preconstituyente de la «convección», fuerza a dar noticia, ya en fase de corrección de pruebas de la reciente propuesta articulada de tratado Constitucional.

Por lo que al objeto propio de estas páginas se refiere es preciso mencionar el «proyecto de artículos 24 a 33...» de fecha 26 de febrero de 2003 (*) «Relativo al ejercicio de las competencias de la Unión». La propuesta que viene precedida de unas (cinco) páginas introductorias y se cierra con un breve comentario técnico (páginas 10-18) glosando el articulado, identifica

¹²⁶ En esta idea de desactivación pragmática de una (lógicamente) irreductible tensión de legitimidades se aprecia una continuidad que, sin perjuicio de una diversa formulación, pasa por IPSEN, H. P. (1972), RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. (1985), STEINBERGER, H. (1989) y un largo etcétera, entre cuyas concreciones más recientes cabe destacar, entre los más jóvenes, a POIARES MADURO, M.: «El constitucionalismo plural en acción», en LÓPEZ, A. (ed.), monográfico *REP*, cit. (en prensa).

Es preciso, por ello, discutir con atención las implicaciones que pueden derivarse de propuestas tales como las que, a propósito de la ratificación y entrada en vigor del Tratado de la Unión se adelantan en el ya referido anteproyecto de «Tratado constitucional» de la Comisión.

¹²⁷ En esta línea de admonitoria cfr. LÓPEZ CASTILLO, A.: *Constitución e integración*, 1996, pg. 515; y, a propósito de la «Carta...», RUBIO LLORENTE, F.: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *REDC*, 64 (2002), pgs. 11 y ss.

¹²⁸ Dicho sea a la manera de CRUZ VILLALÓN, P.: *Los procesos de control de constitucionalidad...*, Ed. CEC, Madrid, 1992, pgs. 13 y ss. (117: «La divisa habría de ser: "(...) más amparo frente al legislador"»); en esta línea estilística vid., por otros, CLAVERO, B.: *Los derechos y los jueces*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

(*) Vid. CONV. 571/03 (18 páginas), en <http://www.european-convention.eu.int>.

Antonio López Castillo

los siguientes instrumentos jurídicos: ley europea y ley de bases europea (instrumentos legislativos, reglamentados europeos) y decisiones europeas (actos no legislativos), reglamentos delegados, recomendaciones y dictámenes. En lo demás se remite aquí al referido documento y a su debate ulterior.