

## TIPOLOGÍA DE LOS ACTOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. ANÁLISIS EMPÍRICO Y ESTRUCTURAS DOGMÁTICAS EN UNA PRESUNTA JUNGLA \*

Por ARMIN VON BOGDANDY  
JÜRGEN BAST Y FELIX ARNDT

### SUMARIO

I. TIPOS DE ACTOS Y DESARROLLO CONSTITUCIONAL: 1. *La competencia de la Unión y los tipos de actos.* 2. *Sobre las definiciones de tipos de actos, actos jurídicos y Derecho de la Unión.*—II. ¿PROLIFERACIÓN CARENTE DE PRINCIPIOS O DIFERENCIACIÓN ADECUADA A LOS PROBLEMAS? 1. *Fundamentos empíricos del estudio.* 2. *Aspectos básicos de una dogmática empírica de los tipos de actos:* a) Actos previstos en los Tratados y actos característicos de los órganos. b) La triada de los actos obligatorios: aa) La Función de ordenamiento del artículo 249 CE. bb) El reglamento y no la directiva como forma estándar. cc) La decisión — más que un acto administrativo europeo. c) El génesis secreto de un acto jurídico: la decisión atípica «Beschluss». d) La unidad del ordenamiento jurídico y otros actos especiales del Tratado de la Unión Europea. e) Las formas no vinculantes como parte integral del ordenamiento jurídico: aa) La recomendación — una directiva no obligatoria. bb) El dictamen — La opinión experta de la Comisión. cc) La resolución como una forma de acción originaria. f) Singularidades. 3. *Los órganos legislativos — la pluralidad de legisladores:* a) La importancia y el contenido declaratorio de la «organicidad» en el Derecho de la Unión: aa) Organicidad y régimen de protección jurídica. bb) Organicidad y responsabilidad política. b) Los tres órganos legislativos regulares: aa) El «efecto de cierre» del art. 249 apdo. 1 CE en relación a los órganos. bb) La lenta parlamentarización del orde-

---

\* Traducción del alemán de Mariela Morales-Antoniuzzi, doctorante de la Universidad Ruperto Carola de Heidelberg.

Este estudio se originó en el marco de la investigación de la Deutsche Forschungsgemeinschaft sobre «Gobernar en la Unión Europea».

namiento jurídico. cc) La legislación del Consejo y de la Comisión: una división de poderes muy particular. c) Singularidades.—III. SIMPLIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS — ANÁLISIS DEL POTENCIAL DE LAS REFORMAS: 1. *La tipología de los actos en el contexto del debate constitucional*: a) Un tratado básico conciso y una ley orgánica. b) Una ley europea en cuatro variantes. c) Superación de la estructura de los pilares. 2. *Mejoras en el marco del derecho primario vigente*: a) Autodisciplina vinculante de los órganos. b) Mejoras mediante medidas legislativas. 3. *Sugerencias al Constituyente*. 4. *Tipología de los actos y capacidad futura de la Unión Europea*.

## I. TIPOS DE ACTOS Y DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Las estructuras del Derecho Público de los países de Europa continental se basan de manera determinante en la sistematización científica y en el ordenamiento rígido de las formas de los actos del poder público, tanto en relación con el estado de derecho, como en relación con la democracia (1). En cambio en el Derecho Europeo, se le ha prestado, salvo en una etapa de temprano florecimiento, poca atención a la tipología de los actos (2). Quizás por esta razón se generó una situación que ha sido percibida generalmente de manera tan insatisfactoria, que su reforma se ha planteado desde la Declaración núm. 16 del Tratado de Maastricht en 1992 (3). Debido a que esta apelación a una reforma no tuvo éxito, es probable que finalmente le haya llegado su hora en el contexto del debate post-Niza. Como aporte para esta discusión (la cual no siempre parece abarcar completamente el verdadero sentido de la realidad constitucional actual y de la práctica legislativa) se presentan a continuación algunos resultados de un estudio más amplio, que desarrolla el régimen jurídico de los diversos tipos de actos, basado en la recolección estadística de las estructuras verdaderas del derecho derivado de la Unión. El

(1) Respecto a las funciones de los tipos de actos, E. SCHMIDT-ARMANN: *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, 2 ss., 250 ss.; F. BALAGUER CALLEJÓN: *Fuentes del derecho I*, 1991, 19 ss.; C. GREWE/H. RUIZ FABRI: *Droits constitutionnels européens*, 1995, marginal 15 ss., 275 ss.

(2) H.-J. RABE: *Das Verordnungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 1963; G. L. TOSATO: *I regolamenti delle Comunità europee*, 1965; J.-V. LOUIS: *Les règlements de la Communauté économique européenne*, 1969; sólo la directiva goza de interés para las publicaciones; W. BRECHMANN: *Richtlinienkonforme Auslegung*, 1994; S. PRECHAL: *Directives in European Community Law*, 1995.

(3) Sobre este punto S. MAGIERA: *Zur Reform der Normenhierarchie im Recht der Europäischen Union, integration 1995*, 197; A. TIZZANO: «La hiérarchie des normes communautaires», *RMUE*, 1995, 219; G. WINTER: «Reforming the Sources and Categories of European Law», en ders. (Ed.): *Sources and Categories of European Law: A Comparative and Reform Perspective*, 1996, 13 ss.

«ser» no puede determinar el «deber ser». Sin embargo, cada concretización de las condiciones jurídico-constitucionales que pretenda regular con éxito el «deber ser», debería asegurar cuáles son las estructuras del «ser». Esta afirmación es válida sobre todo para los responsables de formular las propuestas de reformas político-constitucionales.

### 1. *La competencia de la Unión y los tipos de actos*

La reforma de los instrumentos jurídicos, con los cuales puede ser ejercido el poder legitimado por los Tratados de la Unión, en principio no formaba parte de los temas que la Conferencia Intergubernamental de Niza considerara que provocarían un mejoramiento de la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y sus órganos (4). A iniciativa de la Presidencia belga se impuso la opinión en el Consejo Europeo que el foco de la reforma proyectada en Niza era demasiado restringido (5). De allí que la Declaración de Laeken incluye la simplificación de los instrumentos dentro de los retos que debe afrontar la Unión, de cuyo dominio depende la superación de la crisis estructural de aceptación de la Unión Europea (6). En la medida en que la discusión sobre la reforma de la Constitución de la Unión pone en evidencia la escasa capacidad de consenso en cuanto a una reorganización fundamental del reparto de las competencias entre la Unión y los Estados miembros, se desplaza progresivamente el punto central del debate hacia el ejercicio de las competencias de la Unión. Aquí, consecuentemente, se centra la mirada en los tipos de actos. La Declaración de Laeken identifica como preguntas centrales, «si no deben definirse mejor los distintos instrumentos de la Unión y si no hay que reducir su número» (7). Como manifestación de la crisis se diagnostica, por una parte, la proliferación de instrumentos y con ella, una multiplicación incontrolada y peligrosa de tipos de actos. Por otra

(4) Declaración núm. 23. del Tratado de Niza relativa al Futuro de la Unión, núm. 5 y núm. 6, DO. 2001 C 80/85 s.: Cuestiones abordadas: la delimitación de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, el estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la simplificación de los Tratados y la función de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea.

(5) D. GÖLER: «Der Gipfel von Laeken: Erste Etappe auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung?», *integration 2002*, 99, 104.

(6) Consejo Europeo, Declaración de Laeken relativa al futuro de la Unión Europea, Disposición Primera acerca a las conclusiones de la Presidencia, 14/15-12-2001, SN 300/1/01 REV 1.

(7) *Ibid.*, 5; un cuadro sinóptico de las propuestas actuales de reforma en T. DIEDRICHSEN: «The System of Legal Acts in the History of Drafts and Proposals», en WINTER (cita al pie núm. 3), 315 ss.

parte, se presume un uso deficitario de los instrumentos existentes, es decir, una práctica inadecuada por parte de las instancias legislativas competentes en la elección del tipo de acto en cuanto a la materia.

En las cuestiones críticas de la Declaración se articula la insatisfacción generalizada con la capacidad limitada del principio de subsidiariedad para guiar la discrecionalidad de los órganos en la elección del tipo de acto (8). Pareciera que al sacar a discusión el tema de los tipos de actos según la competencia, se pretende retomar un concepto procedente de una fase más temprana de la integración: el ideal de un claro reparto de las competencias y los tipos de actos. La libre elección por parte de las instituciones del tipo de acto a adoptar que no esté determinada por una base jurídica, debía constituir la excepción. Ello obedecía bien a una carencia de redacción precisa y concluyente o a compromisos formales dilatorios (9). Sin embargo, la teoría de los tipos de actos estaba vinculada de manera sistemática al principio de la habilitación limitada de competencias y sus funciones (10). Siempre resultó difícil armonizar esta interpretación con el texto del Tratado (11) y con la ratificación del Acta Única Europea, el constituyente abandonó expresamente ese concepto. Paradigmático para la decisión a favor de la discrecionalidad en la elección de los tipos de actos fue la incorporación del art. 100a TCEE (ahora art. 95 CE), que de modo consciente no prescribe la directiva como instrumento para la armonización, como sí lo contempla el art. 100 TCEE (ahora art. 94 CE).

Para la culminación del mercado interno parecía disfuncional la restricción a un solo tipo de acto, en vista de la complejidad de las futuras necesidades de la legislación. Esta concepción se mantuvo en las revisiones consecutivas de los Tratados perfilando nuevas competencias de la Unión según el ámbito de aplicación por la materia y los fines perseguidos, pero cediendo regularmente (12) a los órganos la capacidad para determinar el tipo de acto adecuado para la ejecución de las medidas a tomar (13). La consolidación

(8) *Protocolo sobre la Aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad* (1997), núm. 6.

(9) H. P. IPSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, E. GRABITZ: «Quellen des Gemeinschaftsrechts: Rechtshandlungen der Gemeinschaftsorgane», en *Europäische Kommission* (Ed.), *30 Jahre Gemeinschaftsrecht*, 1983, pág. 97, 20/25 y 21/39.

(10) H.-P. KRAUßER: *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrags*, 1991, 26.

(11) En la versión de los Tratados de Roma estaban también numéricamente en minoría los fundamentos jurídicos con indicación expresa del tipo de acto a dictar, E. WOHLFARTH: en *et al.* (Ed.), *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, 1960, marginal 17 sobre el art. 189 TCEE.

(12) La excepción más importante la constituye el art. 137 CE.

(13) Orientadora es la STJCE 5/73 — *Balkan-Import-Export*, colección 1973, 1091, marginal 18. A falta de versión oficial española, el texto en inglés: «The phrase “measures ap-

del derecho primario a través del Tratado de Ámsterdam despejó totalmente la niebla, dejando ver claramente el mandato para la elección del tipo de acto en los Tratados en gran parte como un fenómeno marginal y anacrónico. Con ello se transformó al mismo tiempo la función de diferenciación entre las formas de actuación. El objetivo inmediato de la categorización dogmática de los actos no es el definir los límites de la competencia, sino más bien el poner a disposición de los órganos legislativos —en razón de las competencias dadas— una tabla de instrumentos jurídicos suficientemente distintos para la ejecución de sus mandatos.

Ante este transfondo, es poco probable pensar que se logre un amplio consenso para regresar al camino anterior al Acta Única Europea y reubicar a los tipos de actos al servicio del principio de autorización limitada. Ello estaría en contraposición con el objetivo orientador de la reforma con miras a alcanzar una Unión con plena capacidad de actuación, dotada de los medios para satisfacer las expectativas creadas. En este orden de ideas, el debate sobre los instrumentos amenaza con irse por un camino equivocado, al igual que el debate de las competencias (14).

## 2. *Sobre las definiciones de tipos de actos, actos jurídicos y Derecho de la Unión*

Este trabajo se ajusta a las categorías jurídicas establecidas de las formas de actuación y utiliza como sinónimos los conceptos de “tipos de actos”, “acto jurídico” o “instrumento jurídico” como denominación para actos que reciben una calificación formal, determinada por los efectos jurídicos que le estén atribuidos (un reglamento) y al mismo tiempo, se emplea esta denominación para los tipos de actos abstractos (el reglamento).

Cuando aquí se habla de un acto jurídico, se hace sin consideración alguna sobre el grado de generalidad o abstracción de las disposiciones contenidas. Se renuncia pues a la distinción entre la forma de la ley (fuente del derecho) y la forma de actuación, que proviene de la teoría tradicional de la división de poderes. Por lo general, las teorías de los tipos de actos en los ordenamientos jurídicos nacionales se refieren y, a la vez concretizan, la teoría de la división de poderes. Una premisa similar no encuentra eco en el de-

---

propriate to the situation” in article 103 (2) [EEC Treaty] means that as regards from, too, the council may choose whichever seems best suited to the case in hand.»

(14) Al respecto A. VON BOGDANDY/J. BAST: «El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», en GARCÍA DE ENTERRÍA/ALONSO GARCÍA (Ed.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, 2002, 19, 47 ss.

recho constitucional de la Unión. Las «medidas» para las cuales los Tratados autorizan a los órganos de la Unión, abarcan actos tanto abstractos como concretos, generales o individuales. Los Tratados no atribuyen las competencias de los órganos según la función legislativa o ejecutiva, ni tampoco diferencian los procedimientos pertinentes. En general, la relación de los órganos políticos está signada no por el principio de la separación de poderes, sino más bien por el principio de la colaboración entre los poderes.

Igualmente debe hacerse referencia a otra consideración terminológica previa: la Unión Europea, como a propósito también lo dispone la Declaración de Laeken, se define como una organización única y al cuerpo jurídico que se le asocia se conceptualiza como Derecho de la Unión, el cual comprende al derecho comunitario como una parte calificada (15). La unidad de este ordenamiento constitucional está fundamentada primcramente en la unidad de los Tratados (arts. 48, 49 TUE) y en el marco institucional único (arts. 3-5 TUE), vale decir, en la identidad de los órganos constitucionales regulados en los diferentes Tratados. No obstante, tenemos que admitir a los críticos de esta tesis única, que la fragmentación de la organización en ningún otro campo está tan marcada como en el ámbito de las formas de actuación, donde sólo se encuentran pocas estructuras que abarquen todos los pilares.

## II. ¿PROLIFERACIÓN CARENTE DE PRINCIPIOS O DIFERENCIACIÓN ADECUADA A LOS PROBLEMAS?

De acuerdo con una antigua postura doctrinaria, las dimensiones del estado de derecho del ordenamiento comunitario europeo están determinadas considerablemente por el tipo y modo de organización del sistema de los actos comunitarios adoptados por los creadores de los Tratados (16). Si esto fuera cierto, el estado de derecho en la Unión Europea presentaría serios dé-

(15) A. VON BOGDANDY/M. NETTESHEIM: «Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung», *EuR*, 1996, 3; más desarrollado en in A. v. BOGDANDY: «Die Europäische Union als einheitlicher Verband», *EuR-Beiheft*, 2/1998, 165; en el mismo sentido I. PERNICE, en DREIER (Ed.): *Grundgesetz Kommentar*, 1998, Vol. 2, marginal 42 sobre el art. 23 GG; B. DE WITTE: «The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?», en HEUKELS/BLOKKER/BRUS (Ed.): *The European Union after Amsterdam*, 1998, 51, 55 ss.; M. ZULEEG: «Die Organisationsstruktur der Europäischen Union», *EuR-Beiheft*, 2/1998, 151, 152 ss.; D. CURTIN/I. DEKKER: «The EU as a «Layered» International Organization: Institutional Unity in Disguise», en CRAIG/DE BÚRCA (Ed.): *The Evolution of EU Law*, 1999, 55 ss.; a. A. M. PECHSTEIN/Ch. KOENIG: *Die Europäische Union*, 3. Aufl. 2000, marginal 92 ss.

(16) E.-W. Fuß: «Rechtssatz und Einzelakt im Europäischen Gemeinschaftsrecht (Parte 1)», *NJW*, 1964, 327.

ficits, al menos si se le da crédito a los críticos actuales cuando sostienen que a los tipos de actos del derecho de la Unión les falta un orden comprensible y que no puede reconocerse un sistema en virtud de la diversidad de denominaciones y variantes (17). El motivo rector de los esfuerzos de la reforma actual es, por consiguiente, la «simplificación» (18). Según la opinión contraria sostenida por los autores de este trabajo, la clasificación de los tipos de actos es compleja y su conexión con el derecho primario es incompleta, pero no caótica. En un análisis más preciso se observan estructuras, en las cuales se traducen las reglas de la práctica, que todavía aguardan ser analizadas por la dogmática. Las «simplificaciones» implican costos posteriores, que toda reforma debe tomar en consideración. Para ambas opiniones —expresadas parcialmente— se toman como base suposiciones empíricas sobre el derecho positivo, que no puede ser examinado únicamente con métodos de las ciencias jurídicas. Así, el derecho constitucional requiere el respaldo de los métodos empírico-estadísticos.

### 1. *Fundamentos empíricos del estudio*

Las siguientes cifras y conocimientos dogmáticos se obtuvieron a raíz de la evaluación del Repertorio del derecho comunitario vigente. La Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas en Luxemburgo identifica en esta obra todos los actos jurídicos del derecho de la Unión en vigencia. Allí se presentan todos los actos jurídicos publicados en la Serie L del Diario Oficial, así como los actos de la Serie C, que según la visión del editor tienen significación jurídica, a pesar de estar ubicados en la parte del Diario Oficial destinada a las notificaciones y comunicaciones, como por ejemplo el llamado derecho complementario. Quedan excluidos los actos de la administración corriente, que ante todo conciernen al gran número de reglamentos del derecho agrario de corta duración. Los actos modificadores normalmente no están recogidos de forma separada en la muestra, sino que se hace referencia a ellos en el acto modificado.

La primera edición del Repertorio en el año 1980 surgió como reacción de la Comunidad a causa de la difundida crítica referida a la opacidad de su sistema jurídico y a la dificultad que implicaba, incluso para expertos alta-

(17) M. RUSSERT, en CALLIESS/RUSSERT (Ed.): *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 1999, marginal 14 s. sobre el art. 249 EG; R. LUKES: «Rechtsetzung und Rechtsangleichung», en DAUSES (Ed.): *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 2001, Tomo II, marginal 49.

(18) COMISIÓN EUROPEA: «Un Proyecto para la Unión Europea», COM, 2002, 247, final, pág. 22.

mente calificados, el intentar reconstruir de la montaña de papeles del Diario Oficial, la situación jurídica vigente en el momento respectivo (19). Aunque fue concebido como un puro indicador, el Repertorio es al mismo tiempo la única fuente pública accesible que informa cuáles son los actos que constituyen el derecho vigente de la UE/CE en un momento específico. Por esta razón también tiene un alto interés científico para el análisis medular del derecho vigente y sus estructuras. Contrario a lo que ocurre con otros bancos de datos accesibles sobre la base del sistema CELEX, en el Repertorio no se presentan separados (uno al lado del otro) los actos fundamentales y las modificaciones, los actos vigentes y los derogados así como los actos preparatorios, sino que se muestran todos los datos inventariados de forma razonable. Por otra parte, el Repertorio no es apropiado para aquellas investigaciones que se orientan al desarrollo de los procesos de creación de los actos, ya que no proporciona el resultado de cuántos actos jurídicos nuevos han sido dictados en un cierto período. Por ejemplo, las afirmaciones ligadas al *output* sobre la actividad legislativa de un determinado órgano no son posibles y no pueden ser inferidas de los datos disponibles (20). En cambio, son confiables las afirmaciones sobre la porción o cantidad de los actos jurídicos de un órgano específico en el inventario del derecho vigente. En consecuencia, objeto de este estudio son las estructuras del derecho vigente para un momento dado y no la legislación de un período determinado. Debe destacarse que una debilidad consiste en que sólo se recogen los actos que primero fueron publicados en el Diario Oficial. En la medida pues, en que una publicación tiene lugar de manera selectiva, una investigación que se base en el Repertorio es en esencia una investigación de la práctica de las publicaciones. Entre los actos que posiblemente fueron escogidos de manera selectiva, se encuentran especialmente los actos jurídicos no vinculantes, las decisiones referidas a casos individuales, el derecho complementario, así como el derecho del segundo y el tercer pilar. Con ello, el derecho vigente, en el sentido de un estudio basado en el Repertorio, es el conjunto de los actos jurídicos publicados del derecho europeo, siendo a su vez decisiva para la definición del concepto de «legislación vigente» la perspectiva del órgano, es decir, la calificación dada a los actos por parte de los órganos respectivos.

(19) Ch. TOMUSCHAT: *Normenpublizität und Normenklarheit in der Europäischen Gemeinschaft*, en F. S. KUTSCHER, 1981, 461.

(20) Un acto jurídico vigente puede ser modificado múltiples veces, pero un acto modificador también puede cambiar varios actos jurídicos al mismo tiempo. El órgano que actúa y el tipo de acto elegido (modificador o modificado) no tienen que concordar. Un acto modificador se puede agotar en sí mismo en la anulación de un acto jurídico, de modo que los dos no aparecen en el repertorio. Los actos que se dictan para un período determinado, quedan sin vigencia sin necesidad de un acto derogatorio, etc.

La investigación se realizó partiendo de una muestra al azar de 500 actos, es decir, una selección a través del método estocástico de alrededor del 5 por 100 de la totalidad de 9.797 actos jurídicos, que constituían el derecho de la Unión vigente para el momento de la investigación, según el Repertorio. Puesto que esa totalidad básica es fija y la cualidad de la muestra al azar no está amenazada por factores externos, es posible hacer afirmaciones confiables fundamentadas en las teorías de la estadística general (21). La edición del Repertorio evaluada fue la núm. 30 del 1 de diciembre de 1997. Los efectos producidos con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam no fueron tomados en consideración, pero un control levantado el 1.º de enero del 2001 confirmó la presunción de que en este intervalo no se produjeron cambios relevantes en las estructuras, pues los datos de control coincidieron casi por completo con la primera muestra. Cuando en lo adelante se hable de muestra al azar, debe entenderse que se refiere a la evaluación investigativa de la edición núm. 30 del Repertorio, donde un acto en la muestra al azar representa estadísticamente alrededor de 20 actos jurídicos del mismo tipo.

En este contexto tienen especial interés las variables examinadas «acto» y «órgano». El posible esquema de los rasgos característicos de la variable «acto» se orienta según la clasificación del sistema CELEX, el cual asigna respectivamente a los actos jurídicos una letra en el número de documento. Este estudio no contempla un análisis especial sobre los actos llamados de manera divergente en el Tratado de la CECA (22). Sin embargo, en algunos aspectos el sistema CELEX no es lo suficientemente diferenciado, como por ejemplo en la clasificación con la letra «D», ya que no se distingue si la misma está referida a una decisión conforme al art. 249 CE o si se trata de la decisión atípica «Beschluss». Este estudio incorpora ambas decisiones como categorías propias. Igualmente, se llevaron a cabo otras diferenciaciones que exceden al sistema CELEX en el área de los actos jurídicos no vinculantes. Por el contrario, se clasificaron en este estudio los acuerdos y los convenios de la Comunidad así como los actos de derecho complementario sólo en base al número de documento CELEX, independientemente de la variedad de denominaciones típicas en el derecho internacional. En el sondeo de la variable «órgano», el estudio siguió un principio nominal, que fue tomado de la denominación del autor que aparece en el título del acto (el número del

(21) R. SCHNELL/D. HILL/E. ESSER: *Methoden der empirischen Sozialforschung*, 5.ª edición, 1995, 253 ss.

(22) Es bien sabido que la decisión general CECA («S») corresponde al reglamento CE «R»), así como la recomendación CECA («K») encuentra su paralelo en la directiva CE («L»), IPSEN (Cita al pie núm. 9) 21/3-40; en relación a la recomendación CECA ver STJCE 221/88 — BUSSENI, colección 1990, 1-495, marginal 21.

documento del sistema CELEX no permite reconocer al órgano que promulgó el acto). Cuando en un caso concreto faltaba la denominación del autor, se verificó el órgano que promulgó el acto a través del Diario Oficial. Cuando la totalidad de los Estados miembros aparecía como autor en la publicación, se prescindió de una distinción en razón de las ligeras discrepancias de las denominaciones; del mismo modo que en los casos donde los gremios de cooperación actuaban bajo denominaciones diferentes.

## 2. Aspectos básicos de una dogmática empírica de los tipos de actos

### a) Actos previstos en los Tratados y actos característicos de los órganos

Según la Declaración de Laeken, la proliferación de instrumentos es sencillamente el resultado de las sucesivas modificaciones de los Tratados. Esto apunta claramente al Tratado de Maastricht que trasladó importantes políticas de las áreas difusas de cooperación intergubernamental al contexto institucional de la nueva Unión, pero sin asignar las nuevas funciones al derecho comunitario. Parte del compromiso entre intergubernamentalismo y supranacionalismo —noción reflejada insatisfactoriamente en la metáfora de los «pilares»— consiste en que las políticas perseguidas bajo los Títulos V y VI del Tratado de la Unión no figuren en los tipos de actos del Tratado de la Comunidad Económica, puesto que estos últimos se encuentran inseparablemente vinculados a la cualidad jurídica del derecho comunitario, sobre todo a la capacidad de producir efectos jurídicos inmediatos. De ahí que se crearan numerosas nuevas denominaciones para los actos de derecho comunitario derivado, como lo son los términos «medidas comunes» o «posiciones comunes».

Naturalmente, el fenómeno de la multiplicación de denominaciones sólo se explica parcialmente con la intervención del constituyente. La responsabilidad en la mayoría de las innovaciones en el ámbito de los tipos de actos no debe atribuirse a los autores del derecho primario, sino a los órganos legislativos. Incluso, alguna innovación producto de la creatividad de los servicios jurídicos de la Comisión y el Consejo, ha encontrado reconocimiento en los Tratados después de largos años de prueba en la práctica. Vale recordar por ejemplo los acuerdos interinstitucionales. Una vez que las rutinas sucesivas lo consolidaron como un tipo de acto propio (23), aunado al reconocimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Euro-

(23) Ch. BOBBERT: *Interinstitutionelle Vereinbarungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2001; R. BIEBER: *Das Verfahrensrecht von Verfassungsorganen*, 1992, 187

peas (TJCE) (24), fue recogido expresamente en el Tratado de Niza como resultado de la práctica (25). No obstante, la sanción como derecho primario ha permanecido denegada hasta ahora a tipos de actos consolidados, como la decisión atípica «Beschluss» y la resolución.

La apertura para este desarrollo de los tipos de actos se posibilita a través de la interpretación del art. 189 TCEE (art. 249 CE), que no entiende al catálogo de las formas de actuación como cerrado o excluyente. Desde los primeros tiempos del derecho comunitario predomina el consenso sobre el hecho de que no hay semejante *numerus clausus* de los tipos de actos (26). Tampoco el TJCE se ha interpuesto en el camino de esta caracterización creativa de las formas de actuación. A saber, el Tribunal ha recordado en ciertas ocasiones que los efectos jurídicos típicos del derecho comunitario sólo pueden ser obtenidos, cuando los órganos se valen de los tipos de actos previstos en los Tratados (27). El ideal constitucional de la restricción en cuanto a los tipos de actos hubiera colocado una traba demasiado fuerte a los órganos legislativos y mostrado un resultado contraproducente: el número de los actos informales de los Estados miembros fuera del marco de los Tratados, en lugar de disminuir, habría aumentado y hubiese sido imposible para el Tribunal controlarlos en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. En lugar de reconocer una competencia para la autocalificación por parte de los órganos legislativos, el TJCE desarrolló una concepción de protección jurídica, en la cual la elección del tipo del acto carece de importancia para la admisibilidad de la impugnación (28).

---

ss.; F. SNYDER: «Interinstitutional Agreements: Forms and Constitutional Limitations», en WINTER (Cita al pie núm. 3), 453.

(24) STJCE 34/86 — *Consejo vs. Parlamento*, colección 1986, 2155, marginal 50; STJCE 204/86 — *Grecia vs. Consejo*, colección 1988, 5323, marginal 17.

(25) Declaración Final de la Conferencia de Niza sobre el artículo 10 TCE, DO. 2001 C 80/1, 77.

(26) U. EVERLING: «Die ersten Rechtsetzungsakte der Organe der Europäischen Gemeinschaften», 1959, 52, 53; *Wohlfarth* (Cita al pie núm. 11), marginal 18 sobre el art. 189 TCEE; desde una perspectiva actual, K. LENAERTS/P. VAN NUFFEL/R. BRAY: *Constitutional Law of the European Union*, 1999, núm. 14-089; M. RUFFERT, en CALLIESS/RUFFERT (Ed.): *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 1999 marginal 121 sobre el art. 249 CE. Contrariamente sólo R. STREINZ: *Europarecht*, 4.ª edición, 1999, marginal 375; A. BLECKMANN: «Die Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts», *NWz*, 1993, 824, 825; poco claro Th. OPPERMANN: *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, marginal 535, 577.

(27) STJCE 90/62 y 91/62 — *Comisión vs. Bélgica y Luxemburgo*, colección 1964, 1329, 1345; STJCE 74/69 — *Krohn*, colección 1970, 451, marginal 9.

(28) STJCE 22/70, *Comisión vs. Consejo*, colección 1971, 263, marginal 38/42; STJCE C-309/89 — *Codorniu vs. Consejo*, colección 1994, I-1853, marginal 19; STJCE 70/96 — *Comisión vs. Consejo*, colección 1998, I-2763, marginal 16 s.; básico sobre el tema de la falta

Por consiguiente, puede asegurarse que el desarrollo de nuevos tipos de actos no coloca al régimen de control jurídico ante retos sin solución. Sin embargo, la disposición de la ciencia jurídica de aceptar la creatividad de los órganos en el diseño de nuevos tipos de actuación, se encuentra en una cierta contradicción con la insistencia de reforzar, en base a la teoría de los actos, el principio de la habilitación limitada (29). Una competencia implícita del órgano para crear un tipo de acto es solamente plausible cuando se efectúa en salvaguardia de los límites competenciales de la Unión. Al art. 249 se le debe atribuir una función limitativa del espectro de los tipos de actos, en la medida en que los actos jurídicos comunitarios deben moverse en el marco de los posibles efectos jurídicos desplegado por el art. 249 apdos. 2 al 5 CE (30). De esa manera sería por ejemplo ilícito si el Consejo autorizara a la Comisión a adoptar un nuevo tipo de decisión, en la cual se le concedieran instrucciones a los funcionarios de los Estados miembros. El desarrollo adicional de los tipos de actos debería limitarse a combinar unos con otros los efectos jurídicos ya conocidos en los Tratados y a ampliar estos «cruces» hacia nuevas formas de actuación en la práctica. En todo caso, como criterio de control material debe aplicarse el principio de seguridad jurídica. El límite para crear tipos de actos se sobrepasaría, cuando no exista suficiente necesidad para extender el espectro de los actos o cuando se genere falta de claridad sobre los efectos jurídicos que se persiguen.

#### b) *La tríada de los actos obligatorios*

En qué proporción han transgredido los órganos el marco del art. 249 CE, es en primera línea una pregunta empírica. El cuadro núm. 1 proporciona una visión general acerca del modo de empleo de los actos a través de los diferentes órganos.

##### aa) La Función de ordenamiento del artículo 249 CE

La capacidad del artículo 249 del CE y los catálogos paralelos en los Tratados CECA y CEEA, de ilustrar la práctica de los órganos en relación a la escogencia del tipo de actos, indica que el 71 por 100 de los actos jurídicos

---

de acoplamiento entre la forma jurídica y la forma de protección jurídica, H. Ch. RÖHL: «Die anfechtbare Entscheidung nach Art. 230 Abs. 4 EGV», *ZaöRV*, 60 (2000), 331.

(29) KRAUßER (Cita al pie núm. 10), pág. 86; otras referencias verlas arriba en la cita núm. 9.

(30) En detalle sobre las justificaciones y límites para el desarrollo del sistema de las formas de los actos, A. VON BOGDANDY: *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, 217 ss.

CUADRO I. Acto — Órgano

	Parlamento y Consejo	Consejo	Comisión	Gremios de Cooperación	Representante de los Estados miembros	Consejo y Representante de los E. m	Otros	Σ Actos						
Acuerdo		29 63% (32)	15% (31)	2 1% 4%		3 43% 7%	5 56% 11%	7 30% 15%	46 9% 100%					
Reglamento		62 40%	32%	92 60%	37%				154 100%					
Directiva	4 9%	80%	34 75%	18%	7 16%	3%		100%	45 9%					
Decisión		9 7%	5%	128 93%	51%			100%	137 27%					
Decisión atípica (Beschluss)	1 2%	20%	30 58%	16%	4 8%	2% 11 21%	92%	2 4%	29%	4 8%	17% 100%	52 10%		
Recomendación		5 38%	3%	5 38%	2%	1 8%	8%		2 15%	9% 100%	13 3%			
Dictamen				8 100%	3%				8 100%	2%				
Resolución		14 70%	7%			1 14% 5%	3 15%	33% 2 10%	9% 20	4% 100%				
Formas especiales del Tratado de la UE		6 100%	3%						100%	6 1%				
Otros		4 21%	2%	5 26%	2%		5%	1 14% 5%	1 11% 42%	8 35% 100%	19 4%			
Σ Órgano	5 1%	100%	193 39%	100%	251 50%	100% 2%	12	100% 1%	7 2%	100% 2%	9	100% 5%	23	100% 500

(31) Relación porcentual del tipo de acto en la totalidad de los actos jurídicos vigentes dictados por el órgano respectivo.

(32) Relación porcentual de la participación del órgano en cada tipo de acto en referencia a la totalidad de actos jurídicos vigentes de ese tipo.

cos pueden ser clasificados en las cinco formas estandarizadas del Tratado CE, así como en sus semejantes, los Tratados CECA y CEEA. Si se incluyen los acuerdos como otro de los tipos de actos expresamente previstos en los Tratados, estarían representados en el canon de las formas estandarizadas en los *Tratados* el 80 por 100 de los actos jurídicos revisados. La apreciación de este número depende del conocimiento previo del lector. Por una parte parece alto, si se confronta con la presunción de que la práctica de los órganos de la Unión, en cuanto a la elección del tipo de acto, está caracterizada por una gran irregularidad. Por la otra, también puede leerse de esta cifra, que el art. 249 CE representa únicamente una porción del espectro de la tipología de los actos. El rubro más grande, que no se inserta en el marco del artículo 249 CE, está constituido por los actos denominados decisión (10 por 100); a ellos se les dedicará atención aparte. En cualquier caso, una posición doctrinaria que considere el empleo de un acto no incluido en el catálogo de los Tratados como una violación al principio de habilitación limitada, tendría igualmente que calificar partes sustanciales del Derecho de la Unión como legalmente dudosas (33).

En la clasificación de los tipos de actos se destacan claramente dos: el reglamento con 31 por 100 y la decisión con 27 por 100. Ambos actos jurídicos sumados constituyen casi tres quintos del derecho vigente de la Unión. Con aproximadamente un décimo respectivamente, los acuerdos de derecho internacional, las directivas y el acto jurídico denominado decisión atípica «*Beschluss*», tienen una porción similar dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico vigente. Las restantes cuatro formas tienen asignado en total el 9 por 100 de los actos. El 4 por 100 de los actos no se insertan en el esquema de categorías escogido.

*La forma estándar de los actos jurídicos de la Unión es el reglamento y no la directiva.* Esta afirmación se mantiene incluso si se descarta el gran número de reglamentos que se atribuyen al área de la administración agraria corriente, como lo hace el Repertorio. Es evidente que partiendo de estos números, no puede tomarse una decisión sobre el significado *cualitativo* de esos actos legales dentro del ordenamiento jurídico de la Unión o sobre su influencia en los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, de esta valoración se desprende un dato digno de ser tomado en cuenta para la calificación del derecho europeo: el reglamento y la decisión, como actos que

---

(33) Según la opinión más difundida, el principio de la habilitación limitada de competencias rige sólo para los actos que desarrollan efectos jurídicos obligatorios frente a los estados miembros o frente a los ciudadanos, en KRAUßER (cita al pie núm. 10), 94; más ampliamente, A. BLECKMANN: *Europarecht*, 6.ª edición, 1997, marginal 382; sobre la crítica a esta tesis v. BOGDANDY/BAST (cita al pie núm. 14), 21 s.

ocupan la porción mayor, se caracterizan por una estricta fuerza obligatoria y su efecto favorable o desfavorable se desarrolla sin un acto de transposición por parte de los Estados miembros. A groso modo, son más de 5.000 los actos jurídicos vigentes emanados de los órganos del poder público de la Unión Europea, que son obiligatorios y de aplicación directa. Al menos desde el punto de vista cuantitativo, no puede confirmarse que la Unión desarrolle su poder de configuración —afectando los sistemas legales nacionales y causando su modificación formal autónoma— de manera predominantemente indirecta.

#### bb) El reglamento y no la directiva como forma estándar

La comparación directa de los dos instrumentos jurídicos más prominentes, como son el reglamento (31 por 100) y la directiva (9 por 100) generan otra discusión. El temor expresado en la Declaración de Laeken, que la Unión recurre con demasiada frecuencia a la directiva cuando se trata de una legislación detallada (34), experimenta una cierta relativización si se toma en consideración el aspecto cuantitativo anteriormente mencionado. En todo caso, este temor se encuentra en contradicción con el mandato de ponderación contenido en el Protocolo de Subsidiariedad que ordena, en caso de dudas, la utilización de directivas en lugar de los reglamentos (35). En su libro blanco sobre la gobernanza europea, la Comisión trata con habilidad esa contradicción y promete en sus propuestas —como reacción frente a las críticas a la directiva como ley uniforme— darle en el futuro una mayor preferencia al reglamento antes que a la directiva, cuando se trate de legislación detallada (36). El diagnóstico empírico sobre el predominio del reglamento sufre una cierta relativización debido a que, por supuesto, éste no se encuentra de la misma manera en todas las áreas. Sin considerar la administración agraria corriente, el 46 por 100 de todos los reglamentos provienen del sector agrícola (excluyendo la pesca).

Posiblemente pueden concretarse diferencias significativas entre el reglamento y la directiva cuando se examina en qué medida los actos jurídicos dictados están asignados al derecho de ejecución. Como tal debe ser definido aquí todo acto del derecho derivado que no se dicte en base a una competencia directa de los Tratados, sino de un acto del derecho derivado, esto es,

(34) CONSEJO EUROPEO: *Declaración de Laeken* (Cita al pie núm. 6), 5.

(35) Protocolo sobre la Aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad, núm. 6.

(36) COMISIÓN EUROPEA: «Gobernanza de la Unión Europea Libro Blanco», COM, 2001 (428) final pág. 27.

que la base es un acto de habilitación que facilita un fundamento jurídico derivado. En este trabajo no se entra a discutir [en el sentido de los actos con carácter ejecutivo (37)] si más allá de ese criterio formal también pueden mostrarse criterios materiales de clasificación (38). En virtud de que los autores de este estudio son escépticos sobre la utilización de tal terminología, en lugar de hablar de derecho de ejecución se hablará de “derecho habilitado” (conocido en el derecho español como legislación delegada), en consonancia con la terminología románica, que por lo general no implica una relación jerárquica (39). Si se diferencia entre reglamento y directiva sobre la base de la muestra al azar en atención al criterio del rango de su fundamento legal, se obtiene el siguiente cuadro:

CUADRO 2

	Fundamento jurídico directo en los Tratados		Fundamento jurídico derivado		Σ
Reglamento	47 (31%)	(55%)	107 (69%)	(94%)	154 (100%)
Directiva	38 (84%)	(45%)	7 (16%)	(6%)	45 (100%)
Σ	85	(100%)	114	(100%)	199

(37) El TJCE interpreta el concepto de «ejecución» («Durchführung») de un modo amplio, el cual incluye la legislación complementaria, así como las modificaciones de la disposición principal, STJCE 38/70 — *Tradax*, colección 1971, pág. 145, marginal 10; STJCE 23/75 — *Rey Soda*, colección 1975, pág. 1279, marginal 10/14; STJCE C-417/93 — *Parlamento vs. Consejo*, colección 1995, pág. 1-1185, marginal 29 s.

(38) Esto vale igualmente en relación a las exigencias político-jurídicas para establecer criterios materiales para una «Jerarquía de los Actos Jurídicos», hasta ahora desconocida en el Derecho Comunitario, ver acá la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Proceso Constitucional y el Futuro de la Unión, punto 4 s., Protocolo de la Sesión del 29 de noviembre de 2001; A. DASHWOOD: «The Constitution of the European Union after Nice: Law-Making Procedures», *ELRev.*, 26 (2001), 215, 220 s., 237 s.

(39) En detalle, J. SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de derecho administrativo*, 1988, 645 ss.; G. ZAGREBELSKY: «Manuale di diritto costituzionale», *Il sistema delle fonti del diritto*, Vol. I, 1990, 208 ss.; en derecho comparado T. FREIXES SANJUAN: «La legislación: delegada», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10 (1990), 119 ss.

En primer lugar, esta comparación directa permite constatar también, que el número de reglamentos es mayor al de las directivas cuando aquéllos tienen como fundamento jurídico inmediato los Tratados. La relación es exactamente de 55 reglamentos frente a 45 directivas. Si se parte de la Jurisprudencia del TJCE que declara que un acto jurídico con fundamento legal inmediato en los Tratados debe formular los principios esenciales de las políticas perseguidas por la norma deseada (40), entonces se puede comprobar que estas decisiones fundamentales son tomadas aproximadamente en partes iguales en la forma de reglamentos y directivas. El reglamento muestra una absoluta preponderancia en los casos de la legislación habilitada, en una relación de 94 reglamentos frente a 6 directivas. El predominio del reglamento sobre la directiva se remonta por consiguiente a ese grupo de actos jurídicos: más de dos tercios de los reglamentos vigentes se publican teniendo como fundamento el derecho derivado, en una relación de 69 a 31. El caso de la directiva es muy diferente, ya que éstas se fundamentan de manera predominante en una norma competencial de los Tratados, siguiendo una relación de 84 a 16. El derecho de la Unión vigente conoce igualmente la directiva habilitada, aunque es la variante menos común dentro de esas cuatro combinaciones, esto es, 7 de 199 actos. Hay que advertir que no puede hacerse una interpretación extensiva del cuadro núm. 2 en relación a las estructuras del derecho derivado, ya que en el presente estudio no están consideradas las decisiones dirigidas a los Estados ni las decisiones atípicas «Beschlüsse», las cuales se publican tanto con fundamento inmediato en los Tratados como con base al derecho habilitado. Ningún tipo de acto tiene el monopolio del «derecho de ejecución».

cc) La decisión — más que un acto administrativo europeo

Las decisiones representan el 27 por 100 de la muestra al azar con 137 actos. En el caso de las decisiones, se pueden diferenciar dos tipos de variantes principales, según se trate de que el destinatario sea un sujeto de derecho privado o si el destinatario son los Estados miembros. Conforme a las decisiones que figuran en el Repertorio, 120 están dirigidas a los Estados miembros y 17 a los particulares, lo que corresponde a una relación de 88 a 12. En la práctica, todas las decisiones destinadas a los particulares provienen del derecho de competencia.

Por lo tanto, al menos una parte de las decisiones contenidas en el Repertorio tienen un carácter inequívoco como actos administrativos referidos a

(40) STJCE 25/70 — *Köster*, colección 1970, 1161, marginal 6; detalladamente, J. KALBHEIM/G. WINTER: «Delegation Requirements for Rule-Making by the Commission», en WINTER (cita al pie núm. 3), 583 ss.

casos concretos. El ordenamiento jurídico de la Unión no tiene problema en definir a los actos particulares como actos completamente válidos dentro de ese ordenamiento. Sin embargo, esto plantea la pregunta bajo cuáles condiciones un acto individual puede ser calificado como parte del derecho vigente. Al respecto, las decisiones revisadas en materia de derecho de competencia proporcionan una respuesta parcial, es decir, según las reglas del derecho secundario para el proceso administrativo, se ordena expresamente la publicación de la decisión dirigida a los particulares que finaliza el procedimiento (41). Se podría presumir entonces la generalización de la relación entre el deber de publicación y la incorporación en el Repertorio.

Un dato interesante que se desprende en cuanto al órgano que promulga el acto es el siguiente: las 137 decisiones de la muestra al azar fueron dictadas por dos órganos, esto es, 9 actos por el Consejo y 128 por la Comisión. No obstante, todas las decisiones destinadas a los particulares procedían de la Comisión. Este dato empírico responde a las expectativas corrientes sobre la distribución de funciones entre la Comisión y el Consejo (42), aunque esto no se desprende con la misma claridad del art. 249 y ss. CE.

Según la definición contenida en los Tratados, los órganos promulgan reglas, en sus decisiones que son vinculantes para sus destinatarios. Con este perfil dogmático básico, las decisiones se caracterizan por ser disposiciones obligatorias para casos individuales, similares a lo que ocurre en las relaciones de derecho administrativo. Por ello en la literatura se ubica a la decisión predominantemente como instrumento ejecutivo-administrativo de la Comisión, es decir, como acto administrativo del derecho comunitario (43). De este modo se interpreta la decisión únicamente desde la perspectiva de la ejecución directa de casos concretos (44). Frente a esta interpretación no sólo debe puntualizarse, que esta conceptualización de los actos administrativos ya es inconcebible en el derecho público de otros Estados miembros (45), sino lo más importante es que los Tratados no limitan el ámbito de

(41) Art. 21 Reglamento (TCEE) núm. 17, art. 2 apdo. 2 Reglamento (TCE) núm. 26, art. 20 Reglamento (TCEE) núm. 4064/89.

(42) OPPERMANN (cita al pie núm. 26), marginal 564; STREINZ (cita al pie núm. 26), marginal 415.

(43) C. JUNKER: *Der Verwaltungsakt im deutschen und französischen Recht und die Entscheidung im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, 1990, 164; la monografía más vasta sobre el tema se encuentra en las 817 páginas en X. ARZOZ SANTISTEBAN: *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, 1998.

(44) J. SCHWARZE: *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, 1988, Vol. 2, 927 ss.

(45) Más extenso G. DELLA CANANEA: *Gli atti amministrativi generali*, 2000, en especial 31 ss., 57 ss., 395 ss.

aplicación de la decisión a la ejecución referida a casos individuales. A favor de este radio de acción más amplio se puede mencionar el hecho que, de acuerdo al art. 249 apdo. 1 CE, no solamente la Comisión, sino también el Consejo e inclusive el Consejo y el Parlamento conjuntamente pueden dictar decisiones.

Otra objeción importante dimana del propio art. 249 apdo. 4 CE, el cual en ningún caso prevé que los destinatarios de las decisiones sólo sean los ciudadanos y las empresas. Ahora bien, el tipo de decisión dirigida a los Estados juega un papel importante para la aplicación del derecho comunitario en los casos individuales a través de los funcionarios de los Estados miembros (46). Posiblemente se puede desarrollar el significado que tiene la decisión para el derecho administrativo europeo de una manera más sustancial desde la perspectiva de la ejecución administrativa indirecta que de la directa, esto es, como el acto correspondiente a la fase regida por el derecho comunitario de un procedimiento administrativo, que abarca los ordenamientos jurídicos tanto comunitario como nacional y es concluido mediante la actuación de un funcionario de un Estado miembro dirigida a los ciudadanos (47). Formulado de una manera general, podría decirse que una de las funciones principales de la decisión consistiría en la comunicación entre los órganos de la Unión y los funcionarios de los Estados miembros.

Una decisión del Consejo dirigida a los Estados fue el primer ejemplo en relación al cual el Tribunal concedió efectos directos a un acto de derecho derivado destinado a los Estados, en el sentido de que los particulares puedan invocar el acto jurídico por ante los Tribunales nacionales (48). Las decisiones dirigidas a los Estados, además de imponerles obligaciones a los mismos, tienen la facultad complementaria de servir de fundamento para reclamar judicialmente derechos individuales. Esto conduce a pensar en una posible utilización del tipo de acto "decisión" más allá de su función como acto de control ejecutivo federal sobre los funcionarios de los Estados miembros, los cuales actúan a la vez como funcionarios comunitarios. De hecho, cuando se utiliza como actuación dirigida a *todos* los Estados miembros puede constatararse una aproximación de la decisión a la directiva (49). En este

(46) U. MAGER: «Die staattergerichtete Entscheidung als supranationale Handlungsform», *EuR*, 2001, 661, 670 s.

(47) En relación al enlace entre las fases de los procedimientos administrativos entre la Unión y los Estados miembros en el ámbito del establecimiento libre de organismos genéticos modificados, resulta muy clarificadora la STJCE C-6/99 — *Greenpeace Francia*, colección 2000, I-1651.

(48) STJCE 9/70 — *Grad*, colección 1970, 825, marginal 5; sobre este punto, E. GRABITZ: «Entscheidungen und Richtlinien als unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht», *EuR*, 1971, I.

(49) Más lejos va Scherzberg, quien habla de una identidad de funciones de ambos insti-

orden de ideas, la armonización del derecho (un campo de aplicación generalmente reservado para la directiva) debería también ser aplicado a las decisiones dirigidas a los Estados (50). Debido a esta coincidencia parcial de funciones, las decisiones dirigidas a todos los Estados serían instrumentos adecuados para servir de complemento a las directivas. Por ejemplo, una directiva de armonización podría ser concretizada y completada por una decisión (51). De manera que la decisión no está establecida como un tipo de regla administrativa, sino que también puede instituirse como un instrumento legislativo original.

Se puede concluir, entonces, que entre el régimen jurídico de las decisiones dirigidas a los Estados y las directivas existen coincidencias: todo lo positivo que puede lograrse con una directiva también puede alcanzarse con una decisión destinada a los Estados. La ventaja del perfil específico de la directiva frente a las decisiones dirigidas a los Estados (incluso al reglamento) consiste exactamente en que no impone obligaciones directas a los particulares. Con la elección de la forma de actuación presuntamente más débil, los órganos legislativos pueden evitar efectos no deseados. En esta autolimitación de la directiva, la cual asegura el respeto de los bienes jurídicos privados, radica la fuerza específica de este tipo de acto (52). En cambio, la directiva pierde su capacidad específica cuando ésta se interpreta solamente desde la perspectiva del respeto a la autonomía de los Estados miembros (53). La directiva no se diferencia precisamente del reglamento ni de la decisión en cuanto a la intensidad de los efectos sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (54).

---

tutos; ante la carencia de límites positivos, considera que las decisiones dirigidas a los Estados y las directivas son actos que parecen un tipo uniforme de actuación; A. SCHERZBERG: «Verordnung — Richtlinie — Entscheidung: Zum System der Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht», en SIEDENTOPF (Ed.): *Europäische Integration und nationalstaatliche Verwaltung*, 1991, 17, 30.

(50) SCHERZBERG: *ibid.*, 28 s.; escéptico al respecto, MAGER (Cita al pie núm. 46), 672 s.

(51) En cuanto a la admisibilidad de una cierta utilización de esta forma bajo el art. 95 CE, ver STJCE C-359/92 — *Alemania vs. Consejo*, colección 1994, 3681; a. A. BIEVERT: *Der Missbrauch von Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht*, 1999, pág. 146.

(52) De ello se deduce que ninguna decisión dirigida a los Estados puede fundamentarse en una autorización de los Tratados que faculte a los órganos a adoptar la directiva como forma de actuación. Ver GROEBEN/THIESING/EHLERMANN-ZULEEG: *Kommentar zum EU-EG-Vertrag*, 1997, marginal 13 sobre el art. 3b TCE.

(53) Entre otros B. BIEVERT: en SCHWARZE (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2000, marginal 23 sobre el art. 249 CE.

(54) En cambio, la incorporación de una cierta consideración autonómica proviene del tipo de acto decisión atípica «Beschluss».

c) *El génesis secreto de un acto jurídico: la decisión atípica «Beschluss»*

Dentro de los resultados resaltantes de este estudio se puede mencionar la dimensión en la cual están representados los actos jurídicos con la denominación decisión atípica «Beschluss»: 52 de los 500 actos de la muestra al azar, o lo que es lo mismo, 10,4 por 100 del derecho vigente. Dos tercios de estos actos (67 por 100) provienen de los órganos legislativos regulares. La mayor parte del otro tercio están constituidos por las decisiones de los gremios de cooperación (21 por 100 de las decisiones).

Los Tratados no contemplan en su catálogo, ni tampoco en los fundamentos jurídicos particulares, esta forma de actuación denominada decisión atípica «Beschluss». Cuando se utiliza este concepto en el derecho primario, se hace, sin excepción, como sinónimo de acto jurídico en un sentido neutral. Además, la diferenciación entre decisión atípica «Beschluss» y “decisión” en la mayoría de las lenguas oficiales es problemática, debido a que sólo en los idiomas alemán (“Beschluss” y “Entscheidung”) y holandés (“besluit” y “beschikking”) se emplean términos distintos. Pero incluso en las versiones más antiguas de los Tratados no se distingue de manera precisa ni siquiera en estos idiomas (por ejemplo el art. 87 apdo. 3 lit. E CE). A pesar de estas dificultades, la decisión atípica «Beschluss» se ha desarrollado en la práctica de los órganos como la tercera denominación más frecuente para designar un acto jurídico de la Unión.

El hecho de que los órganos dicten decisiones al margen del catálogo de los tipos de actos es conocido desde hace tiempo, pero todavía falta un análisis convincente del fenómeno. La opinión mayoritaria hoy en día prescinde de la necesidad de un concepto teórico en relación a la decisión atípica «Beschluss». Cada una de las decisiones atípicas «Beschlüsse» son consideradas como actos jurídicos *sui generis* conjuntamente con las resoluciones, aclaratorias, notificaciones entre otros, y son tratadas fuera del catálogo de los actos (55). Sobre esta categoría colectiva, que comprende a todo el derecho complementario, no pueden hacerse afirmaciones generales, como puede comprobarse. Sobre eventuales efectos jurídicos debe decidirse caso por caso. Esta calificación de la decisión atípica «Beschluss» carente de definición, como acto jurídico *sui generis*, ha contribuido de manera relevante a crear la impresión de que el derecho de la Unión es difuso.

El intento que se presenta a continuación, de concebir a la decisión atípica «Beschluss» como una forma de actuación independiente y coherente, parte de la cualidad de los órganos que actúan como autores de las mismas.

---

(55) OPFERMANN (cita al pie núm. 26), marginal 536, 577; BIEVERT (cita al pie núm. 51), 84.

La tesis de un régimen jurídico uniforme para las decisiones atípicas «Beschlüsse» solamente tiene sentido cuando estas son promulgadas por los órganos legislativos regulares.

El examen de las restantes decisiones atípicas «Beschlüsse» (34 actos, o sea, el 7 por 100 del derecho vigente) demuestra sorprendentemente un alto grado de coherencia formal. No sólo sus títulos en alemán y holandés diferencian pertinentemente la decisión atípica «Beschluss» de la decisión de modo estricto, sino que todos los actos poseen respectivamente una fórmula característica al inicio, que los distingue en todas las lenguas oficiales. Se puede notar por ejemplo la terminología «el Consejo resuelve» en relación a la decisión atípica «Beschluss», en contraposición a la frase «el Consejo promulgó la siguiente decisión» utilizada al inicio de las decisiones típicas previstas en el art. 249 CE. Ya esto es un indicio fuerte de que los órganos desean dictar actos jurídicos de manera homogénea para cada caso.

Una segunda característica es la obligatoriedad de las normas incluidas en la parte dispositiva del acto jurídico. Nada indica, que algunos de estos actos deban desarrollar su eficacia en un modo menos rígido (56). La decisión pertenece con ello al grupo de los actos jurídicos vinculantes.

Una tercera particularidad, que se da sin excepción y que no solamente hace alusión a la línea divisoria externa con la decisión, sino que aclara que se trata de formas de actuación completamente diferentes, consiste en el hecho de que mientras la decisión en su último artículo nombra a sus destinatarios (con la frase esta decisión está dirigida a...), la decisión atípica «Beschluss» no señala separadamente los destinatarios. Una decisión atípica «Beschluss» no limita sus efectos jurídicos a un determinado círculo de destinatarios, sino que sus consecuencias jurídicas se aplican a un grupo indeterminado, como el reglamento. Diferente a lo que ocurre con la directiva, la decisión atípica «Beschluss» posee una estructura de implementación de un sólo nivel: los efectos jurídicos desencadenados por ella se aplican directamente y no requieren de un acto de transposición por parte de los Estados miembros.

Por las cualidades anteriormente mencionadas pareciera que la decisión atípica «Beschluss» en la práctica es omnipotente, sin embargo, cuando se la compara con el reglamento se aclaran los efectos limitados que produce: mientras el reglamento tiene validez directa en cada Estado miembro y puede, en consecuencia, autorizar y obligar directamente a los sujetos de derecho, la decisión atípica «Beschluss» carece de esta obligatoriedad. Sus efectos están circunscritos a la esfera jurídica interna de la Unión.

---

(56) A diferencia de las decisiones previstas en el art. 249 CE, las decisiones atípicas «Beschlüsse» están divididas siempre en artículos.

Según esto, una decisión atípica «Beschluss» implica un modo diferenciado de obligación, a saber, obliga directa y estrictamente a la Unión, como ente organizador unitario (es decir a la totalidad de sus órganos de actuación y de gobierno) a la ejecución de dichas decisiones atípicas. En cambio, para los ciudadanos no emanan obligaciones jurídicas de este tipo de decisiones atípicas «Beschlüsse», ni directamente del acto, ni tampoco de manera indirecta por un acto de transformación de un Estado miembro. Contrario a lo que sucede con la directiva, que también está concebida como forma de actuación que no impone obligaciones directas para los ciudadanos, las decisiones atípicas «Beschlüsse» no contienen una determinación de un acto de transposición como característica jurídica de las mismas. No obstante, tal como lo declaró el Tribunal en una decisión del sector universitario en atención al conocido programa ERASMUS, una decisión atípica «Beschluss» puede obligar a los Estados miembros a promocionar los beneficios jurídicos que la misma conlleva (57).

Con este perfil, que diferencia de un modo característico a la decisión atípica «Beschluss» de las otras tres formas de actuación vinculantes, ésta luce como un instrumento que puede emplearse con gran versatilidad. Un primer ámbito de acción corresponde a la autoorganización de los órganos, ya que mediante decisiones atípicas «Beschlüsse» se crean instituciones, se conceden autorizaciones, se adoptan reglamentos internos y se hacen nombramientos, entre otros. Como segundo campo se observa el área de las relaciones internacionales, en razón de que las decisiones atípicas «Beschlüsse» representan la forma de actuación más importante de la Unión para adoptar los acuerdos de derecho internacional.

Un tercer ámbito está constituido por la creación y especificación de programas de acción o de promoción. A consecuencia de los efectos restringidos que produce, una decisión atípica programa también puede encontrar aplicación en áreas donde los órganos no están facultados para actuar a través de la uniformidad del derecho ni por medio de la promulgación de reglas jurídicas de ejecución directa, pero donde éstos sí desean adoptar medidas de promoción propias para contribuir o complementar las políticas de los Estados miembros. Las decisiones atípicas «Beschlüsse» alcanzan sus objetivos mediante una estructura persuasiva, con la cual se quiere motivar una determinada conducta de los Estados miembros y de los actores privados, utilizando incentivos positivos, es decir, en primera línea por medio de determinadas subvenciones o acciones simbólicas. Los efectos jurídicos directos sólo pueden producirse en la esfera institucional de la Unión, al poner la decisión atípica «Beschluss» a disposición de la Comisión una base jurídica,

---

(57) STJCE 242/87 — *Comisión vs. Consejo*, colección 1989, 1425, marginal 11, 19.

sobre la cual ésta pueda comprometerse con cargo al presupuesto comunitario. De acuerdo con el contenido normativo material, las decisiones atípicas-programas apuntan a direccionar la actitud de los ciudadanos y de los funcionarios de los Estados miembros, a través de la modificación de las condiciones bajo las cuales los actores externos toman sus decisiones sin verse coaccionados (58).

Lo que hasta ahora no se ha aclarado definitivamente es la posición jurídica de los individuos en relación a las decisiones atípicas «Beschlüsse». Sin embargo, algunas claves dogmáticas están claras: como acto jurídico sin destinatarios, una decisión atípica «Beschluss» no puede imponerle cargas a los ciudadanos ni directa ni indirectamente mediante un acto de transposición. Esa estricta autolimitación constituye una característica esencial de este tipo de acto. Por otra parte, no se le puede negar *a priori* a la decisión atípica «Beschluss» la capacidad de crear derechos individuales que los ciudadanos pueden invocar en los Tribunales (59).

La práctica ha desarrollado coherentemente la configuración externa de la decisión atípica «Beschluss» utilizando elementos identificatorios y emplea dicha figura de manera rutinaria. No obstante, solamente en raras ocasiones, la decisión atípica «Beschluss» es reconocida y descrita como acto coherente creado por la práctica legislativa de los órganos. En estos casos se trata notablemente de autores vinculados de manera especial con los órganos (60). Por otra parte se constata que los órganos protegen su conocimiento en sus documentos oficiales casi como un secreto de Estado. Ni el reglamento interno de la Comisión ni el del Consejo contemplan la decisión atípica «Beschluss». Ahora bien, la teoría de las formas de actuación del derecho de la Unión no puede negar por más tiempo a esta categoría de actos como la cuarta forma jurídica regulatoria junto al reglamento, la directiva y la decisión.

---

(58) Sobre la aplicación del derecho para fines gubernativos no jurídicos, ver ENGEL: «Die Grammatik des Rechts: Funktionen der rechtlichen Instrumente des Umweltschutzes im Verbund mit ökonomischen und politischen Instrumenten», en RENGELING/HOF (ed.): *Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund*, 2001, 17, 20 s.

(59) STJCE C-58/94 — *Holanda vs. Consejo*, colección 1996, I-2169, marginal 38; TPI, T-105/95 — *WWF Reino Unido vs. Comisión*, colección 1997, II-313, marginal 55.

(60) J.-L. DEWOST: «Décisions des Institutions en vue du développement des Compétences et des Instruments juridiques», en BIEBER/RESS (Ed.): *Die Dynamik des Gemeinschaftsrechts*, 1987, pág. 417.

d) *La unidad del ordenamiento jurídico y otros actos especiales del Tratado de la Unión Europea*

La percepción difundida en cuanto a la falta de transparencia y a la proliferación de tipos de actos, cobró mayor fuerza a raíz de las formas de actuación adicionales contenidas en los Títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea. La validez de estos Títulos, que ahora cuentan con casi diez años, no condujo a una aclaratoria y sistematización definitiva. De manera que se sigue discutiendo, especialmente en lo referente a la explicación sobre la organización constitucional de la Unión, si se trata de actos imputables a los órganos de la Unión o si son actos de derecho internacional de los Estados miembros (61). Incluso la tesis unitaria, que concibe estas medidas como actos de los órganos de la Unión, no niega que estos actos (también después de *Ámsterdam* y *Niza*) se diferencian de los actos del derecho comunitario, no sólo desde la perspectiva del régimen procesal y su control jurisdiccional, sino también particularmente según sus formas (tipos de actos). El acceso a los tipos de actos del catálogo de los Tratados comunitarios se consideraba ya como excluyente, según lo establecido textualmente en el art. 249 apdo. 1 CE («en las condiciones previstas en el presente Tratado»).

En la muestra al azar están representados los actos especiales con aproximadamente el 1 por 100, o lo que es lo mismo, con 6 de 500 actos. En contraposición con la concepción de algunos que ven las medidas en este ámbito como una forma de cooperación intergubernamental y en confirmación de la tesis unitaria (62), debe mencionarse que todos los actos nombran al Consejo como su autor. De la totalidad de los actos del Consejo, los actos del Tratado de la Unión Europea (TUE) reflejan una porción del 3 por 100. Con respecto a la extensión efectiva de la legislación promulgada bajo el Tratado de la Unión Europea TUE, sólo es posible naturalmente hacer afirmaciones bajo reservas. Debido a que el Tratado de la Unión Europea no contempla el deber de publicar estos actos, se puede presumir un campo oscuro de considerable magnitud (63). La selectividad en cuanto a la publicación de la for-

---

(61) La Oficina de Publicaciones Oficiales que administra el sistema CELEX, asignaba los actos jurídicos dictados bajo las formas previstas en el TUE al ámbito de los documentos del derecho complementario signado con el núm. 4, dejando ver una tendencia hacia su vinculación con el derecho internacional. La reforma del sistema CELEX corrigió esto y ahora se asignan en el campo de los documentos del derecho derivado marcados con el núm. 3. Aquí influyó sustancialmente la decisión *Flughsentransit* del TJCE C-170/96 — *Comisión vs. Consejo*, colección 1998, I-2763.

(62) Ver *supra* Cita al pie núm. 15.

(63) Referente a las reglas del Reglamento interno del Consejo ver el art. 17 apdos. 1-3 Rf. Consejo (2000).

mulación de la política exterior de la Unión en posiciones comunes y acciones comunes, es un instrumento propio de esa política, ya que así puede guiar la atención sobre ciertos objetivos; o al contrario, que no se declaren públicamente ciertas estrategias políticas.

La dimensión de la legislación documentada sobre los campos políticos del Tratado de la UE no se agota con esos seis actos. Otros cinco actos que tienen su fundamento jurídico en el Tratado de la UE pueden clasificarse dentro de los tipos de actos contemplados en el Tratado de la CEE y están incluidos en las estadísticas en ese lugar. Se trata de tres resoluciones sobre el financiamiento de las medidas de la PESC conforme al art. J apdo. 11 párr. 2 TUE (ahora art. 28 apdo. 3 EU), así como dos decisiones. Claramente, estos tipos de actos no codificados (que no están sujetos al efecto de cierre del art. 249 apdo. 1 CE ni están regulados en el Tratado de la UE), se muestran como un avance del Derecho de la Unión que abarca todos los «pilares».

A diferencia de lo anterior, los actos especiales regulados en el derecho primario del Tratado de la UE se han mostrado en gran parte a lo largo de los Tratados de Maastricht y Ámsterdam como resistentes a la sistematización y a la dogmatización. A la vez constituyen una fuente de imprecisión; hasta hoy no han alcanzado una estructuración real de la legislación bajo el Tratado de la UE.

Así ocurre principalmente cuando a los actos especiales no les está asignado un mecanismo de efectos específicos, como era el caso para las medidas comunes del art. K.3 apdo. 2 lit. B TUE (64) y lo es todavía para la decisión atípica «Beschluss» prevista en el art. 34 apdo. 2 lit. TUE bajo el Tratado de Ámsterdam. Mucho habla a favor de que en esas denominaciones no pueden verse tipos de actos propios, sino una definición en blanco. Esto se debe a que uno de los potenciales más importantes para racionalizar los tipos de actos del derecho de la Unión, recae justamente en la asignación de un efecto jurídico determinado, el cual le atribuye al acto su forma específica, sin tener que establecer expresamente las consecuencias jurídicas en cada caso concreto.

La decisión marco, en cambio, ya ha dado el primer paso hacia un tipo de acto independiente del derecho de la Unión (65). A esta decisión se le asigna la función de uniformar las disposiciones jurídicas y administrativas como un ámbito funcional propio. El art. 34 apdo. 2 lit. B TUE describe los

---

(64) F. ZEDER: «Der Rahmenbeschluss als Instrument der EU-Rechtsangleichung im Strafrecht», *ÖJZ*, 2001, 81, 82.

(65) El Reglamento interno del Consejo incluye a la decisión marco dentro de los tipos de actos que éste dicta cuando actúa en su capacidad legislativa según lo dispuesto en el párrafo 2 del apdo. 3 del art. 207 TCE. Ver art. 7 apdo. 1 RI. Consejo (2000).

efectos de la decisión marco con un texto idéntico al art. 249 apdo. 3 TCE en relación a la directiva. Para delimitarla respecto a la directiva, la decisión marco está caracterizada por no producir efectos jurídicos directos. El principio desarrollado por la jurisprudencia del posible efecto directo de una directiva transformada deficitariamente no encuentra aplicación en el caso de la decisión marco.

A través de la asignación de los instrumentos de la directiva de la CE, la recomendación CECA y la directiva CEEA a la familia de los actos con forma de directiva, la dogmática dispone ahora de un punto de referencia para concretizar de manera más exacta el régimen jurídico de las decisiones marco. Es importante aclarar cuáles elementos de la jurisprudencia sobre la directiva pueden ser trasladados hacia el campo de la decisión marco y cuáles transferencias serían inadmisibles en razón de que ésta no produce efectos directos. Un punto muy discutido es el instituto jurídico de la interpretación jurisprudencial «conforme a la directiva» (66), ya que para el Tribunal ésta no produce efectos directos (67). En este orden de ideas, la armonización del derecho penal material a través de una decisión marco según el art. 31 lit. c TUE podría poner en peligro el principio de tipicidad penal. Así, una interpretación «conforme a la decisión marco» que perjudique al acusado sería inadmisibles en atención al derecho fundamental de la prohibición de aplicar la analogía (68), el cual también forma parte del derecho de la Unión (69). Sin embargo, la exclusión categórica de los efectos directos puede conducir en otras áreas del Título VI (especialmente en las cuestiones del derecho procesal penal o en las normas relativas a las competencias, como el art. 31 lit. a del TUE), a que un particular no pueda invocar las normas de una decisión marco que le sean favorables. De esta manera no se puede aclarar, argumentando el aspecto de la protección individual de posiciones jurídicas, el limitado efecto de la decisión marco frente a la directiva. Queda claro que la razón de fondo de lo anterior está dada por el interés de los Estados miembros de mantener su control sobre el desarrollo jurídico en este sector del Derecho de la Unión; al excluirlo de la revisión por parte del Tribunal de

---

(66) En más detalle, ZEDER (cita al pie núm. 64), 82; GRABITZ/HILF (Ed.): *Das Recht der Europäischen Union — Kommentar*, versión 2001, marginal 15 sobre el art. 34 UE; una versión del Tratado de la Unión desde el punto de vista del derecho internacional sólo admite una interpretación conforme al derecho internacional, KOENIG/PECHSTEIN (Cita al pie núm. 15), marginal 243 ss., aunque hay que señalar que las consecuencias prácticas de esta diferenciación son posiblemente mínimas, L. HARINGS: «Die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres», *EuR-Beiheft*, 2/1998, 81, 88 s.

(67) STJCE 14/83 — *Colson u.a.*, colección 1984, 1891, marginal 26.

(68) Art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y de la dinámica jurisprudencial de dicho órgano.

Aparentemente la situación en el ámbito de la política exterior y de seguridad común (PESC) es un poco más clara. Como resultado del Tratado de Ámsterdam, el art. 12 de la UE ofrece una visión general de las formas de acción previstas en el Título V del TUE. Igual que en el campo de justicia y política interior, la versión del PESC en el Tratado de Maastricht consagraba las posiciones comunes como forma de actuación en el art. J.2 TUE (ahora art. 15 UE), el cual aparece representado en la muestra al azar con 3 actos. El segundo tipo de acto son las acciones comunes, que definen la actuación operativa de la política exterior de la Unión, conforme al art. 14 UE.

En general para el área de la PESC, se puede diagnosticar un grado de regulación jurídica que es inferior al del derecho comunitario y de la cooperación policial y judicial en materia penal. En el centro está el Consejo Europeo como órgano rector, el cual no se define a sí mismo como tal y no dispone de un procedimiento formal para manifestar su voluntad (70). Sus actos vinculantes, que degradan al Consejo convirtiéndolo en un simple órgano ejecutivo, no son impugnables ante el TJCE en caso de que se afecten las competencias comunitarias (71). De acuerdo con el art. 46 UE, los actos del Consejo tampoco son revisados jurisdiccionalmente en cuanto a su concordancia con los actos consagrados en el derecho primario en el Título V UE. Eso le establece límites estrechos a una sistematización jurídico-científica de las formas de actuación de la PESC. Si no existe una competencia del TJCE para garantizar el derecho en el ámbito de la política exterior y de seguridad común de la Unión, está descartada prácticamente la posibilidad de trasladar al art. 12 UE los principios de las formas de actuación en el derecho comunitario.

(69) ZEDER (cita al pie núm. 64), 82.

(70) GTE-JACQUÉ: en (cita al pie núm. 52), marginal 14 sobre el antiguo art. D TUE.

(71) El Consejo Europeo no es un órgano según la jurisprudencia en el sentido del art. 230 apdo. 1 CE y por tanto no está sometido al control de legalidad a través del TJCE (cfr. art. 46 UE): STPI T-584/93 — *Roujansky vs. Consejo*, colección 1994, II-585, marginal 12 ; STJCE C-253/94 P — *Roujansky vs. Consejo*, Colección 1995, 7, Marginal 11. Respecto a la crítica de esta situación jurídica, v. BOGDANDY/BAST (cita al pie núm. 14), 455; en este contexto, STJCE 294/83 — *Les Verts vs. Parlamento*, colección 1986, 1339, marginal 23 sobre el art. 173 TCEE versión antigua.

e) *Las formas no vinculantes como parte integral del ordenamiento jurídico*

El art. 249 contempla expresamente en su catálogo a la recomendación y los dictámenes como dos formas de actos no vinculantes. El Repertorio aprovecha esta característica uniéndolos junto con otros actos de carácter no vinculante como parte independiente del derecho vigente. Esto constituye una provocación frente a la definición tradicional del derecho al darle a los actos no vinculantes la capacidad de regular conductas a través de normas obligatorias, lo cual es consustancial a la cualidad jurídica de una norma. El derecho constitucional nacional se decidió tardíamente a reconocer, como fenómeno jurídico —y por ende a clasificarlos teóricamente— a los actos del poder público que no son directamente vinculantes (72). Para el análisis del derecho de la Unión, el art. 249 CE ofrece una amplia noción de derecho positivo; si se concibe a la Unión, como una comunidad *jurídica*, todas las medidas que dicte con el objetivo de contribuir a mantener la cohesión entre la Unión y los Estados miembros, deben ser calificadas como derecho y ser sometidas a las exigencias jurídico-constitucionales pertinentes. Por lo tanto, la teoría de los tipos de actos debe tomar en consideración a los actos no vinculantes. Un efecto jurídico no vinculante no significa irrelevancia jurídica.

Las tres formas más frecuentes de un acto jurídico no obligatorio son las recomendaciones, los dictámenes y las resoluciones (73). Si se toman conjuntamente, estas tres formas representan asombrosamente un 10 por 100 del derecho vigente de la Unión, lo cual es un alto porcentaje. Tres cuartas partes de estos actos tienen como autor al Consejo y a la Comisión en proporciones más o menos iguales. En consecuencia, el fenómeno de los actos jurídicos no vinculantes no puede aclararse suficientemente con la tesis que sostiene que éstos provienen de instituciones a las cuales los Tratados no les atribuyen competencia para dictar actos legislativos vinculantes.

aa) La recomendación — una directiva no obligatoria

Algo más del 2 por 100 de los actos de la muestra al azar está compuesto por el acto denominado “recomendación” (en inglés «*recommendation*»), en

---

(72) V. BOGDANDY (cita al pie núm. 30), 449 ss.; E. SCHMIDT-ABMANN: «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns», *DVBZ*, 1989, 533, 541; K. RÖHL: *Allgemeine Rechtslehre*, 1994, 215 ss.

(73) Desde los primeros tiempos, se puede consultar en este tema C.-A. MORAND: «Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire», *CDE*, 1970, 623.

alemán «*Empfehlung*»), que forma parte de los actos típicos de los Tratados de la TCE y TCEEA. Sin embargo, el art. 249 apdo. 5 CE describe sus efectos solamente de un modo negativo, al excluirlles el carácter vinculante. En las normas de los Tratados aparecen reguladas las recomendaciones con diversas expresiones (74). El art. 211 apdo. 2 del TCE le concede a la Comisión incluso una autorización general para formular recomendaciones. Además, una recomendación siempre podrá ser tomada por uno de los órganos legislativos cuando el Tratado le faculta para dictar «medidas» o «disposiciones» y así por ende lo autoriza a emplear el instrumental completo del art. 249 CE. Hablando empíricamente, el Consejo y la Comisión han adoptado el mismo número de recomendaciones (75) de modo que no puede corroborarse la presunción de un dominio por parte de la Comisión, como se afirma en la literatura (76). La práctica legislativa ha «estrenado» dos recomendaciones adoptadas con el procedimiento de codecisión, apoyándose en los art. 149 apdo. 4 y 150 apdo. 4 del TCE (77).

Partiendo de su carácter no obligatorio, el TJCE ha ido concretizando los efectos jurídicos de las recomendaciones. Reconocida es la interpretación “conforme a las recomendaciones” (78), con la cual el TJCE acerca dicho instrumento a la directiva, sin confundir sin embargo los efectos jurídicos de ambas formas. Como parte integral del ordenamiento jurídico, la recomendación tiene la cualidad de la primacía del derecho comunitario; esto es, para asegurar su aplicación uniforme, el TJCE puede pronunciarse con carácter prejudicial sin entrar a revisar el carácter no vinculante del acto (79). Las recomendaciones, tal como las directivas, son instrumentos concebidos para modificar en dos fases los ordenamientos jurídicos nacionales: para su transformación se publican disposiciones nacionales que son interpretadas bajo la luz del derecho europeo. La diferencia fundamental consiste en la *libertad*

(74) En el caso de la Comisión, ver por ejemplo los arts. 77 apdo. 3, 133 apdo. 3, 134 apdo. 1 CE y los arts. 33, 38 apdo. 1 AE; en el caso del Consejo se encuentran por ejemplo los arts. 37 apdo. 2, párr. 3, 99, 149 apdo. 4, 151 apdo. 5 y 152 apdo. 4 *lit. c* CE.

(75) Otras tres recomendaciones provenían de los gremios de cooperación, o sea, de la Comisión administrativa de los Trabajadores migrantes y por ello no son recomendaciones en el sentido del art. 249 apdo. 5 CE, *cfr.* art. 249 apdo. 1 CE.

(76) GRABITZ/HILF (Cita al *pic* núm. 66), marginal 78 acerca del art. 189 TCE.

(77) Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de julio de 2001, relativa a la movilidad en la Comunidad de los estudiantes, las personas en formación, los voluntarios, los profesores y los formadores, DO-L 215, 9-8-2001, 30; Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2001, relativa a la cooperación europea en materia de evaluación de la calidad de la educación escolar, DO-L 60, 1-3-2001, 51.

(78) STJCE C-322/88 — *Grimaldi*, colección 1989, 4407, marginal 18.

(79) STJCE 113/75 — *Frecassetti*, colección 1976, 983, marginal 8/9; STJCE 90/76 — *Van Ameyde*, colección 1977, 1091.

para escoger el acto de transformación por parte de los Estados miembros (80). Dicha diferencia descarta el surgimiento de efectos directos, incluso en el caso en que un Estado miembro haya tenido décadas de inactividad, pues no estaría violando deber alguno de transformación.

Perfilada como un tipo de *directiva no vinculante*, se pueden desarrollar las dos funciones esenciales que cumplen las recomendaciones. Distinto a lo sostenido por varios autores —entre ellos Gaja— quienes suponen la existencia de un sistema federal en sus investigaciones (81), en el caso de la recomendación, el ordenamiento jurídico de la Unión dispone de un *modelo*, el cual se le ofrece a los Estados miembros como un instrumento «suave» de armonización del derecho, y que toma en cuenta la necesidad objetiva de coordinación en la legislación descentralizada. Con ello, el TCE concede la posibilidad, a través de sus formas de acción, de una integración flexible— esto incluso antes de los arts. 43 ss. UE y art. 11 CE —, puesto que no obliga a todos los Estados miembros al programa normativo de una recomendación (82).

Las demás funciones que cumple la recomendación para el Derecho de la Unión se desarrollan desde una perspectiva dinámica. Por una parte, la recomendación puede cumplir la función de superar las debilidades de una norma competencial de la Unión (al menos en razón de la competencia general de la Comisión para formular recomendaciones), donde se pongan a la disposición actos para la formación de la voluntad política de los órganos, siendo que otra actuación tendría más limitaciones. Este potencial específico para compensar los bloqueos de tipo político (83) o jurídico (84) está en estrecha relación con otra función de la recomendación. La misma radica en la facilidad de aceptación de la recomendación por parte de los Estados miembros como una forma de acción autónoma, a través de la cual los órganos preparan el camino para una futura integración, sondeando un determinado campo con el afán de absorberlo y convertirlo posteriormente

(80) Esto ignora la crítica de RUFFERT (Cita al pie núm. 26), marginal 121 en relación al art. 249 CE: «El perfeccionamiento jurídico contrario al texto del Tratado».

(81) G. GAJA/P. HAY/R. ROTUNDA: «Instruments for Legal Integration in the EC — A Review», en CAPPELLETTI/SECCOMBE/WEILER (Ed.): *Integration through Law*, Vol. 1, libro 2.º, 1986, 113, 153.

(82) Respecto a la flexibilidad como nuevo principio constitucional, J. SHAW: «European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic», *Oxford Journal of Legal Studies*, 16 (1996), 231, 246 ss.

(83) Al Consejo se le atribuye una competencia para dictar recomendaciones en aquellos ámbitos donde se excluye toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

(84) R. BALDWIN: *Rules and Government*, 1995, 249.

en legislación obligatoria (85) (lo cual se conoce como “*función exploratoria*”).

La recomendación también puede cumplir un rol importante como instrumento de coordinación de los Estados miembros en el ámbito del control de la política económica (art. 99 apdo. 4 CE) y en la coordinación de la política de empleo (art. 128 apdo. 4 CE). La influencia de la política de los Estados miembros y su deber político de actuar coordinadamente se alcanza, no tanto mediante del resultado del procedimiento legislativo, sino por medio de la institucionalización del proceso de consulta en sí mismo, partiendo del aprendizaje colectivo (86). En este sentido se puede destacar lo previsto en el art. 99 apdo. 4 CE. La decisión sobre la publicación de una recomendación se presenta, entonces, como un instrumento guiador de las reacciones de la opinión pública y de los mercados.

bb) El dictamen — La opinión experta de la Comisión

La segunda forma de actuación con carácter no vinculante es el dictamen (en inglés «*opinion*», en alemán «*Stellungnahme*»), con una representación de apenas un escaso 2 por 100 del derecho vigente. Concluyente es el hecho de que según la identificación del Repertorio, sólo la Comisión dicta actos jurídicos con la denominación de dictamen, aun cuando el art. 249 apdo. 1 CE también pone a disposición del Consejo, así como del Consejo y del Parlamento conjuntamente, este tipo de acto (87). Una segunda característica se observa en la práctica de la publicación, ya que todos los documentos denominados “dictámenes” son publicados en la Serie L del Diario Oficial. La Comisión trabaja obviamente, en cuanto a la caracterización y documentación de sus actuaciones, de una manera purista, debido a que todos los actos no vinculantes que se corresponden con la nomenclatura del art. 249 apdo. 5 CE son publicados en la serie L, mientras que los otros actos no obligatorios eventualmente aparecen impresos en la Serie C. Estos últimos actos con frecuencia son llamados “comunicación” (en inglés «*communication*» o «*information*», en francés «*communication*»), en algunos casos se les llama “orientación” (en inglés «*guideline*», en francés «*orientation*») o se le deno-

(85) *Ibid.*, 251.

(86) G. DE BURCA/B. DE WITTE: *The Delimitation of Powers between the EU and its Member States*, 2002, 22, <http://www.iue.it/RSC/EU/Rcform03.pdf>; J. SCOTT/D. M. TRUBECK: «Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union», *ELJ*, 8 (2002), 1, 4 s.

(87) El art. 37 apdo. 2 es una muestra de que los creadores de los Tratados no pretendían que el Consejo adoptara dictámenes.

mina “declaración” (en inglés «*statement*» o «*declaration*», en francés «*déclaration*»), pero nunca reciben el nombre de “dictamen”. La Comisión se esfuerza evidentemente en destacar el significado de sus dictámenes. En cambio con la comunicación, la Comisión produjo un tipo de acto que le permite expresar su opinión para múltiples situaciones y que, sin embargo, raramente son publicadas en el Repertorio (88).

Como parte del sistema de normas publicadas, el dictamen no tiene gran importancia. Donde sí posee una relevancia cualitativa es en el sector de transporte y en el derecho atómico, ya que en estos casos el dictamen de la Comisión dirigido a un Estado en particular cumple una función de carácter jurídico-supervisora, que, bajo el punto de vista del amparo de la confidencialidad, aspira a protegerse circunstancialmente contra una demanda posterior conforme al art. 226 CE (89).

En cuanto al número de dictámenes existente en el derecho vigente hay que tomar en consideración que el Repertorio no incluye todos los actos jurídicos importantes de los órganos, sino solamente aquellos que concluyen un proceso decisorio. La mayoría de los actos que los Tratados llaman “dictámenes” tienen el carácter de un *acto preparatorio* que constituye realmente el paso intermedio en un proceso jurídico (por lo general necesario), pero que no implica su punto final.

#### cc) La resolución como una forma de acción originaria

Los actos llamados resolución (en inglés «*resolution*», en alemán «*EntschlieÙung*»), representan un 4 por 100, lo cual es sorprendente si se parte de la base que los Tratados no contemplan esta forma de acción en lo absoluto. Según la observación de U. Everling, las resoluciones, desde los años setenta, comprenden un gran número y abarcan todos los ámbitos, en especial los ámbitos marginales de las políticas comunes (90). Ello está relacionado con el desarrollo considerable que han tenido las formas de acción

(88) A.-M. TOURNEPICHE: «Les Communications: instruments privilégiés de l'action administrative de la Commission européenne», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 454 (2002), 55; El TJCE ha reaccionado frente a la práctica de la Comisión en la elección del tipo de acto y ha admitido la impugnación de comunicaciones de interpretación interpuestas por los Estados miembros: STJCE. C-366/88 — *Francia vs. Comisión*, colección 1990, I-3571; STJCE C-325/91 — *Francia vs. Comisión*, colección 1993, I-3283; STJCE C-57/95 — *Francia vs. Comisión*, colección 1997, I-1627.

(89) GRABITZ/HILF (Cita al pie núm. 66), marginal 82 sobre el art. 189 TCE.

(90) U. EVERLING: «Zur rechtlichen Wirkung von Beschlüssen, EntschlieÙungen, Erklärungen und Vereinbarungen des Rates oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft», in *GS Constantinesco*, 1983, pág. 142.

de la Unión, pues la práctica de los órganos ha generado una nueva categoría de actos (91).

Como autor de las resoluciones aparece ante todo el Consejo, actuando solo, en cuyo caso se observan 14 actos en la muestra al azar; o cuando el Consejo actuó conjuntamente con los Estados miembros (según la denominada "forma mixta"), con 3 actos. Para ninguno de estos actos se encuentra una referencia a la norma competencial específica del Tratado. Tampoco el art. 235 TCEE es mencionado como fundamento jurídico en caso alguno (92). El Consejo, evidentemente, es de la opinión que la promulgación de resoluciones no exige un fundamento jurídico expreso en los Tratados, sino que a él le está atribuida una competencia implícita, que abarca todos los ámbitos de aplicación específica del Derecho de la Unión.

Distinto a lo que ocurre con las recomendaciones y los dictámenes, el carácter de la forma jurídica de la resolución es discutible. De acuerdo con la clasificación que hasta ahora (93) ha elaborado el sistema CELEX, las resoluciones se incluyen como "actos especiales" («Y»), desistiendo de la denominación «actos jurídicos especiales» («X»). En sentido estricto y conforme a la concepción de los órganos sobre sus competencias, las resoluciones no pertenecen a los instrumentos jurídicos (*instruments juridiques*) sino a los instrumentos políticos (*instruments politiques*) (94). No obstante, ¿puede afirmarse que las resoluciones constituyen *soft law*, creando ciertas expectativas de conductas, pero dejando abierta a los gobiernos participantes la posibilidad de retirarse sin sufrir sanciones jurídicas? (95). Esta pregunta acerca de los efectos de las resoluciones se debe responder de un modo diferenciado: por una parte, en cuanto a su relación con los actos jurídicos vinculantes del Derecho de la Unión y por la otra, en atención a la obligación de los Estados miembros de someterse al imperio de una resolución.

Algunos efectos jurídicos se le deben haber atribuido a las resoluciones aquí examinadas, ya que están publicadas en el Diario Oficial (96) y fueron

(91) Una descripción de este desarrollo se encuentra en DEWOST (Cita al pie núm. 60), 327 ss.

(92) Respecto a la pregunta si las decisiones pueden contener disposiciones en el sentido del art. 308 CE, cfr. GTE-SCHWARTZ (Cita al pie núm. 52), marginal 350 s. sobre el art. 235 CE.

(93) Después de la reforma del número del documento, ahora se identifica a la resolución con la letra «G» como un tipo de acto aparte.

(94) Sobre la conceptualización, DEWOST (cita al pie núm. 60), 331.

(95) M. BOTHE: «Soft Law» in den Europäischen Gemeinschaften?, en *FS Schlochauer*, 1981, 761, 770; F. ROESSLER: «Law, De Facto Agreements and Declarations of Principle in International Economic Relations», *GYIL*, 21 (1978), 27, 41.

(96) La jurisprudencia del TJCE ha sostenido que existen resoluciones que no han sido publicadas. STJCE 141/78 — *Francia vs. Gran Bretaña* relativa a una resolución del Consejo

recogidas en el Repertorio. La incorporación en el acervo comunitario está clara en las actas de adhesión, que sin excepción contienen una cláusula según la cual los nuevos Estados miembros están obligados tanto frente a todas las actuaciones del Consejo como frente a todas las declaraciones, resoluciones y dictámenes tomados por la Comunidad Europea y que hayan sido acogidos por los Estados miembros en común acuerdo. Así, dichos nuevos Estados miembros se encuentran en la misma situación que el resto de los Estados miembros. Los Estados aspirantes están obligados a adoptar las medidas necesarias resultantes de los principios generales y de las orientaciones, así como eventualmente ponerlas en ejecución (97). Esta fórmula destaca, en primer lugar, que las resoluciones no están exentas de producir consecuencias jurídicas, ya que mediante el acta de adhesión no se le pueden agregar efectos a un acto (98).

La jurisprudencia está caracterizada por un temeroso escepticismo: según una sentencia temprana del TJCE, la denominación de un acto como resolución se toma como un indicio de que el autor del acto no pretende que se deriven efectos vinculantes del mismo (99). Puede generalizarse de la jurisprudencia sobre los efectos de las resoluciones, que dichos actos se encuentran en un escalón inferior (jerárquicamente hablando) frente al derecho primario (100) y al derecho secundario vinculante (101). Conforme a los efectos que producen, los actos no vinculantes constituyen en conjunto el nivel más bajo de las normas del ordenamiento jurídico de la Unión ("terciario") y cuando se presenta una colisión entre un acto jurídico vinculante y uno no vinculante, siempre se resuelve a favor del primero; es decir, priva el acto jurídico vinculante (102).

---

sobre la política pesquera, que fue del conocimiento público a través de la sentencia (textual en colección 1979, 2941 s.)

(97) Esta fórmula apareció por primera vez en el art. 3 apdo. 3 del Acta de Adhesión de 1973.

(98) STJCE 44/84 — *Hurd*, colección 1986, 29, marginal 30.

(99) STJCE 90/63 y 91/63 — *Comision vs. Bélgica y Luxemburgo*, colección 1964, 1329, 1345 referida a una resolución del Consejo; sobre la incapacidad de la resolución para fundamentar derechos individuales, ver STJCE 9/73 — *Schlüter*, colección 1973, 1135, marginal 40.

(100) STJCE 43/75 — *Defrenne*, colección 1976, 455, marginal 56/58 en el caso de una resolución de los representantes de los Estados miembros reunidos en el Consejo; STJCE 59/75 — *Manghera*, colección 1976, 91, marginal 21 en el caso de una resolución del Consejo referida a la responsabilidad asumida por dos Estados miembros mediante declaraciones unilaterales.

(101) Sobre la irrelevancia de una resolución como regla para determinar la legalidad de una decisión atípica «Beschluss», ver STJCE C-146/96 — *Portugal vs. Consejo*, colección 1999, I-8395, marginal 56.

(102) GTE-SCHMIDT (cita al pie núm. 52), marginal 23 acerca del art. 189 CE; BALDWIN (cita al pie núm. 83), 226.

Sobre esta base es sorprendente que el TJCE, en una determinada constelación de casos, le haya concedido la capacidad a una resolución de crear obligaciones para los Estados miembros. En varios procesos el TJCE tuvo que considerar la conformidad de una medida tomada por un Estado miembro, según una resolución del Consejo para la política pesquera (103). Las resoluciones desarrollan efectos vinculantes indirectos para los Estados miembros, dado que en ellas se concreta potencialmente el deber de cooperación leal tipificado en el art. 10 CE. Eso se manifiesta especialmente como un deber de consultación. Sin embargo, en casos de mayor peso o importancia esto puede conllevar el deber de omitir medidas unilaterales, con las cuales un Estado miembro defraudaría la conducta que se esperaba de él de acuerdo a la resolución que le estaba dirigida (104).

Las resoluciones se encuentran en todas las áreas del Derecho de la Unión, aunque pareciera existir una afinidad creciente hacia las políticas científicas, educativas y culturales. El retomar el art. 235 TCEE parecía inaceptable, incluso cuando el acto jurídico hubiera sido publicado bajo la forma de acción no vinculante de la recomendación. Desde la perspectiva de los Estados miembros, la resolución abrió un camino alternativo para el desarrollo de campos especialmente sensibles. En el cuadro de una exitosa política de pequeños pasos (105) se observa que muchas de las resoluciones en los mencionados campos provienen de los años setenta y ochenta. Aquí podría jugar un papel importante el hecho de que los órganos descubrieron en los años ochenta la decisión atípica («Beschluss») y con el respaldo del TJCE (106) la constituyeron en un instrumento con el cual se pueden aplicar programas de acción independientes en el sector educativo y científico. La presunción se basa sobre el hecho de que esas viejas resoluciones prepararon el camino para las competencias de promoción de la Unión reconocidas explícitamente en el art. 128 TCE (ahora arts. 149-151 CE).

La función precursora y de compensación que se constata en el caso de la recomendación, también se le asigna a las resoluciones. La resolución, en razón de la ausencia de una norma atributiva de competencia expresa, se en-

(103) STJCE 141/78 — *Francia vs. Gran Bretaña*, colección 1979, 2923 ss.; en esta idea subsiguientemente STJCE 32/79 — *Comision vs. Gran Bretaña*, colección 1980, 2403 ss.; STJCE 804/79 — *Comision vs. Gran Bretaña*, colección 1981, 1045 ss., marginal 23 ss; esto va de la mano con la competencia del Tribunal, para determinar solamente la interpretación textual de la resolución.

(104) EVERLING (Cita al pie núm. 90), 155; cfr. También STJCE 42/82 — *Comision vs. Francia*, colección 1983, 1013, marginal 36 sobre el deber de consultación entre los Estados miembros antes de cambiar una práctica administrativa existente.

(105) DEWOST (Cita al pie núm. 60), 329.

(106) STJCE 242/87 — *Comision vs. Consejo*, colección 1989, 1425.

cuenta actualmente a disposición del Consejo como una competencia comunitaria apenas en estado embrionario. La función atribuida a las recomendaciones como modelo e instrumento flexible de integración, juega un rol menos importante en cuanto a la resolución, ya que ésta carece de la posibilidad de desarrollar obligatoriedad jurídica, según lo establecido por la jurisprudencia del TJCE. A pesar de ciertos efectos indirectos, la resolución se caracteriza por estar concebida como una forma de acción autónoma y que, por lo general, no produce efectos vinculantes. Esto contribuye a la utilización de esta forma de actuación que muestra un alto porcentaje en el derecho vigente cuando se le compara con otros tipos de actos. La resolución, en su forma de utilización actual, se ha salido de los ámbitos marginales de competencias del Derecho de la Unión y se ha trasladado a los sectores clásicos. A través de ella, semejante a lo que ocurre con la comunicación de la Comisión, el Consejo dispone de un instrumento flexible para establecer compromisos y documentar opiniones públicamente, mas sin imponer obligaciones estrictas. Las resoluciones muestran las políticas que el Consejo desarrollará futuramente en un campo regulativo y en este sentido, constituyen un medio irrenunciable para alcanzar un derecho consolidado en esas áreas (107). De esta manera, las resoluciones tienen la función esencial de facilitar y legitimar las actividades legislativas futuras del Consejo en un estadio temprano de su desarrollo político.

#### f) *Singularidades*

La variedad empírica de denominaciones es mayor que la que se cubre con las nueve categorías seleccionadas. De todos modos, apenas 19 de los 500 actos, es decir el 4 por 100, quedan fuera del esquema. Cerca de la mitad de estos actos son dictados por los órganos legislativos regulares. En razón de la heterogeneidad de este grupo, resulta difícil hacer una tipología y las afirmaciones sobre la periodicidad de los casos individuales sólo pueden hacerse bajo reservas. Sin embargo, pueden identificarse 3 grupos: en primer lugar, pueden encontrarse tipos especiales previstos en los Tratados o manifestaciones cercanas a éstos (7 actos), en cuyo caso no existen problemas para su sistematización.

Un segundo grupo lo constituyen los actos no vinculantes que asumen la forma de recomendaciones, dictámenes o resoluciones, en los cuales la pluralidad de las formas de actuación anteriormente mencionadas es un factor de peso. Por otra parte, se puede constatar que la inflación en las denomina-

(107) BALDWIN (cita al pie núm. 83), 227.

ciones para los actos no vinculantes solamente afecta a un número cuantitativamente marginal. Ciertas particularidades del perfil dogmático se observan únicamente en las comunicaciones de la Comisión (2 actos de la muestra al azar). Ocasionalmente los actos con esta denominación cumplen la función de disposiciones administrativas dictadas por la Comisión a fin de comunicarse con las autoridades de los Estados miembros, en el caso de que no pueda o no quiera dictar reglas obligatorias (108). De manera que en la práctica, desde los años ochenta, se nota un incremento de las comunicaciones a los Estados miembros donde la Comisión explica su noción de los deberes impuestos a los Estados, resultantes del derecho vigente (109). Una mayor relevancia tienen las comunicaciones en las áreas donde la Comisión posee la competencia para dictar decisiones vinculantes en casos particulares, como es el caso del derecho de competencia. No obstante, una revisión sobre el acervo de las ayudas en su variada gama de comunicaciones, circulares, orientaciones, directivas, directrices comunitarias y Códigos (110) dan al mismo tiempo la impresión de que la «disposición administrativa» de la Comisión todavía se encuentra lejos de pasar de ser una forma de actuación enmarañada, a una que cuente con perfiles nítidos.

Resta un tercer grupo de actos cuyo único denominador común es la problemática que causa su calificación. En casos particulares, el derecho vigente conoce ejemplos donde no se comprende o se duda jurídicamente del ejercicio de una competencia calificada del órgano con relación al acto. Para un ordenamiento jurídico tan amplio, este fenómeno con cerca del 1 por 100 del derecho existente, no representa un peligro real para la racionalidad del sistema de los actos. Estas lamentables apariciones (tipos de actos) son consecuencia de la decisión fundamental del derecho primario de adoptar un sistema de actos abierto al desarrollo, que está unido necesariamente a una cierta difusión en ámbitos marginales.

---

(108) Hay que diferenciarlas de las directivas internas dictadas por la Junta de Comisarios o por un solo Comisario para dirigir las oficinas subalternas. En este sentido, STJCE 148/73 — *Louwage vs. Comisión* colección 1974, 81, marginal 11/18.

(109) J. GUNDEL: «Rechtsschutz gegen Kommissions-Mitteilungen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts», *EuR*, 1998, 90, 93, 97, el régimen jurídico es igual al de las *circulaires interprétatives* del derecho administrativo francés.

(110) COMISIÓN EUROPEA: *Dirección General de competencia, derecho de competencia en las comunidades europeas*, Vol. II A (Reglas de la competencia para ayudas de los Estados), 1999.

### 3. *Los órganos legislativos — la pluralidad de legisladores*

La percepción de la falta de estructuración del derecho derivado de la Unión Europea no se debe exclusivamente a la diversidad de sus formas de actuación. Al menos en la misma medida, contribuyen también a generar esta percepción tanto la carencia de adscripción de un tipo de acto a un órgano, así como el hecho de que sólo en algunos casos existe una relación jerárquica entre los distintos órganos legislativos. En este aspecto también se diferencia considerablemente el ordenamiento jurídico de la Unión de la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, en los cuales se evidencia una atribución estricta de un tipo de acto a un órgano, al igual que un orden jerárquico entre los órganos, posibilitando su estructuración (111). Empero, ante la urgencia de reformas contundentes debe constatararse ante todo cómo es en realidad actualmente la práctica legislativa de los diversos órganos, cómo están dichos órganos entrelazados mediante el derecho primario de la Unión y dónde exactamente se encuentran los problemas.

#### a) *La importancia y el contenido declaratorio de la "organicidad" en el Derecho de la Unión*

Partiendo de la estadística, la siguiente presentación relativa a la pluralidad de legisladores en el Derecho de la Unión se basa en la categoría de órgano. Este planteamiento requiere una explicación detallada, debido a que la atribución a un determinado ente de la cualidad de "órgano" describe una operación jurídica compleja y parcialmente sigue reglas diferentes a lo que ocurre con el término «responsabilidad», en la percepción política común o en el análisis de la ciencia política referido a los actores. En principio, para el sistema jurídico de la Unión es típica una atribución en dos niveles: un acto jurídico se le imputa primeramente al órgano y a través de éste a la Unión Europea, como poder público (112). Esta circunstancia se refleja en que los actos jurídicos señalan al órgano responsable en el título, en el preámbulo y en la firma.

---

(111) Una visión general del derecho comunitario en v. BOGDANDY (cita al pie núm. 30), 153 ss., 226 ss.

(112) No sólo por la identidad de las estructuras de atribución y legitimidad de los órganos de actuación bajo todos los Tratados, es por lo que este estudio sigue la tesis unitaria, según la cual las Comunidades como organizaciones están fusionadas con la Unión (*supra* cita al pie núm. 15); de acuerdo a otra opinión, el poder público lo ostenta la Comunidad Económica, mientras los órganos actúan bajo el Tratado CE.

## aa) Organicidad y régimen de protección jurídica

La falta parcial de acoplamiento entre la organicidad desde el punto de vista jurídico y la percepción política común, surge de la función más relevante de la práctica jurídica, a saber: de la atribución de los actos a los órganos (es decir, la función de estructurar el régimen de control jurídico de la Unión). Esta función sirve en primer lugar para la identificación del objeto de las demandas de impugnación admisibles y con eso, de los actos que puedan ser declarados nulos por el TJCE conforme al art. 231 CE (113).

En segundo lugar, la función estructuradora del concepto de órgano para el sistema de protección jurídica, encuentra su expresión particular en el campo del derecho procesal. En efecto, en todas las demandas directas se define la legitimación pasiva a partir del órgano (114), lo cual atiende a una competencia del órgano para el ejercicio procesal en nombre propio. Esta autonomía procesal del órgano repercute en la responsabilidad sobre las consecuencias de la sentencia. El art. 233 apdo. 1 CE se dirige a los órganos «de los que emana el acto anulado» y que los obliga a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. De manera que el órgano de promulgación es jurídicamente responsable más allá del período de vigencia de un acto jurídico. En relación a la función de protección jurídica debe afirmarse pues, que el Tribunal ha desarrollado un sistema de control de legalidad a través de los preceptos de los Tratados, que maneja la pluralidad de legisladores de manera adecuada para el estado de derecho.

## bb) Organicidad y responsabilidad política

Junto a la responsabilidad jurídica, la organicidad determina también la responsabilidad política. El órgano que promulga el acto es en primera línea el que da cuenta frente a la opinión pública democrática acerca de las consideraciones que condujeron a la adopción del acto (*accountability*) y es el que asume la responsabilidad por las consecuencias que se derivan del mismo (*responsibility*). Este acoplamiento, que incluye la responsabilidad jurídica y política, se funda en el poder de disposición sobre el contenido de un acto. En este orden de ideas, el acto jurídico implica la unidad de los consideran-

(113) Esto vale *mutatis mutandis* también para el régimen de control establecido en el art. 234 apdo. 1 *lit. b* CE.

(114) STJCE 18/75 — *Schmitz/CEE*, colección 1964, 175, 202; STJCE 102/63 — *Boursin/La Alta Autoridad*, colección 1964, 1471, 1501; STJCE 307/85 — *Gavanas vs. Consejo y Comité Económico y Social*, colección 1987, 2435, marginal 3-9; Ch. KOENIG/C. SANDER: *EG-Prozessrecht*, marginal 273.

dos y de la parte dispositiva del acto (115). El deber de fundamentación del art. 253 CE establece una obligatoriedad de la justificación pública, además de asegurar el control judicial de la legalidad (116). Frente a esa responsabilidad política expresa del órgano que dicta el acto, los órganos que sólo han colaborado en las actuaciones preparatorias de la producción de ese acto jurídico son responsables en un segundo plano, aún cuando sus actuaciones (en la forma de propuestas o dictámenes) sean pasos intermedios necesarios en el proceso de promulgación del acto. De todos modos, el art. 253 CE exige que se señalen las contribuciones obligatorias de los otros órganos, lo que expresa una división, pero también una graduación clara de la responsabilidad política (117).

La creación del derecho contemporáneo se realiza de forma cooperativa en los sistemas nacionales por lo general mediante una pluralidad de órganos constitucionales (118). Esto se traduce de manera aún más acentuada en el derecho de la Unión, cuyo proceso legislativo exige generalmente una interacción entre los órganos y no ordena una separación de poderes, sino más bien una intensa cooperación entre los poderes. En estas situaciones, se atribuye el acto al órgano, que entre los órganos participantes en el proceso legislativo, hubiese podido modificar el texto de la norma en última instancia.

El Derecho de la Unión también se sujeta a esta regla de la «imputación al órgano» incluso después de la incorporación del procedimiento de codecisión. El Tratado de la CE menciona los actos creados siguiendo el procedimiento de codecisión del art. 251 CE como «actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo» (art. 230 apdo. 1 CE); o como actos dictados «por el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente» (art. 249 apdo. 1 CE). Ello encuentra su justificación en el hecho de que sólo en el procedimiento de codecisión ambos órganos pueden forzar la ejecución de un proceso de facilitación y pueden evitar la realización de un acto en caso de que no haya acuerdo definitivo. Al establecer una vinculación entre la actuación final de un órgano (la cual determinaría el contenido del acto) y la responsabilidad orgánica, el derecho de la Unión dispone de un criterio

(115) STJCE 131/86 — *Gran Bretaña vs. Consejo*, colección 1988, 905, marginal 36 s.; STJCE C-137/92 P — *Comisión vs. BASF*, colección 1994, I-2555, marginal 67 («una totalidad indivisible»).

(116) STJCE 45/86 — *Comisión vs. Consejo*, colección 1987, 1493, marginal 5; STJCE C-41/93 — *Francia vs. Comisión*, colección 1994, I-1829, marginal 34; STJCE C-233/94 — *Alemania vs. Consejo y Parlamento*, colección 1997, I-2405, marginal 25.

(117) La inseguridad del estatus de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también se observa en el hecho que ni en el texto se nombra al órgano responsable de la Carta ni hace referencia a las actuaciones preparatorias.

(118) V. BOGDANDY (cita al pie núm. 30), 8, 149.

eficiente para determinar al mismo tiempo la responsabilidad política y la responsabilidad jurídica que rigen en el proceso de creación normativa. En el caso del procedimiento de codecisión se logró un convincente progreso con la doble atribución al Consejo y al Parlamento.

Sin embargo pueden mencionarse constelaciones en las cuales la responsabilidad política y jurídica se separan de un modo problemático. Éste es el caso cuando los fundamentos jurídicos correspondientes dotan a los órganos que colaboran con las actuaciones preparatorias a la promulgación, con posiciones de procedimiento tan fuertes, que la sola mención del último órgano decisor como autor del acto no permite establecer con claridad la responsabilidad política que se le atribuye.

Se pueden identificar dos constelaciones típicas de corresponsabilidad encubierta de un órgano que no dicta el acto: primero, el derecho exclusivo de la Comisión para iniciar un proceso de creación legislativa y segundo, el requisito de una aprobación activa para un texto propuesto.

En este punto se evidencia una debilidad que debe ser analizada en relación con la ventaja que produce esta solución para un régimen de control transparente. La asignación de la organicidad permite una atribución cierta de la responsabilidad jurídica y evita confusión por parte de los ciudadanos respecto a contra cual órgano proceder. Lo contrario implicaría la creación de un «espejismo» (es decir, una multiplicidad incierta de potenciales demandados), lo cual sería a duras penas tolerable por el estado de derecho de la Unión.

#### b) *Los tres órganos legislativos regulares*

Teniendo en cuenta la mencionada relativización de la imputación a los órganos, se presentan seguidamente las posiciones de los diferentes órganos en el inventario del derecho vigente. En primer lugar interesan los tres órganos legislativos mencionados en el art. 249 apdo. 1 CE (119).

---

(119) Exactamente debería decir: dos órganos y una combinación de órganos. Para simplificar las cosas se debería hablar de los órganos legislativos, cuando se trate de la tríada formada por la Comisión, el Consejo y el Parlamento y el Consejo. Solamente en casos aislados, los Tratados prevén fundamentos jurídicos para actos que están atribuidos exclusivamente al Parlamento y esto ocurre generalmente, cuando están relacionados con las competencias de autoorganización (arts. 190 V, 193 I, 195 I u. IV, 199 EG).

aa) El "efecto de cierre" del art. 249 apdo. 1 CE en relación a los órganos

La Comisión, el Consejo, así como el Consejo y el Parlamento conjuntamente, están representados en la muestra al azar con un total de 449 de los 500 actos de la misma. La relación de ese núcleo del Derecho de la Unión con los actos de las restantes instancias legislativas es de 9 a 1, de manera que este claro predominio corresponde al mandato legislativo que el art. 249 ICE le confía precisamente a esos órganos. No obstante, el art. 249 CE consagra expresamente sólo las formas de actuación mencionadas *supra*, aun cuando ya se indicó que el quinteto de actos de dicho artículo sólo abarcan el 71 por 100 del derecho vigente, es decir, 357 de 500 actos. La tabla siguiente ilustra la capacidad orientadora del art. 249 CE en cuanto a la práctica legislativa.

CUADRO 3

	Órganos art. 249	Órganos fuera del art. 249 CE	Σ
Tipos de actos art. 249 CE	354 (71%)	3 (1%)	357 (71%)
Tipos de actos fuera del art. 249 CE	95 (19%)	48 (10%)	143 (29%)
Σ	449 (90%)	51 (10%)	500 (100%)

En este punto resulta interesante la comparación del cuadrante superior izquierdo con el cuadrante superior derecho. La combinación de los actos dictados bajo las cinco formas previstas en el art. 249 y que emanan de los órganos legislativos regulares, comprende prácticamente todos los actos, ya que una totalidad de 354 actos (70 por 100) del derecho documentado se publican en el marco de aplicación del arts. 249 ss. En el caso de las otras formas de actuación marginales que enturbian el cuadro, se trata de tres recomendaciones de un Consejo asociativo, o sea, de la Comisión administrativa de los trabajadores migrantes. Para el caso de los dictámenes y para los demás actos (muy importantes desde la perspectiva democrática y jurídica) como son el reglamento, la directiva y la decisión, se observa que el 100 por 100 de ellos emanan de los órganos mencionados en el art. 249 ICE. Este hallazgo empírico tranquiliza, ya que significa que en la práctica se respeta el criterio científico-jurídico sobre el hecho de que el art. 249 desarrolla un

“efecto cierre” (120) frente a otros órganos, es decir, los excluye de su catálogo de los tipos de actos.

El cuadrante inferior izquierdo indica la dimensión en que los órganos legislativos regulares utilizan formas de actuación al margen del catálogo del art. 249 CE (19 por 100 del derecho vigente). Se trata ante todo de decisiones atípicas («Beschlüsse»), acuerdos y resoluciones, así como otros actos en las formas especiales del Tratado de la UE. El cuadrante inferior derecho se refiere a las demás instancias legislativas al igual que a la combinación de órganos, el cual abarca el controvertido derecho complementario y los acuerdos mixtos.

#### bb) La lenta parlamentarización del ordenamiento jurídico

El notable e irritante escaso porcentaje de los actos jurídicos dictados conjuntamente por el Parlamento y el Consejo (apenas el 1 por 100 del derecho vigente) está, sin embargo, en una clara relación de tensión con las expectativas que ha despertado la dinámica político-constitucional de las modificaciones de los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza referida a la ampliación, paso a paso, del ámbito de aplicación del procedimiento de codecisión. La cooperación entre los tres órganos legislativos, de conformidad con el procedimiento del art. 251 CE, en general vale hoy como el centro de la legislación supranacional según el método comunitario (121) y puede ser entendido como un pilar esencial de la constitucionalidad democrática de la Unión (122).

Ante ese trasfondo debe aclararse qué factores han impedido la repercusión más contundente de los actos parlamentarios conjuntos en el derecho vigente. En primer lugar debe destacarse que el procedimiento de codecisión se introdujo solamente para los procesos normativos que tuvieran su fundamento jurídico directamente en los Tratados. El punto de referencia que debe ser seleccionado para una comparación verdaderamente valiosa son las competencias establecidas directamente en los Tratados. Estos actos conjuntos fueron publicados bajo una variable especial de «rango»: su número en la muestra al azar corresponde a 134 de un total de 500 actos (123), de los cua-

(120) GRABITZ/HILF (cita al pie núm. 66), marginal 17 sobre el art. 189 TCE.

(121) COMISIÓN EUROPEA: *Gobernanza de la Unión Europea* (cita al pie núm. 36), 8; SCOTT/TRUBECK (Cita al pie núm. 86), 1 s.

(122) CEDH, Sentencia del 18-2-1999 — «Matthews vs Reino Unido», *EuGRZ*, 1999, 200, sobre esto J. BRÖHMER: «Das Europäische Parlament: Echtes Legislativorgan oder bloßes Hilfsorgan im legislativen Prozess?», *ZEuS*, 1999, 197; K. MUYLLE: «Is the European Parliament a “Legislator”?», *European Public Law*, 6 (2000), 243, 249.

(123) Un resumen relativo a los órganos restantes *infra* en la Tabla 4.

les solamente un 4 por 100 de los mismos fueron dictados siguiendo el procedimiento de codecisión.

Un segundo factor limitante está relacionado con la dimensión temporal. En virtud de que el procedimiento de codecisión se ha aplicado apenas desde la entrada en vigencia del Tratado de Maastricht el 1 de noviembre de 1993, para la comparación y a los efectos de evaluar el futuro desarrollo, sólo deben tomarse en consideración los actos jurídicos dictados en el período 1993-1997 que se corresponden con el informe del derecho vigente para ese momento; es decir, un total de 244 actos de la muestra que representan un 49 por 100. Si se combina dicha dimensión temporal con la cantidad de los actos que tienen su fundamento jurídico directamente en los Tratados, se disminuye significativamente el número a 42 actos, de manera que la porción de los actos dictados conjuntamente por el Consejo y el Parlamento alcanzan en ese grupo un 12 por 100. Así resulta que, aun utilizando la anterior referencia a los actos dictados con fundamento directo en los Tratados, el procedimiento de codecisión sólo tuvo aplicación en una décima parte de los proyectos legislativos que fueron emprendidos desde la incorporación del art. 251 CE (124). Después de cuatro años de su inclusión, el procedimiento de codecisión únicamente ha podido tener una influencia limitada sobre la totalidad del Derecho de la Unión. Evidentemente, la parlamentarización del poder público europeo logra apenas lentamente abrirse campo en el inventario del ordenamiento jurídico existente.

Naturalmente, para hacer una evaluación del desarrollo futuro hay que considerar que para el momento de la publicación, el procedimiento de codecisión todavía no se había aplicado durante un período legislativo completo (125). Si se considera la duración inicial del procedimiento en un promedio de 24 meses, se disminuye nuevamente el período en el cual puede encontrarse el ingreso de nuevos actos jurídicos en la estructura del derecho de la Unión. Además, la utilización del procedimiento de codecisión ganó claramente dinamismo incluso antes de la entrada en vigencia del Tratado de Ámsterdam (126). En qué medida todos estos factores así como las innova-

(124) De la base de datos disponibles no puede determinarse la participación de los tres órganos legislativos en los actos modificadores. Si un acto dictado en el procedimiento de codecisión modifica un acto dictado por el Consejo, para la asignación del órgano se sigue tomando al Consejo como el órgano que dictó el acto.

(125) A. MAURER: *Co-Governing After Maastricht: The European Parliament's Institutional Performance 1994-1999*, 1999, 32. A través del cambio del procedimiento de cooperación por el procedimiento de codecisión se agudizó aún más la lentitud del proceso legislativo, *ibid.*, 33 ss.

(126) Ver las cifras citadas por A. MAURER: *What next for the European Parliament*, 1999, 24.

ciones del Tratado de Ámsterdam pueden traducirse en un aumento considerable del porcentaje de actos dictados según el art. 251 CE, debe analizarse en una investigación posterior. Como un adelanto a dicha investigación, se revisaron a título de ejemplo las directivas que se promulgaron en el año 2000 y los órganos que las dictaron, lo cual evidenció que de las 40 directivas que se incorporaron en el Repertorio 2001, 22 de ellas fueron dictadas por el Parlamento y el Consejo de manera conjunta, 12 provenían de la Comisión y sólo 6 fueron dictadas por el Consejo (127). En las directivas más recientes, basadas directamente en los Tratados, el procedimiento de codecisión se ha afianzado ya como el proceso legislativo estándar y estos números corroboran la tesis de que la importancia de este procedimiento de codecisión ha experimentado un fortalecimiento significativo a través del Tratado de Ámsterdam.

cc) La legislación del Consejo y de la Comisión: una división de poderes muy particular

Los dos actores dominantes en la legislación son la Comisión (con 251 actos) y el Consejo (con 193 actos), lo que corresponde a una proporción de 57 a 43. Este hallazgo choca con la opinión generalizada de que el Consejo es el principal órgano legislador de la Comunidad, o sea, de la Unión (128). Como descripción de la realidad jurídica, esta denominación sólo puede tener validez cuando a ella le está asociada una declaración cualitativa de las normas dictadas por el Consejo, o cuando se tome como base otro concepto de legislación según el cual única o predominantemente valdrían como legislación ciertos actos jurídicos que son dictados por el Consejo (o conjuntamente con el Parlamento). En todo caso, no se puede utilizar directamente la categoría de tipos de actos para justificar dicha estrategia de definición política, tal como sin duda lo muestra la revisión del Cuadro núm. 1 en el cruce de las variables órgano y acto. En verdad, en la distribución de las formas jurídicas del Consejo y la Comisión aparece un perfil absolutamente característico, pues dentro de las cuatro formas principales de la normativa interna, el Consejo posee una preponderancia en las directivas y decisiones atípicas (Beschlüsse); mientras que la Comisión dicta un mayor número de reglamentos y decisiones que el Consejo. No obstante, si se contabilizan todos los actos que tienen esas formas, permanece el predominio de la Comisión, in-

(127) En total en el año 2000 se adoptaron 79 directivas, cfr. Informe General sobre la actividad de la Unión Europea, Cuadro 24. De éstas, 40 directivas están documentadas en el Repertorio 36 (del 1-1-2001), las restantes modifican directivas ya existentes.

(128) STREINZ (cita al pie núm. 26), marginal 249, 438.

cluso en una relación de 60 a 40; esto es, 215 actos frente a 134, sin tomar en consideración las decisiones de la Comisión dirigidas a los particulares (129). La suma de los reglamentos y las directivas como formas de actuación legislativa ampliamente reconocidas, da como resultado un reparto absolutamente igual entre el Consejo y la Comisión.

Para poder mostrar con precisión el perfil específico del derecho emanado del Consejo y la Comisión, se requiere analizar otros indicadores. La clasificación del derecho derivado adoptada según el rango del fundamento jurídico promete algunas orientaciones en este punto. En el siguiente Cuadro núm. 4, están considerados todos los reglamentos, directivas, decisiones dirigidas a los Estados y decisiones atípicas («Beschlüsse») dictadas por los órganos legislativos regulares. En razón de su rango inferior frente a los actos con validez general, se excluyeron las decisiones destinadas a los particulares.

CUADRO 4

	Fundamento jurídico directo en los Tratados	Fundamento jurídico derivado	Σ
Consejo	109 (81%)	25 (11%)	134 (100%)
Comisión	20 (9%)	195 (89%)	215 (100%)
Parlamento y Consejo	5 (100%)	—	5 (100%)
Σ	134 (100%)	220 (100%)	354

Primeramente se puede notar la extensión del “derecho habilitado”, ya que el 62 por 100 (220 de 354) de los actos que asumen las formas principales de la legislación interna son promulgados en base a un fundamento jurídico derivado. Dicho de otra manera: una clara mayoría del derecho derivado de la Unión se publica no según los procedimientos que están previstos en las normas competenciales de los Tratados, sino conforme a los criterios y procedimientos que están consagrados en los actos jurídicos del derecho derivado. En esto radica generalmente la clave para entender el Derecho de

(129) Cabe recordar que los actos jurídicos de la administración corriente dictados por la Comisión no son incluidos en el Repertorio.

la Unión, para el cual son típicas diferentes fases del proceso de concretización de las normas (Tratado-legislación directa de los Tratados-legislación habilitada).

El Cuadro núm. 4 también resulta muy ilustrativo para responder la pregunta relativa al perfil del Consejo y la Comisión, pues el Consejo domina de un modo inequívoco el derecho secundario en ejecución directa de los Tratados con un 81 por 100, mientras que la Comisión domina el derecho secundario habilitado con un 89 por 100. Queda entonces igualmente comprobado en la práctica, tal como lo pretende la norma central del derecho primario en materia del traspaso de competencias legislativas —el art. 202 CE— que la regla general es que los actos jurídicos del derecho habilitado son dictados por la Comisión. El alto porcentaje de la Comisión en el número de actos de derecho derivado de la Unión y por ende su rol como un importante órgano legislativo al lado del Consejo, obedece principalmente al ejercicio de las competencias legislativas transferidas. No obstante, su discrecionalidad está limitada en estos actos a través del respectivo acto habilitador y no puede concluirse que éstos posean un carácter ejecutivo (del derecho derivado de la Comisión), debido a que no se reproduce adecuadamente el momento de configuración (130). A simple vista se puede presumir, en relación a lo anterior, una constelación entre la ley parlamentaria y el reglamento gubernativo tal como se encuentra regulada bajo la Ley Fundamental alemana. Pero, teóricamente, hay que objetar este paralelismo ya que el derecho secundario en ejecución directa de los Tratados y el derecho secundario habilitado, no se encuentran recíprocamente como rangos de una jerarquía normativa debido a que solamente existe una relación jerárquica entre un acto jurídico habilitado frente al acto jurídico que le sirve de base (131). Además, empíricamente, la atribución a los órganos no es clara, puesto que existe legislación de la Comisión en ejecución directa de los Tratados (15 por 100 de este tipo) y legislación habilitada del Consejo (11 por 100); cantidades éstas que no puede decirse que sean marginales.

Los actos jurídicos de la Comisión que se basan directamente en el Tratado ascienden a un 9 por 100 de todos los actos internos de la Comisión, sin incluir las decisiones dirigidas a los particulares. Un factor relevante lo

---

(130) GTE-SCHMITT VON SYDOW: en (cita al pie núm. 52), marginal 69 en cuanto al art. 155.

(131) La consecuencia práctica de esto radica en que un acto jurídico habilitado puede modificar o anular todos los actos jurídicos restantes del derecho derivado cuando aquél está cubierto por una norma competencial en razón de la materia. Un modelo en el derecho nacional se encuentra en la delegación legislativa consagrada en las Constitución española y en la italiana. En detalle, J. BAST: «Handlungsformenlehre», en VON BOGDANDY (Ed.): *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin, 2003, págs. 479 ss.

constituyen en este caso las decisiones jurídicas relativas a los regímenes de ayudas con fundamento en el artículo 88 CE (11 actos). Sorpresivo es, sin embargo, que en los actos restantes dominan los reglamentos con un total de 6 actos. De singular importancia actual son los reglamentos que encuentran su fundamento legal en un acta de adhesión. Para superar el complicado problema de la adaptación del acervo comunitario al proceso de ampliación hacia nuevos Estados miembros, el constituyente en tiempos recientes ha regresado al concepto (arcaico sólo en apariencia) que faculta a la Comisión para dictar normas generales de derecho primario (132). Aun al margen del artículo 86 apdo. 3 CE no es de esperar que este concepto sobreviva en el futuro. Esto debe ser considerado por aquellas propuestas que pretenden organizar las competencias del órgano basándose en el ejemplo del artículo 80 apdo. 1 de la Ley Fundamental alemana (133), puesto que la falta de eficiencia del Consejo debe ser compensada.

Aún más sorprendente que la persistencia del derecho de la Comisión con basamento directo en los Tratados se manifiesta la dimensión del derecho derivado del Consejo, esto es, casos en los cuales el Consejo se reserva para sí mismo el ejercicio de las competencias ejecutivas, tal como lo formula el art. 202 CE. Con un volumen de 19 por 100 de todas las actuaciones del Consejo en las formas consideradas en este estudio, se oscurece el panorama en virtud de que el Consejo se conforma exclusivamente con medidas generales fundamentadas en los Tratados. En el caso de la legislación habilitada del Consejo, existen comunmente dos suposiciones: primero, que se trata de un sector muy particular como es el agrario y segundo, que se refiere a un fenómeno anacrónico de una etapa ya superada de la integración (134). Ambas presunciones no pueden ser confirmadas con base en los datos ofrecidos. Las tres cuartas partes de los actos de este tipo que aparecen representados en la muestra al azar provienen de los años noventa y sólo una minoría cercana a una cuarta parte procede del ámbito agrícola.

### c) *Singularidades*

Este estudio mencionó como actores legislativos en el Derecho de la Unión a los órganos del art. 249 apdo. 1 CE, al Banco Central Europeo y a la multiplicidad de gremios de cooperación. Junto a ellos existen los actos de

(132) SCHMITT VON SYDOW en (cita al pie núm. 52), 61; GRABITZ/HILF-VEDDER (cita al pie núm. 66), marginal 45 respecto al art. 49 UE.

(133) Cfr. WINTER (cita al pie núm. 3), 44 ss.

(134) GRABITZ/HILF-GILSDORF/PRIEBE (cita al pie núm. 66), marginal 5 y 9 sobre el art. 43 TCE.

derecho complementario de los Estados miembros. Vale decir que los actores que aparecen en el Repertorio no son los únicos, debido a que en él se contabilizan un 5 por 100 de actos imputables a la categoría de «otros». Esto parecería denotar una responsabilidad jurídica y política difusa del derecho vigente de la Unión Europea.

Sin embargo, cuando se analiza la situación detalladamente, se despeja la niebla. Un primer grupo está dado por combinaciones atípicas de los órganos actuantes, los cuales se ubican predominantemente en el área de las relaciones exteriores. Esta irregularidad se debe al limitado ámbito de competencia de la Unión y a la pluralidad de sus personalidades jurídicas (135). De manera que no se origina un problema especial al momento de establecer la responsabilidad, debido a que en esas combinaciones están involucrados los órganos principales de la Unión. Como un segundo subgrupo se encuentran algunos actos dispersos de los otros órganos principales y accesorios previstos en los Tratados.

Un tercer grupo de actos proviene de una sola institución que es la Comisión Administrativa de Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, basada en los arts. 80 y 81 del reglamento núm. 1408/71 (TCEE) y que se ocupa de las cuestiones administrativas e interpretativas de ese reglamento, a fin de lograr la coordinación del sistema de seguridad social. El TJCE ha defendido con tenacidad frente a dicha comisión su monopolio sobre la interpretación obligatoria de la legislación social consagrada en los reglamentos pertinentes, aplicando la jurisprudencia del caso *Meroni*. Por consiguiente, se desplaza el equilibrio institucional de los Tratados cuando el Consejo dota a la Comisión administrativa de una atribución para dictar actos jurídicos vinculantes en los casos de interpretación o concretización del reglamento 1408/71 (136). De allí que estas resoluciones de interpretación deban ser consideradas como actos jurídicos no vinculantes (137).

Mas las resoluciones y recomendaciones no vinculantes de la Comisión administrativa son cuantitativa y cualitativamente relevantes para el derecho social comunitario en razón de la complejidad de este campo jurídico (138).

(135) Sobre esto ver *supra* II.2.d).

(136) STJCE 98/80 — *Romano*, colección 1981, 1241, marginal 20; STJCE 21/87 — *Borowitz*, colección 1988, 3715, marginal 19; STJCE C-102/91 — *Knoch*, colección 1992, I-4341, marginal 52.

(137) En relación a la situación jurídica bajo el reglamento precursor (VORLÄUFER-VERORDNUNG) (TCEE) núm. 3 del Consejo, ver STJCE 19/67 — *Van Der Vecht*, Colección 1967, 445, 457: Las resoluciones de la comisión administrativa tienen «el rango de dictamen».

(138) Un resumen en A. SCHEUER: en LENZ (Ed.): *EG-Vertrag*, 2. Aufl., 1999, marginal 7 ss. zu art. 42 EG.

Para el sistema institucional, la legislación de la Comisión Administrativa constituye un problema, pues está en concurrencia directa con la Comisión y con los modelos estándares practicados por ella en la concretización normativa de los actos jurídicos comunitarios. La Comisión Administrativa de Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes debería ser valorada como un fenómeno excepcional sin carácter modelo (139), o incluso como un anacronismo dentro del sistema institucional de la Unión (140).

### III. SIMPLIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS — ANÁLISIS DEL POTENCIAL DE LAS REFORMAS

El análisis del derecho vigente reveló un alto grado de diferenciación, pero también —si se considera la evaluación actual— muestra sorprendentemente una clara estructuración. Lo fundamental es la distinción entre el derecho de la Unión producido por los órganos cuya validez se deriva de los Tratados de la Unión (derecho derivado) y el derecho complementario, que se trata de auténticos acuerdos internacionales celebrados entre los Estados miembros que pretenden favorecer la aplicación del derecho de la Unión. En el derecho derivado hay que diferenciar entre la legislación interna de los órganos y las medidas incorporadas en forma de derecho internacional. Estas últimas están constituidas ya sea por tratados internacionales que han sido incorporados al ordenamiento jurídico de la Unión mediante un acto explícito para ese propósito, o bien a través de decisiones atípicas «Beschlüsse» y recomendaciones de los gremios de cooperación, cuya competencia legislativa está consagrada en determinados acuerdos. El derecho interno de la Unión divide los actos jurídicos en vinculantes y no vinculantes. Los actos jurídicos vinculantes se clasifican en cuatro formas principales que son utilizadas por los tres órganos legislativos, como son el reglamento, la directiva, la decisión y la decisión atípica («Beschluss»). Los actos jurídicos no obligatorios se concentran en tres formas primordiales, aunque en la práctica, el dictamen está reservado para la Comisión y la resolución para el Consejo, mientras las recomendaciones pueden ser utilizadas por los tres órganos legislativos. En el marco de sus competencias, el BCE dicta además reglamentos, decisiones y resoluciones así como también emite dictámenes y recomendaciones. Mas esta estructura no abarca algunas formas o actos especia-

(139) Así, Louis (cita al pie núm. 2), 318 s.

(140) De conformidad con el Tratado de Niza, el (insignificante) art. 144 CE se sustituye y se faculta al Consejo para organizar un comité asesor para la protección social. Éste podría reemplazar a la comisión administrativa.

les previstos en los Tratados, particularmente las formas de actuación para los sectores específicos consagradas en el Tratado de la Unión Europea, así como en el Estatuto del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC). Se observan también algunas otras formas de actuación que únicamente producen efectos jurídicos en casos excepcionales.

¿Cuál es, entonces, el potencial de consolidación de esta estructura? Una respuesta constructiva podría ser focalizar el objetivo de la reforma (es decir, la transparencia) partiendo de dos perspectivas: por una parte, aumentar la claridad de las estructuras ya existentes y, por la otra, introducir modificaciones donde se evidencian déficits sustanciales. La simplificación no puede ser un fin en sí misma. Más bien lo que se necesita es un espectro de actos suficientemente diferenciado y complejo para poder alcanzar la producción legislativa multiforme que se espera de la Unión. La falta de diferenciación sólo tendría sentido allí donde no se produzcan distinciones jurídicas detrás de la pluralidad de denominaciones o de formas externas, o cuando la distinción jurídica no sea provechosa. El uso de formas particulares que se encuentren, sin necesidad, al margen del sistema general de las formas de actuación, debe verse con escepticismo. El hecho de que este tipo de formas de actuación abarquen diferentes campos, les da un significado esencial y justifica su categorización de manera independiente a las competencias. Si se quiere lograr hablar de una verdadera unidad del Derecho de la Unión, debe superarse la tendencia de usar o crear formas diferenciadas de actos según los diversos tipos de competencias y áreas políticas. En cambio, una distinción sí es requerida allí donde se escondan regímenes jurídicos divergentes bajo denominaciones idénticas, puesto que la capacidad para reconocer los efectos jurídicos que se derivan de un acto (dependiendo de su clasificación en la tipología de las formas de actuación) constituye un mandamiento fundamental para la seguridad jurídica.

### 1. *La tipología de los actos en el contexto del debate constitucional*

#### a) *Un tratado básico conciso y una ley orgánica*

Un primer plano de la discusión sobre la reforma afecta al derecho primario. Se ha promovido la elaboración de un Tratado básico conciso y el traslado de todas las estipulaciones no previstas en ese Tratado básico (141),

---

(141) Instituto Universitario Europeo de Florencia, Un Tratado base para la Unión Europea. Estudio sobre una posible reorganización de los Tratados. Informe final, 2000, se puede consultar en <http://www.iue.it/RSC/Treaties.html>; P.-Ch. MÜLLER-GRASS: «The Future of the European Treaties», en BOGDANDY/MAVROIDIS/MÉNY (Ed.): *European Integration and International Co-ordination. Liber amicorum Claus-Dieter Ehlermann*, 2002, 331.

así como de los actos especiales que tengan el rango de derecho primario a otro acto jurídico. De conformidad con algunas recomendaciones, dicho acto sería una ley orgánica siguiendo el modelo francés o el español, la cual se caracteriza por ocupar un nivel intermedio entre la Constitución y las leyes ordinarias (142). Sin necesariamente adherirnos a esa propuesta ni a la terminología utilizada, bajo una concepción político-constitucional compartimos el interés de dictar un Tratado básico y de introducir un tipo de acto (sujeto a dicho tratado) que cuente con un proceso de modificación sencillo (143). Esto debido a que una reforma es imprescindible para el futuro de la Unión. Un análisis sobre la complejidad total del tema, iría más allá de los márgenes de este estudio (144).

#### b) *Una ley europea en cuatro variantes*

En relación a la promoción de un acto en forma de ley (145), es de destacar en primer término que su incorporación representaría un acto de innovación constitucional, cuyo contexto sobrepasaría las formas de actuación existentes. Según la comprensión constitucional europea y conforme a la tradición teórica, la ley es un acto del soberano, del pueblo o de autodeterminación democrática (146). Bajo esta perspectiva no debería decidirse acerca de su incorporación dentro de las categorías de las formas de actuación de la Unión en un contexto estrecho de los tipos de actos. Desde el punto de vista político-constitucional y teniendo en cuenta la ciudadanía europea, defende-

(142) R. BIEBER/B. KAHIL: «Organic Law», in *the European Union*, en WINTER (cita al pie núm. 3), 423 ss.; WINTER (cita al pie núm. 3), 28 ss.

(143) Instituto Universitario Europeo de Florencia, Réformer les procédures de révision des Traités, Deuxième rapport sur la réorganisation des traités de l'Union européenne, remis le 31 juillet 2000 à la Commission européenne, puede consultarse en <http://www.iuc.it/RSC/Treaties.html>.

(144) En atención a los tipos de actos existentes se puede sostener, que una mezcla del derecho primario tomado del Tratado básico con el derecho creado por los órganos en base a actos configuratorios del derecho primario (por ej. la decisión sobre recursos propios conforme al art. 269 CE), exoneraría a la decisión atípica (Beschluss) de su función secundaria en el marco de las reformas autónomas del Tratado y sería reconocida más claramente como forma regular de actuación del derecho derivado.

(145) Categórico WINTER (cita al pie núm. 3), 30 ss., quien sugiere una variedad de denominaciones legales: «ley orgánica», «ley de ratificación», «ley de consenso», «ley mayoritaria», «ley presupuestaria».

(146) R. CARRÉ DE MALBERG: *La loi, expression de la volonté générale*, 1931; J. HABERMAS: *Faktizität und Geltung*, 1992; Ch. STARCK: *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970.

mos la introducción del concepto de ley para los actos jurídicos que se originan en el marco del procedimiento de codecisión. Sin embargo, si en principio no se quiere transformar el derecho secundario existente, esto debería hacerse siguiendo el modelo de relación entre ley y reglamento establecido por los arts. 34 y 37 de la Constitución de la Quinta República Francesa; los cuales contemplan que las leyes y los reglamentos de ejecución directa de la Constitución no se encuentran en una relación jerárquica, sino que están clasificados según los ámbitos de *competencia* (147). Esto correspondería a la relación actual entre los actos emanados del procedimiento de codecisión y los demás actos del derecho derivado de la Unión. Una solución sobre la jerarquización general exigiría una revisión completa, la cual, dada su improbabilidad, no será discutida en este trabajo (148).

Otras propuestas resultan aún menos convincentes, ya que desean introducir en el derecho de la Unión las teorías de la ley ya superadas en el ámbito estatal. Por ejemplo se ha recomendado utilizar la denominación de ley no sólo para la promulgación de medidas provenientes del proceso de codecisión. Más allá del procedimiento, lo que se exige es que la ley establezca únicamente los principios fundamentales o las reglas generales de la política perseguida (149). Una ley marco de este tipo sería, de conformidad con sus efectos jurídicos, una especie de reglamento estructurado según su densidad normativa, promulgado en base al procedimiento del art. 251 CE. Debido a que según la lógica del sistema resulta casi inimaginable incorporar este tipo de ley dictada bajo el procedimiento de codecisión como opción adicional a los tipos de actos existentes, esta propuesta conduciría a una restricción del ámbito de participación del Parlamento. Si el Consejo y el Parlamento conjuntamente pudieran dictar exclusivamente leyes en este sentido estricto, quedarían excluidas reglas con una densidad distinta a la de los reglamentos. Esto obedece a que se privaría al legislador, en el procedimiento de codecisión, de la oportunidad de actuar a través de otras formas como lo son las decisiones dirigidas a los Estados, la directiva y la resolución. Esta falta de diferenciación del espectro de los tipos de actos no sería conveniente.

Si se considera que el colegislador debe continuar disponiendo sobre la totalidad del espectro actual de las formas de actuación después de la incorporación de la ley como acto típico, entonces la *ley europea no debería ser*

(147) L. FAVOREU: «Rapport introductif», en *ibid.* (Ed.): *Le domaine de la loi et du règlement*, 2. Aufl., 1982, 25 ss.; R. JANOT: *L'origine des articles 34 et 37*, en FAVOREU (Ed.): *ibid.*, 61 ss.; más detalle en una perspectiva comparativa v. BOGDANDY (cita al pie núm. 30), 262 ss.; en cambio, a favor de una completa legalización, WINTER (cita al pie núm. 3), 44.

(148) Una revisión completa exige WINTER: *ibid.*

(149) H. HOFMANN: *Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2000; COMISIÓN EUROPEA: *Un proyecto* (cita al pie núm. 18), 23 s.

definida según un efecto propio, sino que debería sumarse a las formas de actuación vigentes. Nuestro planteamiento reza: adoptar *siempre* la denominación de “ley” como título de un acto jurídico cuando se dicten actos jurídicos vinculantes en el procedimiento de codecisión y mantener la diferenciación entre reglamento, directiva, decisiones dirigidas a los Estados y decisiones atípicas «Beschlüsse», de acuerdo a los efectos jurídicos que le sean atribuidos al acto respectivamente. La técnica jurídica aconseja que la consagración de la ley en el derecho primario no se haga en el art. 249 CE, sino que esta norma permanezca inalterada. Más bien, podría incorporarse en el art. 254 apdo. 1 CE una estipulación adicional en los siguientes términos: «Los actos jurídicos adoptados bajo el procedimiento contemplado en el art. 251 CE se denominarán “leyes”». Dichos actos se publicarían entonces como «Ley del Parlamento Europeo y el Consejo (reglamento núm. )» o «Ley sobre una directiva de armonización». Obviamente, no debe subestimarse la dinámica política que una denominación de esta naturaleza provocaría, la cual realmente en el campo jurídico sólo indicaría un determinado procedimiento de creación legislativa (150).

### c) *Superación de la estructura de los pilares*

Como se mencionó en el apartado II.2.e), la proliferación de los tipos de actos contemplados en los Títulos V y VI del Tratado de la Unión han menoscabado masivamente la transparencia y uniformidad estructural. Desde la perspectiva de la teoría de los actos cabe criticar tanto las formas de actuación originales del Tratado de la Unión Europea, así como el intento de reforma del art. 34 UE. Asimismo es recomendable mencionar aquí el potencial de simplificación que conllevaría el traslado de las políticas del Tratado de la Unión Europea hacia el ámbito de aplicación de los tipos de actos consagrados en el TCE. Esto valdría especialmente en relación al Título VI TUE en su versión post-Ámsterdam. Dicho traslado implicaría que en lugar

---

(150) Así, para los ciudadanos sería evidente, en qué medida el Parlamento Europeo, electo en comicios directos, es corresponsable del derecho vinculante de la Unión. A través de esto, también podría producirse adicionalmente una presión legitimatoria para extender el ámbito de aplicación del procedimiento de codecisión a todas las políticas. De acuerdo a la aprehensión cognoscitiva de este estudio, a esta exigencia no se le opone ningún punto de vista en cuanto a la efectividad, ni siquiera en el campo de la agricultura. Porque precisamente en este ámbito de extremada intensidad legislativa, hay solo una gama relativamente baja de legislación con fundamento directo en los Tratados que encontraría aplicación en el art. 251 CE. Igualmente, COMISIÓN EUROPEA: «Adaptar las instituciones para que la ampliación sea un éxito», COM. 2000 (34), 29.

de la decisión marco se tuviese que dictar una directiva. Asimismo, se «enterraría» a la ambigua “resolución” prevista por el art. 34 apdo. 2 lit. c UE, llevándose ésta consigo a la tumba el secreto de su naturaleza jurídica; lugar donde esperamos hayan encontrado descanso eterno las “medidas comunes” según el art. K.3 TUE. La exclusión, deseada políticamente, de medidas que afecten a los ciudadanos, podría seguramente ser garantizada con una restricción a la directiva como forma de actuación. Los acuerdos de los Estados miembros elaborados por el Consejo conforme al art. 34 II lit. d TUE podrían trasladarse como actos subsidiarios al nuevo campo del derecho primario y perdurar como derecho complementario especial.

La sola óptica de la teoría de los tipos de actos no es suficiente para atender el fenómeno de la proliferación. Las especificidades sectoriales del sistema de los actos del Tratado de la Unión Europea son expresión de la falta de consenso (hasta el día de hoy) de los Estados miembros en relación a la comunitarización de esas políticas. En comparación, la falta de disposición para lograr un sistema coherente de los tipos de actos parece ocupar un lugar secundario. Hasta tanto, los numerosos actos del art. 12 TUE continuarán siendo parte del sistema de las formas de actuación de la Unión. En este sentido, es comprensible la estrategia de la Comisión en centrar el interés de la reforma de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y de la Cooperación Policial y Judicial en materia penal (CPJP), no en la tipología de los actos, sino en las áreas de la coherencia institucional y de los procedimientos legislativos (151).

No deberían ignorarse los déficits y las posibles reformas de los actos estipulados en el Título VI TUE. Así, la exclusión de la eficacia directa de las decisiones marco y de las decisiones obligatorias para los Estados miembros (dictadas según el art. 34 UE) del derecho primario, merece una aclaración. Por una parte, en virtud de la especial sensibilidad del derecho penal en relación a los derechos fundamentales, es comprensible el por qué deban quedar excluidas las medidas de la Unión que puedan afectar directamente a los ciudadanos. Ahora bien, no resulta convincente por qué precisamente los ciudadanos que están sujetos al poder sancionatorio de los Estados, no pueden invocar ante sus Tribunales los derechos individuales derivados de los deberes que el Derecho de la Unión les impone a los Estados miembros. El delicado régimen legal de la directiva en relación a los bienes jurídicos individuales, está predestinado precisamente a ser desarrollado en ese sensible ámbito de los derechos fundamentales.

---

(151) COMISIÓN EUROPEA: *Un proyecto* (cita al pie núm. 18), 12 ss.

## 2. Mejoras en el marco del derecho primario vigente

### a) Autodisciplina vinculante de los órganos

Las siguientes propuestas de reforma están vinculadas a las grandes preguntas político-constitucionales sobre el futuro de la Unión. Mas de este estudio también resultan sugerencias de reforma que se relacionan estrechamente con los tipos de actos y presuponen pasos menos engorrosos. Los órganos de la Unión pueden incorporar importantes mejoras sin reformar los Tratados, sometándose a una estricta autodisciplina en cuanto a su práctica en la elección del tipo de acto. Estos pasos para lograr una autodisciplina que produzca transparencia deben ser establecidos pertinentemente en un acuerdo interinstitucional de carácter vinculante y en los reglamentos internos de los órganos legislativos.

En el ámbito de la legislación interna obligatoria se mejoraría decisivamente la situación, si los órganos formularan como regla general concentrarse en las cuatro formas de actuación principales como son el reglamento, la directiva, la decisión y la decisión atípica («Beschluss»). Los órganos deberían comprometerse a ajustarse a un catálogo de los actos con el cual puedan dominar su función legislativa y donde definan claramente las reglas que rigen su organización externa (152). Eso implica que la decisión atípica («Beschluss») debe encontrar un reconocimiento expreso como forma de actuación en los reglamentos internos. Aun cuando parezca deseable que la importancia de esta decisión atípica («Beschluss») se reconozca en el derecho primario, su consagración (incluso desde ahora) en el derecho derivado afianzaría el estándar de racionalidad ya alcanzado y evitaría reincidencias (por ejemplo en los programas referidos al presupuesto que se han dictado bajo la forma de resolución) (153).

La situación jurídica mejoraría igualmente si las costumbres existentes en el campo de los actos jurídicos no vinculantes se regularan en la forma anteriormente descrita. Con ello, además de ganar transparencia, se podría realizar una simplicación sustancial. Así, el Consejo debería formular solamente recomendaciones y resoluciones en el campo de los actos no vinculantes y renunciar a la utilización de denominaciones como declaración (en alemán “Erklärung”) o conclusiones. Esta fijación de un régimen único de nomenclatura es aplicable igualmente a la Comisión, lo que conduciría a que sus actuaciones se circunscriban a dictámenes y comunicaciones, ya que no

---

(152) En este sentido es insuficiente el art. 7 RI. Consejo (2000).

(153) Sobre la improcedencia de la misma, STJCE C-106/96 — *Gran Bretaña vs. Comisión*, Colección 1998, I-2729.

existe necesidad para ejecutar otras variantes. Principalmente, la Dirección General de Competencia, que opera de modo inflacionario con otras denominaciones, debería abandonar esta práctica que genera opacidad.

Más difícil de superar son los problemas de los diferentes efectos jurídicos para actos con la misma denominación. En primer lugar, hay que mencionar a la decisión atípica («Beschluss») que actualmente no sólo es usada por los órganos de la Unión y el BCE, sino también por los Estados miembros y por los gremios de cooperación para actos jurídicos vinculantes. En este punto es aconsejable incorporar otras denominaciones, a pesar de que no se dispone de una designación que se refiera a actos jurídicos obligatorios con la misma claridad. Además, las actuaciones en el derecho complementario se encuentran, en gran parte, al margen de una sistematización en el marco de los Tratados. Por ahora, la teoría de los tipos de actos debe aceptar la situación de que los efectos jurídicos de las decisiones atípicas «Beschlüsse» se desarrollan sólo a partir de la combinación de la denominación formal y del órgano que la dicte.

Por el contrario, resulta más fácil superar los déficits que origina el diverso significado sectorial del acto llamado orientación (también llamado en la práctica directriz). Desde la consagración en el derecho primario de la orientación obligatoria del BCE, según el art. 12.1 de los Estatutos del Sistema europeo de Bancos Centrales (SEBC), no debería emplearse más esta calificación para actos no obligatorios. Ello sugiere una modificación en el texto del art. 128 CE. Sin embargo, incluso sin esta reforma, el Consejo puede dictar las orientaciones de la política de empleo previstas en el art. 128 apdo. 2 CE (en la práctica reciben el nombre de Directrices para las políticas de empleo), adoptando la forma jurídica de la recomendación conforme al art. 249 apdo. 5 CE. Las medidas dictadas hasta ahora por la Comisión en las materias de cartel y ayudas estatales bajo la denominación de «directrices» deberían ser publicadas en el futuro únicamente bajo la forma de comunicación. El camino ya iniciado con el reglamento del Consejo núm. 994/98 debería seguirse consecuentemente en el campo del derecho de las ayudas de Estado, en el sentido de dictar cada vez más reglamentos habilitados de la Comisión en lugar de instrumentos de regulación menos rígidos. Para las orientaciones generales de carácter vinculante que dicta el Consejo en base al art. 13 de la UE no se vislumbra en estos momentos remedio alguno.

#### b) *Mejoras mediante medidas legislativas*

Existen determinados problemas que no pueden resolverse mediante la autodisciplina de los órganos, sino que éstos deben estar amparados en una norma especial competencial que los faculte a actuar legislativamente.

El primer ámbito afecta a la ya tardía simplificación institucional en cuanto a la eliminación de la Comisión administrativa para los Trabajadores Migrantes, cuyo origen se remonta a los primeros tiempos del derecho comunitario y que actualmente no tiene razón de ser. Con ello se resolvería también el problema relativo a las decisiones atípicas («Beschlüsse») de la Comisión administrativa [ver *supra* II.2.h)]. El reglamento núm. 1408/71 (CEE) debería ser modificado. Para satisfacer la irrefutable necesidad de coordinación, se debe crear una comisión de comitología, es decir, aprovechar la figura de la comisión asesora prevista en el art. 144 CE de la versión de Niza. Al mismo tiempo se le debe reconocer a la Comisión una determinada competencia ejecutiva más precisa. En caso de cuestiones sensibles, entraría en acción un procedimiento del comité normativo y la Comisión se debería limitar a adoptar dictámenes no vinculantes. Los que están llamados a lograr este paso de *institutional mainstreaming* («depuración institucional») son la Comisión, el Consejo y el Parlamento según el art. 42 CE. Otra posibilidad para la unificación y simplificación que pueden realizar los órganos legislativos sin necesidad de reformar los Tratados, consiste en la revisión del acervo del derecho complementario, que a pesar del desarrollo de las competencias de la Unión no ha sido incorporado en el derecho derivado. La revisión del antiguo derecho complementario y con ella, de la pregunta si detrás de esos actos todavía existe un interés regulatorio y de cuáles modificaciones son previsibles, contribuiría significativamente para aclarar el contenido del derecho vigente. El ingreso de nuevos Estados miembros, que tienen el deber de adoptar el derecho complementario, ofrece suficientes motivos para tal examen del ordenamiento jurídico.

### 3. *Sugerencias al Constituyente*

Otra necesidad de reforma puede ser resuelta sólo a nivel del derecho primario. Esta concierne a la protección del marco institucional uniforme de la Unión en conexión con la proliferación de gremios de cooperación creadores de derecho con fundamento en tratados de derecho internacional. Según los conocimientos actuales, no existen barreras convincentes para traspasar competencias mediante un acuerdo de la Unión (154). Incluso, esta situación jurídica no se corresponde con las restricciones desarrolladas por el Tribunal en cuanto a la transferencia de atribuciones a los órganos regulares según el art. 202 CE. El hecho de que el Tribunal no se haya visto hasta aho-

(154) A. V. BOGDANDY/J. BAST/F. ARNDT: «Handlungsformen im Unionsrecht», *ZaöRV*, 62 (2002), 77, 144-149.

ra en la necesidad de elaborar la respectiva doctrina a partir del principio del equilibrio institucional, no es razón para tranquilizarse. En el art. 300 CE se debió incorporar una cláusula que atendiera la complicada situación surgida a través de los deberes de derecho internacional, en la cual se excluyeran los trasposos de competencias demasiado amplios. Debería abrirse una discusión sobre si se quiere buscar orientación en el sentido de la jurisprudencia de los arts. 202 y 212 CE en cuanto a los elementos esenciales, o en la restrictiva doctrina *Meroni* relativa a la prohibición fundamental del traspaso de las decisiones discrecionales.

Por lo demás, al Constituyente únicamente se le puede pedir de manera general que no ponga en peligro la coherencia del sistema institucional mediante la creación de nuevos órganos legislativos en el derecho primario. Por ejemplo, una dirección equivocada fue la seguida con la creación del Comité Político y de Seguridad mediante el Tratado de Niza, al cual (según el art. 25 UE) el Consejo le puede transferir competencias de decisión en casos de operaciones de gestión de crisis.

Este estudio no tiene por objeto formular exigencias urgentes al Constituyente en el ámbito estricto de la tipología de los actos. De acuerdo con la lógica del sistema de los tipos de actos, el derecho derivado no requiere formas nuevas de actuación, ni siquiera la directiva marco como tipo de acto independiente, ni tampoco el regreso a una supuesta directiva «original», a cuyo régimen jurídico pertenece una determinada densidad jurídica.

La discusión que ha tenido lugar desde los años sesenta demuestra contundentemente, que la intensidad normativa admisible de un acto se precisa en función de las competencias y las reglas del ejercicio de las competencias y no puramente en función de la forma del acto. Frente a esto, la uniformidad del régimen jurídico de la directiva abarcando diferentes tipos de regulaciones y competencias, es una pretensión esencial de la Teoría de los tipos de actos. Sólo logrando la estabilidad del régimen jurídico de una forma de actuación se facilita su empleo como instrumento multifuncional.

Una codificación enumerativa de los tipos de actos en el plano del derecho primario está fuera de debate y tampoco parece deseable. Las desventajas que se derivarían de la adopción de un catálogo de los tipos de actos y de la exclusión de un desarrollo dinámico posterior pesarían demasiado. Además, hay que preguntarse si la ciencia jurídica dispone actualmente de suficientes conocimientos para poder elaborar, en su justa dimensión, un proyecto de codificación de semejante naturaleza.

#### 4. Tipología de los actos y capacidad futura de la Unión Europea

Resumiendo, podemos decir que en relación a la tipología de los actos llegamos en gran parte a la misma conclusión que en el campo de las competencias (155): existe una gama de posibilidades de mejoramiento en detalle, pero, en general, un análisis exacto no muestra graves debilidades en el sistema. Cuando se efectúa un estudio exhaustivo del derecho vigente y de la práctica jurídica se puede comprobar, con muy pocas excepciones, que existe una diferenciación adecuada para los problemas de la Unión y no una proliferación de actos carente de principios. Asimismo, el acceso al derecho vigente, aun cuando algunas veces represente un gran esfuerzo, parece estar suficientemente asegurado gracias a los medios electrónicos. El punto más trascendental donde se requiere una reforma urgente desde la perspectiva originaria de los tipos de actuación, es en la superación del estado deficitario de la situación jurídica producida por el art. 34 UE. También la situación jurídica en el ámbito de la PESC es insatisfactoria, sin embargo, en el contexto político actual hacen faltan alternativas claras que, en razón de la tipología de los actos, puedan incrementar el contenido de racionalidad de las medidas contenidas en el Título V TUE.

En relación a la capacidad futura de la Unión, lo determinante no es la reforma de los tipos de actos, ni tampoco la reforma del orden competencial vertical, sino que depende de la reforma de los órganos europeos. Para la superación de la crisis de aceptación de la Unión, así como para su democratización y su eficacia, es decisiva una configuración de las competencias horizontales de los órganos en el sentido de una delimitación de los poderes más clara y más funcional (pero no una *división* de poderes). El constituyente debería insertar al Consejo Europeo de un modo claro en el marco de la responsabilidad jurídica y política de la Unión y reducir su rol político; también debería convertir el procedimiento de codecisión en el proceso estándar de creación normativa; superar el carácter difuso de los consejos sectoriales y formular de manera más estricta la función de ejecución como competencia de la Comisión, eventualmente bajo la participación de los Estados miembros (comitología). Las grandes decisiones en materia de los tipos de actos, así como sobre la incorporación de la ley, deberían tratarse como consecuen-

---

(155) V. BOGDANDY/BAST (cita al pie núm. 14), 458; similar F. MAYER: «Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte», *ZaöRV*, 61 (2001), 577; M. P. CHITI: «Delimitación o reparto de competencias entre Unión Europea y estados miembros?», en GARCÍA DE ENTERRÍA/ALONSO GARCÍA (Ed.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, 2002, 69, und J. DíEZ-HOCHLEITNER: *El futuro del sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma*, *ibid.*, 85; DE WITTE/DE BÜRCA (cita al pie núm. 86).

cia de la reforma acerca de la división horizontal de los poderes. El derecho de las formas de actuación, cuya racionalidad hasta ahora ha sido reconocida sólo de manera incompleta, ofrece en principio una graduación adecuada y puede ser desarrollado hacia un sistema convincente, si se tiene una idea precisa de la dimensión de las reformas que se quieran llevar a cabo. El lema debe ser «evolución» —no ruptura del sistema y nuevo comienzo.