

LOS EFECTOS COLATERALES DE LA CONVENCION SOBRE EL FUTURO DE EUROPA EN LA ARQUITECTURA JUDICIAL DE LA UNIÓN: ¿HACIA UNA JURISDICCION AUTÉNTICAMENTE CONSTITUCIONAL EUROPEA?

Por RICARDO ALONSO GARCÍA
y DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN LA CONVENCION SOBRE EL FUTURO DE EUROPA Y LA AUSENCIA DE UN DEBATE GENERAL SOBRE LA ARQUITECTURA JUDICIAL DE LA UNIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y LA CONSOLIDACION DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO ORGANISMO RESOLUTORIO DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA.—III. LA INCORPORACION AL TRATADO DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, LA ADHESION DE LAS COMUNIDADES/ UNIÓN AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.—IV. LA SIMPLIFICACION DE LOS INSTRUMENTOS JURIDICOS DE LAS COMUNIDADES/UNIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO JURISDICCIONAL.—V. LA «COMUNITARIZACION» DEL TERCER PILAR Y SUS REPERCUSIONES JURISDICCIONALES.—VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿HACIA UNA JURISDICCION AUTÉNTICAMENTE CONSTITUCIONAL EUROPEA?

I. INTRODUCCIÓN: LA CONVENCION SOBRE EL FUTURO DE EUROPA Y LA AUSENCIA DE UN DEBATE GENERAL SOBRE LA ARQUITECTURA JUDICIAL DE LA UNIÓN

El Tratado de Niza tuvo, como es sabido, un claro objetivo: preparar a la Unión Europea para las futuras ampliaciones, abordando la reforma al respecto frustrada en Amsterdam.

Se trata, pues, de un Tratado cuya finalidad esencial fue garantizar la operatividad de una organización compuesta en un futuro no lejano por vein-

tisiete miembros (1), asumiendo de antemano, en términos generales, su *statu quo*, y posponiendo el auténtico debate de fondo sobre su posible evolución política a la Conferencia Intergubernamental que las propias negociaciones de Niza previeron para 2004, según reza la *Declaración sobre el futuro de la Unión Europea* aneja al Acta Final, que incluyó entre las cuestiones a abordar: «1) la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que refleje el principio de subsidiariedad; 2) el estatuto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza, de conformidad con las Conclusiones del Consejo Europeo de Colonia; 3) la simplificación de los Tratados con el fin de clarificarlos y facilitar su comprensión sin modificar su significado; 4) la función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura judicial europea».

Este acuerdo en Niza acerca de una nueva CIG en 2004 se acompañó de un compromiso implícito de aproximar las discusiones sobre el futuro de la Unión a la ciudadanía (2), superando el tradicional método de negociación intergubernamental en el que las reformas operan «de arriba abajo» a puerta cerrada (3).

De ello hizo eco el Consejo Europeo de Laeken (14 y 15 de diciembre de 2001), el cual, ampliando y generalizando el debate en términos de democra-

(1) La Comisión, el 9 de octubre de 2002, recomendó la adhesión de Chipre, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia, con vistas a su entrada en la Unión en el año 2004. El Consejo Europeo de Copenhague de 12 y 13 de diciembre de 2002 ha refrendado esta posición, fijando el 1 de mayo de 2004 como fecha para la incorporación de los diez mencionados Estados. Con algo más de retraso, alrededor del año 2007, se calcula la incorporación de Bulgaria y Rumanía. En cuanto a Turquía, se prevé la apertura de las negociaciones sobre su adhesión en diciembre de 2004, siempre y cuando el Consejo Europeo, sobre la base de un informe y una recomendación de la Comisión, considere satisfechas las condiciones políticas fijadas también en Copenhague, en 1993, que deben cumplir los Estados candidatos, centradas en torno a la estabilidad de unas instituciones capaces de garantizar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos, y el respeto y protección de las minorías.

(2) Que aflora en la *Declaración relativa al futuro de la Unión Europea*, en cuyo punto 3 puede leerse: «En 2001, las Presidencias sueca y belga, en colaboración con la Comisión y con la participación del Parlamento Europeo, favorecerán un amplio debate con todas las partes interesadas: los representantes de los Parlamentos nacionales y del conjunto de la opinión pública, tales como los círculos políticos, económicos y universitarios, los representantes de la sociedad civil, etc.»

(3) «As a concept, wide-ranging open debate over Europe's future is unprecedented in the history of decision-making in the EU. The Union has, by contrast, been thought to function as a top-down project, where decisions, particularly those leading to treaty amendment, are taken behind closed doors» (HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION: *The Convention on the Future of Europe*, Session 2001-2002, 30th Report, par. 26).

cia, transparencia y eficiencia en la Unión (4), lo convirtió en un auténtico proceso materialmente constituyente (de hecho, se llegó a incluir en el debate el examen acerca de «si la simplificación y reorganización de los Tratados —de las Comunidades y de la Unión— no debería conducir a plazo a la adopción de un texto constitucional»).

Como nota característica de este proceso, el mismo Consejo de Laeken, sobre la base del aplaudido modelo (5) seguido en la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (6), encargó la preparación de la CIG de 2004 a una Convención (7) integrada por representantes de los Gobiernos y los Parlamentos nacionales, del Parlamento Europeo y de la Comisión, constituida el 28 de febrero de 2002 bajo la Presidencia de Giscard d'Estaing, con Amato y Dehaene como Vicepresidentes, y cuya dinámica, más que su composición, ha venido manifestando una flexibilidad extraña al método de la Conferencia Intergubernamental.

Con el objeto de abordar el amplio mandato contenido en Laeken, la *Convención Sobre el Futuro de Europa*, que deberá presentar unas conclusiones en el Consejo Europeo de Tesalónica de junio de 2003 (8) destinadas a servir de arranque para las negociaciones intergubernamentales de 2004 (9), ha venido funcionando dividida en Grupos de Trabajo.

(4) La *Declaración de Laeken* planteó 54 preguntas distribuidas bajo 4 rúbricas, a saber: un mejor reparto y distribución de las competencias en la Unión Europea; la simplificación de los instrumentos de la Unión; más democracia, transparencia y eficiencia en la Unión; y el camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos.

(5) Cfr. HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION: *EU Charter of Fundamental Rights*, Session 1999-2000, 8th Report, par. 152; también F. DELOCHE-GAUDEZ: «The Convention on a Charter of Fundamental Rights: A Method for the Future?», *Research and Policy Paper*, núm. 15, Notre Europe, 2001.

(6) Cfr. por todos A. RODRÍGUEZ BEREIJO: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Servicio de Imprenta de la Universidad Autónoma de Madrid, 2000.

(7) Cfr. HOFFMANN, *The Convention on the Future of Europe - Thoughts on the Convention-Model*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/021101.html>.

(8) Según la *Declaración de Laeken*, los trabajos de la Convención debían concluir en el plazo de un año, i.e. en marzo de 2003, posteriormente ampliado a junio por el Consejo Europeo de Copenhague tras las quejas de la Presidencia: cfr. *Giscard Admits Rift with EU Leaders over Timetable*, <http://www.euobserver.com/index.phtml?sid=18&aid=6796>.

(9) La fórmula es bien sencilla: la Convención prepara y la Conferencia Intergubernamental decide. Pero ello no resta importancia «constituyente» a la Convención, como demuestra el hecho de que los Gobiernos nacionales hayan ido incorporando (algunos ya desde los inicios) como representantes en ella miembros destacados del espectro político tanto nacional como europeo, concretando así una suerte de «principio de precaución intergubernamental». En efecto, contrastado con la composición de la Convención encargada de trabajar en la Carta, integrada principalmente por académicos y técnicos, el marco de la *Convención Sobre el Futuro de Europa* está condicionado por la presencia netamente política de sus miembros, reforzando la legitimidad y apoyo que en el futuro derivarán de unas conclusiones que, al mismo tiempo y desde la

En un primer momento (concretamente, en la Sesión plenaria de 6 de junio de 2002) fueron constituidos seis Grupos, dedicados al análisis del desarrollo y articulación del principio de subsidiariedad, la incorporación en el Tratado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el reconocimiento de personalidad jurídica a la Unión y la posibilidad de una fusión entre ésta y las Comunidades Europeas, el papel de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea, las funciones de las competencias complementarias, y la gobernanza económica de las Comunidades/Unión. Posteriormente, en la Sesión de 11-12 de julio, se crearon los Grupos en materia de acción exterior, política de seguridad y defensa, simplificación del procedimiento legislativo, y libertad, seguridad y justicia, a los que se sumó finalmente en noviembre, como Grupo XI, el de la «Europa Social».

Los informes finales de estos Grupos, adoptados por consenso entre sus miembros (10), son elevados al Pleno de la Convención e integrados en el debate global de la misma. Aunque la palabra final en relación a los temas que abordan queda en manos del plenario, la composición de todos los Grupos, unida a la audiencia de técnicos y máximos especialistas en los respectivos temas, hace que los informes finales adquieran una especial relevancia de cara a los resultados de la Convención (11).

Sucede que, a pesar de la trascendencia que desempeña el sistema jurisdiccional en el conjunto de las Comunidades/Unión, ninguna mención específica a la arquitectura judicial europea se hizo ni en Niza ni en Laeken con vistas a 2004, y ningún Grupo de Trabajo se ha creado al respecto en el seno de la Convención (11 bis).

otra cara de la moneda, difícilmente podrán ser despreciadas, habida cuenta de las expectativas generadas, por la Conferencia Intergubernamental. Sirva como botón de muestra el comunicado de prensa con fecha de 22 de noviembre de 2002 del Presidente de la Convención en referencia a la incorporación de Ministros de Asuntos Exteriores como miembros de la Convención: «Je me réjouis de l'arrivée à la Convention européenne du Ministre des Affaires étrangères, Dominique de Villepin, comme représentant du gouvernement français. Son arrivée, après celles de Joschka Fischer et d'Ana Palacio, met en évidence l'importance que les gouvernements de l'Union attachent aux travaux de la Convention.»

(10) Con la matización de que los representantes de los Estados candidatos, que participan en los trabajos de la Convención, no pueden oponerse a consensos alcanzados por representantes de los gobiernos y parlamentos de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión.

(11) Resulta representativo de la importancia que han adquirido estos informes y los trabajos de cada Grupo, que el Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, GIL CARLOS RODRÍGUEZ-IGLESIAS, evaluando el estado actual de los debates de la Convención, se refiriera con cierto detalle a los mismos en su discurso inaugural del XX Congreso de la FIDE, Londres, de 31 de octubre de 2002. Asimismo, sobre la función de los Grupos, véase la editorial de la *Common Market Law Review*, núm. 5, 2002, págs. 678-679.

(11 bis) En enero de 2003 el Presidium transmitió a la Convención un documento de re-

En todo caso, los Grupos han analizado de forma sectorial aspectos puntuales que afectan a la organización judicial de las Comunidades/Unión; no encontramos, sin embargo, contribución alguna encaminada a evaluar, desde una perspectiva sistemática y de conjunto, posibles reformas del actual marco judicial de la Unión. A lo largo de estas páginas, sin ánimo de cubrir este vacío en el debate, describiremos las propuestas específicas que los Informes Finales de los Grupos de Trabajo han vertido sobre la arquitectura judicial, al mismo tiempo que evaluaremos las consecuencias que tendrían sobre el esquema operativo del TJCE y del TPI adoptado en Niza. A modo de conclusión, nos pronunciaremos sobre algunas vías de reforma del sistema jurisdiccional comunitario que permitirían canalizar muchas de las propuestas planteadas a lo largo de los Informes de la Convención. Llegado el momento de un cambio sustantivo en el funcionamiento de las Instituciones comunitarias, entendemos que el TJCE y el TPI también pueden participar de un cambio estructural que permita hacer los mandatos de Laeken reales y efectivos.

II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y LA CONSOLIDACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO ÓRGANO RESOLUTORIO DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA

El Informe final del Grupo de Trabajo I, denominado «Subsidiariedad» (12), propone algunas respuestas a los interrogantes planteados en Laeken en materia de competencias entre las Comunidades/Unión y los Estados miembros. Concretamente, el Informe viene a articular un conjunto de mecanismos que permitan «que, en el futuro, las instituciones europeas velen por una mejor aplicación de la subsidiariedad durante el proceso legislativo, y que los parlamentos nacionales puedan intervenir de manera rápida y eficaz si consideran que una propuesta de texto legislativo europeo no respeta este principio».

flexión sobre el funcionamiento de las instituciones, que se refiere mínimamente al Tribunal de Justicia, concretamente a cuestiones referentes a la designación de sus miembros y a su organización y funcionamiento. Fiel reflejo de tal parquedad a la hora de abordar la institución judicial europea ha sido la escasa reflexión provocada en los miembros de la Convención: cfr. respectivamente la Nota del Presidium sobre El funcionamiento de las instituciones (CONV 477/03) y el Informe resumido de la sesión plenaria de 20 y 21 de enero de 2003 (CONV 508/03). No obstante lo cual, el Presidium ha decidido crear un «círculo de discusión» sobre el Tribunal de Justicia, de composición más restringida que los Grupos de Trabajo, presidido por Antonio Vitorino (cfr. CONV 543/03).

(12) Informe del Grupo I, sobre el principio de subsidiariedad, CONV 286/02, basado en el Mandato del Grupo de Trabajo presentado el 30 de mayo de 2002, CONV 71/02.

Aunque el objetivo tenga un contenido material y basado en la distribución de competencias, los medios por los que opta el Informe son principalmente formales y de carácter procedimental, entre los que se encuentra un mecanismo de control jurisdiccional, al tiempo que descarta la creación de una segunda cámara de corte territorial (13).

No obstante, el Informe destaca en todo momento que la garantía de la subsidiariedad es una cuestión fundamentalmente política, cuyas repercusiones jurídicas deben ser analizadas con cautela y sin ánimo de convertir a los Tribunales en instancias resolutorias de debates políticos (14). Esta cuestión, sobre la que se pronunció con especial énfasis el Presidente del Tribunal de Justicia en su discurso inaugural del XX Congreso de la FIDE (Londres, 31 de octubre de 2002) (15), ha quedado reflejada en la propuesta de instauración de un procedimiento «de alerta rápida», en manos de los Parlamentos nacionales, destinado a concentrar el grueso protector del principio de subsidiariedad al margen de la jurisdicción del TJCE.

El sistema de alerta rápida (*early warning system*) vendría a acompañar las fórmulas institucionales de garantía de la subsidiariedad previstas desde Amsterdam en el Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (16). En esencia, permite a los Parlamentos nacionales elevar,

(13) El Informe opta por la vía *procedimental* como garantía del sistema de competencias, en línea con K. LENAERTS: «La déclaration de Laeken: premier jalon d'une Constitution européenne?», *JTDE*, núm. 86, 2002, pág. 40. Para una descripción de la tesis alternativa, i.e. la constitución de una segunda cámara representativa, véase M. ZULEEG: «National Parliamentary Control and European Integration», en *The European Union after Amsterdam - A Legal Analysis*, La Haya, 1998, págs. 295-306.

(14) Esta necesidad también se refleja en el Mandato del Grupo de Trabajo, en cuyo escrito se distingue entre dos formas de control de la subsidiariedad: político y judicial. A ambas vías entiende el Grupo que deben ofrecerse respuestas diferentes, organizativa y materialmente. Asimismo, resaltando la necesidad de mantener la esfera jurisdiccional al margen de discusiones de naturaleza política, cfr. la intervención de Jean-Claude Piris, de 25 de junio de 2002, ante el Grupo de Trabajo I (WG-I WD 4, pág. 15).

(15) «First of all, it seems to me that the report is right in establishing a distinction between the political and the legal monitoring of the principle of subsidiarity, and in arguing that subsidiarity is a principle of an essentially political nature. This argument will avoid bringing the Court too close to the political arena and having it decide on political "hot potatoes" which are very often difficult to adjudicate on legal grounds - particularly, the decision on what can be better achieved at what level.»

(16) Un acompañamiento que demuestra el descontento general con los efectos del Protocolo. En este mismo sentido se pronuncia el Mandato del Grupo de Trabajo (cit., pág. 3): «hay quienes opinan que la introducción del principio de subsidiariedad en el Tratado y la adopción del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad no han dado los resultados esperados y que a menudo las consideraciones políticas o de urgencia han pesado más que el respeto del principio de subsidiariedad».

previa remisión directa por la Comisión de la correspondiente propuesta de carácter legislativo (17), un dictamen motivado sobre la conformidad de actos comunitarios en tramitación con el principio de subsidiariedad, obligando a la Comisión a revisar su propuesta cuando el número de dictámenes motivados fuera superior a un tercio del número de Parlamentos nacionales, convertidos así en partícipes centrales del proceso legislativo de la Unión (18).

Si el sistema de alerta rápida asume el papel de control político *ex ante* de la subsidiariedad, el control *ex post* sería jurídico y estaría en manos del TJCE. Tal como detalla el Informe del Grupo I, sólo cuando la fase política se haya agotado sin encontrar una solución satisfactoria para el o los parlamentos nacionales cabrá acudir al TJCE (19). Esta solución acentúa una de las funciones jurisdiccionales típicamente constitucionales hasta ahora desempeñadas por el TJCE, consolidándolo como árbitro de conflictos entre poderes territoriales, llamado a intervenir en asuntos ubicados en los límites del discurso jurídico. Además y por ello mismo, en la medida en que los Tratados, y previsiblemente el futuro Tratado del 2004, no contenga tablas cerradas de competencias europeas y estatales, el papel mediador del TJCE en este tipo de conflictos continuará siendo merecedor de un uso moderado. Por ello, el Informe no duda en afirmar que «únicamente se deberá recurrir al procedimiento jurisdiccional en casos límite y previsiblemente excepcionales», dejando intuir que el papel del TJCE se debería caracterizar por el ejercicio de un notable *self-restraint* (20).

A primera vista, la activación de un mecanismo de control *ex post* no añadiría nada revolucionario al sistema jurisdiccional comunitario, pues el

(17) Esto es, sin la mediación —como prevé actualmente el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea— de los Gobiernos nacionales.

(18) Si el número de dictámenes fuere inferior a un tercio de los parlamentos nacionales, la Comisión «motivará con mayor detalle y de manera concreta el acto respecto de la subsidiariedad».

(19) Informe del Grupo I, sobre el principio de subsidiariedad, pág. 7, CONV 286/02.

(20) Un estilo que ya caracteriza al TJCE: cfr. los asuntos *Alemania v. Parlamento/Consejo*, C-233/94, de 13 mayo 1997, *Países Bajos v. Parlamento/Consejo*, C-377/98, de 9 octubre de 2001, y *British American Tobacco e Imperial Tobacco*, C-491/01, de 10 de diciembre de 2002, así como la intervención del Abogado General Jacobs ante el Grupo de Trabajo I, el 25 de junio de 2002, CONV 156/02. Sobre la cuestión, cfr. A. ESTELLA DE NORIEGA: *El dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, y G. DE BÚRCA: *Setting Constitutional Limits to EU Competence?*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Francisco Lucas Pires Working Papers Series, <http://www.fd.unl.pt/je/wpflp02a.doc>, y *Reappraising Subsidiarity's Significance After Amsterdam*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990701.html>.

principio de subsidiariedad es una norma justiciable, entre otros, mediante recursos de anulación accionados por los Estados miembros (art. 230.2 TCE). No obstante, el Informe apunta tres notas que podrían llegar a convertir este mecanismo en un verdadero recurso autónomo, al margen de la vía anulatoria ordinaria.

En primer lugar, los Parlamentos de los Estados miembros tendrían legitimación para impugnar los actos comunitarios que contraríen el principio de subsidiariedad, auténtica novedad sin precedentes en la historia jurisdiccional de las Comunidades/Unión y que fortalecería el papel activo de las asambleas legislativas nacionales en la construcción europea.

En segundo lugar, el Informe defiende la inclusión del Comité de las Regiones entre los sujetos legitimados, lo que también supone una novedad en el marco judicial comunitario, con el objeto de dar cabida a las pretensiones de las instancias regionales y locales (21). En efecto, descartada la posibilidad de que entes infraestatales activen el mecanismo de alerta rápida o el recurso jurisdiccional (22), será el Comité de las Regiones el responsable de suplir tal laguna, si bien vinculada su legitimación, al igual que la de los Parlamentos nacionales (23), al hecho de que previamente hubiera emitido un dictamen disconforme con el acto impugnado por entender que lesionaba el principio de subsidiariedad.

Y en tercer lugar, el Informe no descarta, al analizar de forma sumaria los aspectos orgánicos del recurso, la posibilidad de crear en el seno del TJCE una cámara *ad hoc* encargada de las cuestiones de subsidiariedad,

(21) Cfr. el Informe presentado por Heinrich Hoffshulte, Primer Vice-Presidente del CCRE, de 4 de septiembre (WG-I WD-14, págs. 8-9). En este sentido, véase la Carta de J. Chabert dirigida al Presidente del Grupo de Trabajo, en relación a esta cuestión: «Enfin, je note avec satisfaction qu'il est accordé au Comité des Régions la faculté d'intervenir non seulement ex ante mais également ex post, en lui conférant la possibilité de porter plainte devant la Cour de Justice de l'UE pour non respect du principe de subsidiarité, au même titre que les autres institutions de l'UE» (WG-I WD-21, pág. 2).

(22) «La mayor parte de los miembros del Grupo considera que el grado y la forma de participación de las entidades regionales y locales en el trabajo de elaboración de la legislación comunitaria se determinan únicamente dentro del marco nacional. Aducen, en este sentido, que el mecanismo propuesto en el presente documento no impide, en su caso, que se consulte en el marco nacional a las asambleas regionales o locales. Cualquier otro planteamiento podría, por lo demás, afectar al equilibrio establecido a escala europea de los Estados miembros» (Informe del Grupo I, sobre el principio de subsidiariedad, pág. 8, CONV 286/02).

(23) Precisamente «para tener en cuenta la naturaleza eminentemente política del principio de subsidiariedad», de manera que sólo pueda recurrirse al procedimiento jurisdiccional «cuando la fase política se haya agotado sin encontrar una solución satisfactoria para el o los parlamentos nacionales» (Informe del Grupo I, sobre el principio de subsidiariedad, pág. 7, CONV 286/02).

transfiriendo al propio TJCE la responsabilidad de programar su composición y funcionamiento. Si que descartó el Informe, en cambio, la posibilidad de un control jurisdiccional *ex ante*, al estilo del recurso previo de constitucionalidad de las leyes de la Constitución francesa (24); la razón de ello, según destaca el Informe, reside en el referido carácter fundamentalmente político del control de la subsidiariedad (25).

Se mueve el Informe, pues, en un término medio entre la competencia ordinaria del TJCE y la creación de un organismo de nueva planta, permitiendo que sea el propio TJCE el encargado de crear, en su seno, un órgano especial al efecto. Nada dice el Informe sobre la composición de tal órgano y sus límites, pero puede interpretarse que se trataría de una cámara compuesta exclusivamente por miembros del TJCE. Una opción distinta, consistente en integrar a miembros de los Tribunales Constitucionales nacionales o Supremos del Estado o Estados implicados, no entraría, creemos, dentro de las facultades organizativas del TJCE (26).

(24) Cfr. arts. 61 y 62 de la Constitución francesa. Esta posibilidad fue expuesta en su día por el Informe Lamassoure (16 de mayo de 2002, PE 318.651), del Parlamento Europeo (aunque con el precedente de una propuesta presentada por el propio Giscard d'Estaing, de 21 de noviembre de 1990), y en el seno de la Convención la desarrolla Erwin Teufel en su *Informe sobre Un Control Eficaz de las Competencias en la Legislación de la Unión Europea*, WG-I WD-6, págs. 6-8. Asimismo, en sentido favorable, cfr. el Informe de H. Farnleitner y R. E. Bösch, miembros de la Convención, WG-I WD-11, págs. 5 a 10. En la doctrina, la idea es barajada por J. H. H. WEILER: «The Reformation of European Constitutionalism», *JCMS*, núm. 1, 1997, págs. 127 a 128 (reiterada por el mismo autor, en fechas recientes, en «A Constitution for Europe? Some Hard Choices», *JCMS*, núm. 4, 2002, págs. 573-574).

(25) Informe del Grupo I, sobre el principio de subsidiariedad, pág. 9, CONV 286/02. El Grupo optó «por descartarla, dado que la introducción de un control jurisdiccional en la fase legislativa equivaldría a hacer que el control de la subsidiariedad perdiera su carácter eminentemente político. Además, el Grupo consideró que habría resultado difícil llevar a la práctica el ejercicio de un control jurisdiccional del respeto del principio de subsidiariedad en una fase distinta del control del respeto de otros principios como los de atribución de competencias o de proporcionalidad».

(26) El Informe es crítico al respecto, limitando la cuestión a un breve párrafo que plantea más dudas que soluciones: «Por otra parte, el Grupo ha estudiado la posibilidad de constituir en el seno del Tribunal de Justicia una cámara *ad hoc* encargada de las cuestiones de subsidiariedad. No obstante, ha considerado que correspondía al propio Tribunal tomar las medidas organizativas necesarias» (Informe del Grupo I, sobre el principio de subsidiariedad, pág. 8, CONV 286/02). Tanto el Mandato del Grupo de Trabajo como el Informe Lamassoure mencionaban expresamente la posibilidad de crear un órgano al margen del TJCE, mediante instrumentos de cooperación entre el TJCE y los Tribunales Constitucionales nacionales, descartada finalmente por el Informe, que sin embargo no aclara hasta dónde llegarían las facultades organizativas del TJCE, y concretamente si éstas permitirían crear mecanismos de cooperación. También descarta el Informe la propuesta de Timothy Kirkhope consistente en crear un Árbitro Europeo (*European Arbitrator*) de la Subsidiariedad (cfr. su escrito de 5 de septiembre de 2002, WG-I WD-16, págs. 3-4).

En todo caso, y a modo de conclusión, puede señalarse que, en cualquiera de sus variantes (27), la reforma propuesta refuerza las funciones actualmente resolutorias de conflictos competenciales del TJCE, acentuando un rol de instancia suprallegal acorde con las funciones atribuidas a las jurisdicciones constitucionales de varios Estados miembros.

III. LA INCORPORACIÓN AL TRATADO DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, LA ADHESIÓN DE LAS COMUNIDADES/UNIÓN AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Grupo de Trabajo II, encomendado con la tarea de analizar las consecuencias de la incorporación de la Carta al Tratado y la adhesión de las Comunidades/Unión al CEDH, ha tenido en cuenta, de forma algo modesta, la situación institucional del TJCE y las transformaciones que estos cambios tendrían en la evolución del Derecho comunitario y su jurisprudencia. El Informe final ha tomado en consideración estas dos cuestiones atinentes a la arquitectura judicial, habida cuenta que el Grupo ha apostado con firmeza por la adopción de la Carta en el marco del Tratado, y la adhesión de las Comunidades/Unión al Convenio de Roma y su sistema jurisdiccional de protección de derechos fundamentales (28). Con estas dos decisiones como trasfondo, el Informe analiza de forma sectorial y desordenada las repercusiones que tendrían en el conjunto del sistema judicial comunitario.

El primer aspecto en el que profundiza el Informe se refiere a la incorporación de la Carta como texto jurídico vinculante. El Grupo de Trabajo es bien tajante al respecto: «[...] todos los miembros del grupo, o bien apoyan firmemente la incorporación de la Carta *mediante una fórmula que permita a la Carta ser jurídicamente vinculante y tener un estatuto constitucional* o no descartan dar una consideración favorable a dicha incorporación» (29).

(27) El Presidente del TJCE, en su discurso inaugural en el XX Congreso de la FIDE, ya citado, analizó en términos positivos la propuesta. Francis Jacobs, Abogado General del TJCE, consideró en cambio innecesaria una reforma organizativa en el seno del Tribunal, en su intervención ante el Grupo de Trabajo I, de 25 de junio de 2002, CONV 156/02.

(28) Informe del Grupo II, de incorporación de la Carta/adhesión al CEDH, CONV 354/02, basado en el Mandato del Grupo de Trabajo presentado el 31 de mayo de 2002, CONV 72/02.

(29) Informe del Grupo II, cit., pág. 2. Subrayado y cursiva en el original.

Por tanto, el punto de arranque es una Carta de Derechos Fundamentales, parte del ordenamiento jurídico de la Unión a todos los efectos, aplicable por los Tribunales tanto nacionales como europeos (30).

El debate no ha encontrado tanto consenso, en cambio, en lo referente a la concreta técnica para la integración de la Carta. Se han manejado tres opciones, ninguna de las cuales ha recibido apoyo unánime en el seno del Grupo: en primer lugar, la propuesta con mayor acogida defiende la inclusión de la Carta como parte del articulado del Tratado; en segundo lugar, se aboga por su incorporación a través de una referencia a la misma, al estilo del actual artículo 6.2 TUE (31); la tercera opción, finalmente, se decanta por su anexión como cuerpo jurídico sistemáticamente autónomo, posiblemente en forma de Protocolo anejo al Tratado (32).

Sin embargo, en ningún momento encontramos en el Informe una reflexión sobre la repercusión que estas fórmulas, así como la que deriva de la adhesión al CEDH (33), tendrían en la articulación judicial de la Unión Eu-

(30) Recordemos que la Carta ha sido ya utilizada al día de hoy con efectos hermenéuticos no sólo por los Tribunales de los Estados miembros (tempranamente por el TC español en su STC 292/2000, de 30 noviembre, y posteriormente en la 53/2002, de 27 febrero), sino por el propio TEDH (primero en el marco de votos particulares —cfr. el voto parcialmente disidente de los Jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens en el *asunto Frette v. Francia*, de 26 febrero 2002—, después en el cuerpo de la sentencia —cfr. *asuntos Goodwin v. Reino Unido y I v. Reino Unido*, ambos de 11 julio 2002).

(31) Según el cual «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales de Derecho Comunitario».

(32) Informe del Grupo II, cit., pág. 3.

(33) Si bien subraya claramente que la adhesión de las Comunidades/Unión al Convenio de Roma no atentaría en absoluto contra la autonomía del TJCE, en la medida en que «tras la adhesión, el Tribunal de Justicia seguiría siendo el único árbitro supremo de las cuestiones de Derecho de la Unión y la validez de los actos de la Unión; no podría considerarse al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un tribunal supremo, sino como un tribunal especializado que ejerce un control externo sobre las obligaciones de Derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH», de manera que «la posición del Tribunal de Justicia sería análoga a la actual posición de los tribunales constitucionales o supremos nacionales respecto del Tribunal de Estrasburgo» (Informe del Grupo II, cit., pág. 12). En este mismo sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo, en su Resolución 2002/2139(INI), al reconocer que «[...] the European Court of Justice would remain the court of last instance for Community law. Its relationship with the European Court of Human Rights would be exactly the same as that of national supreme or constitutional courts who recognise the role of the European Court of Human Rights to verify consistency and compatibility with pan-European rights norms». Asimismo, cfr. el Informe conjunto presentado por J. SCHOOT, J.-C. PIRIS y M. PETIT (WG II -WD 13, en pág. 8).

ropea, limitándose a descartar una serie de propuestas que venían barajándose tanto con relación a la protección *interna* dispensada a los derechos y libertades de la Carta como a la *externa* dispensada a los derechos y libertades del CEDH: por lo que respecta a ésta, el Informe descarta tanto un procedimiento de «remisión» (34) o «consulta» (35) de Luxemburgo a Estrasburgo, como la creación de una «sala colegiada o cámara» compuesta por jueces de ambos Tribunales (36); en cuanto a aquélla, descarta asimismo un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, similar al recurso de amparo (37).

Así las cosas, lo cierto es que durante los trabajos del Grupo II tuvo lugar un hecho que complica el contenido de su Informe final, a saber, el pronunciamiento del TJCE en el *asunto U.P.A. v. Consejo* (38), en el que reiteró su doctrina tradicional restrictiva respecto de la legitimación de los particulares para acceder *directamente* a Luxemburgo, instando a una reforma, en su caso, del artículo 230.4 TCE.

(34) A modo de la cuestión prejudicial comunitaria, propuesta ésta formulada desde hace tiempo por la doctrina: cfr. G. SPERDUTI: «Le rattachement des Communautés Européennes à la Convention Européenne de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentaux», *RMC*, núm. 236, 1980, pág. 173; cfr. también H. G. SCHERMERS: «The Scales in Balance: National Constitutional Court v. Court of Justice», *CMLR*, núm. 1, 1990, págs. 104-105, y K. LENAERTS: «Fundamental Rights To be Included in a Community Catalogue», *ELR*, núm. 5, 1990, pág. 380. En contra de dicha propuesta, cfr. R. ALONSO GARCÍA: «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (dir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 166-167. El propio Consejo de Europa se ha mostrado escéptico en relación a este tipo de mecanismo, en su Informe sobre cuestiones jurídicas y técnicas en caso de una eventual adhesión de las Comunidades/Unión al CEDH, de 28 de junio de 2002, págs. 75-77.

(35) Cfr. al respecto, por ejemplo, la intervención de M. FISCHBACH en F. BENOÎT-ROHMER (dir.): «La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne», *RUDH*, núms. 1-2, 2000, pág. 64.

(36) Cfr. al respecto, por ejemplo, F. BENOÎT-ROHMER: «L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme», en *op. cit.*, nota anterior, pág. 61.

(37) Cfr. al respecto, por ejemplo, E. BRIBOSIA: *La protection des droits fondamentaux, en la constitution de l'Europe*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 2000, pág. 115, nota 35 (protección ésta especial dispensada ante, en su caso, una jurisdicción *ad hoc* compuesta por miembros del TJCE y los Tribunales Constitucionales o Supremos nacionales: cfr. Informe Pintasilgo, *Por una Europa de los derechos civiles y sociales. Bruselas, octubre 1995-febrero 1996*, recogido en la 1.ª edición del *Código de la Unión Europea* a cargo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, A. TIZZANO y R. ALONSO GARCÍA: Civitas, Madrid, 1996, pág. 757).

(38) C-50/00 P, de 25 julio de 2002. Cfr. al respecto B. FERNÁNDEZ PÉREZ: «De nuevo sobre la legitimación de los particulares para impugnar directamente actos normativos comunitarios y la tutela judicial efectiva: el restablecimiento del *statu quo*», *La Ley*, núm. 5645, 2002, págs. 1 y ss., y D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO: «La Sentencia UPA (C-50/00 P), los particulares y el activismo inactivo del Tribunal de Justicia», *REDE*, núm. 3, 2002, págs. 531 y ss.

Las dudas que planean sobre la referida doctrina en cuanto a una *completa efectividad* de la tutela judicial en el marco de la Unión Europea (39), se acentúan, además, si este derecho fundamental de naturaleza procesal de por sí plasmado en la Carta (art. 47) (40) se vincula simultáneamente con posibles vulneraciones de derechos fundamentales sustantivos de la propia Carta, tal y como el propio TJCE advirtió en su *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea (1996)*, en el que se preguntó si el recurso de anulación, «que los particulares sólo pueden interponer contra actos que les afecten directa e individualmente, es suficiente para garantizarles una protección jurisdiccional efectiva contra las violaciones de sus derechos fundamentales que pueden resultar de la actividad legislativa de las instituciones» (41).

De arranque, sucede que no está nada claro a estas alturas qué debe entenderse por actividad legislativa en el ámbito de la Unión, la cual suele presentar en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros una doble faceta, orgánica (actividad normativa procedente del Parlamento) y funcional (actividad limitada a la regulación de los aspectos esenciales de un sector, sin descender a los detalles técnicos).

Y tal falta de claridad, que, ligada a la complejidad del sistema institucional de la Unión, se extiende sobre su sistema mismo de fuentes del Derecho, ha tenido hasta el momento un fiel reflejo en la doctrina de un TJCE

(39) Así lo entienden miembros del TJCE, como el fallecido Juez MANCINI (*Democracy & Constitutionalism in the European Union - Collected Essays*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, págs. 46-48), o el Abogado General JACOBS (que fue precisamente quien presentó las Conclusiones desestimadas por el TJCE en *UPA v. Consejo*) en diversos trabajos (*Access to justice as a Fundamental Right in European Law*, en *Mélanges en hommage a F. Schockweiler*, Baden-Baden, 1999, págs. 203-206; «Public Law: The Impact of Europe», *PL*, winter, 1999, págs. 240-241; «The Right to a Fair Trial in European Law», *EHRLR*, núm. 2, 1999, pág. 148), y del TPI, como el Juez LENAERTS («Legal Protection of Private Parties Under the EC Treaty: A coherent and complete system of judicial review?», en *Scritti in onore di F. G. Mancini. Vol. II*, Milán, 1998, págs. 620-623). El TPI no dudó en apelar a la violación de la tutela judicial efectiva para «abrir» las puertas del recurso de anulación en el *asunto Jégo-Quéré et Cie SA v. Comisión*, T-177/2001, de 3 mayo 2002, comentado por B. FERNÁNDEZ PÉREZ: «Tutela judicial efectiva de los particulares y legitimación para impugnar directamente actos normativos comunitarios», *La Ley*, núm. 5576, 2002.

(40) Como recuerda el Grupo, «si bien no cabe duda de que la cuestión del párrafo cuarto del artículo 230 guarda relación con los derechos fundamentales, rebasa la protección de esos derechos —en el sentido de que debe existir tutela judicial para *todos* los derechos subjetivos— y se plantea de manera totalmente independiente de las cuestiones concretas de la incorporación de la Carta y la adhesión al CEDH» (Informe del Grupo II, cit., pág. 16).

(41) Punto 20 *in fine*. El Informe puede consultarse en la 1.ª edición del *Código de la Unión Europea* a cargo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, A. TIZZANO y R. ALONSO GARCÍA: cit., págs. 324 y ss.

que se ha mostrado incapaz de matizar jurisprudencialmente la falta de legitimación de los particulares para impugnar disposiciones generales comunitarias en función de su procedencia y esencia (42).

De ahí que extrañe la ausencia de cualquier referencia del Grupo II, siquiera a título de remisión, a los trabajos del Grupo IX, sobre «Simplificación», al abordar, en conexión con la protección judicial dispensada a la Carta, la posible reforma del artículo 230.4, pues parece que una reforma en profundidad del sistema de fuentes de la Unión, como finalmente ha propuesto el Grupo IX, debiera tener su reflejo, como sucede en los ordenamientos jurídicos nacionales en los que se inspira, en su sistema de control jurisdiccional. Y ello pese a que el Grupo II, aun absteniéndose expresamente «de formular recomendaciones concretas» y remitiendo «la cuestión de la posible reforma del párrafo cuarto del artículo 230 del TCE a un examen más detenido por parte de la Convención en el contexto oportuno», sí puso de manifiesto «una opinión ampliamente difundida (en el Grupo) de que el actual sistema de recursos (...) no debería verse profundamente alterado» por dicha reforma [pese a constatar que «podrían existir ciertas lagunas»] (43) en el acceso directo de los particulares al TJCE «en el caso concreto de los reglamentos comunitarios de aplicación automática que imponen prohibiciones directamente aplicables a los particulares»] (44).

(42) Para quien fuera Juez del TJCE, MOITINHO DE ALMEIDA, la posibilidad para los individuos de recurrir directamente actos de naturaleza abstracta y general no parecería constituir una exigencia propia del Estado de Derecho, como demostraría el hecho de que, salvo raras excepciones, los Derechos nacionales no permiten la impugnación directa de leyes por los particulares [*Le recours en annulation des particuliers (article 173 du Traité CE): nouvelles réflexions sur l'expression «la concernant... individuellement»*, en LÜTTER DUE y SCHWARZE (eds.): *Festschrift für U. Everling -Band I*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pág. 869]. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que los Derechos nacionales, más que prohibir en términos absolutos la impugnación directa de leyes por particulares, lo que hacen es restringir fuertemente la legitimación para dicha impugnación [cfr. D. WÄELBROECK y A.-M. VERHEYDEN: «Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires (à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme)», *CDE*, núms. 3-4, 1995, págs. 39 y ss.], en términos que recuerdan la restricción manejada por el TJCE *con carácter general* (así lo denuncia JACOBS en sus trabajos recién citados, y así lo admite el propio MOITINHO DE ALMEIDA al defender que los límites concernientes a la impugnación de las disposiciones adoptadas por el Consejo —junto, en su caso, con el Parlamento— no deberían extenderse a los reglamentos adoptados por la Comisión: *op. cit.*, pág. 874).

(43) Acentuadas en el marco de las omisiones respecto de obligaciones de carácter normativo regladas: cfr. R. ALONSO GARCÍA: «Actividad judicial v. inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit de las Instituciones y de los Estados miembros)», *RAP*, núm. 151, 2000, págs. 97-101.

(44) Cfr. al respecto el Documento de Trabajo 21 del Grupo de Trabajo II (WG-II WD-21, págs. 2-8). Este documento baraja tres posibles vías de reforma: la creación de un re-

Como también extraña la ausencia de referencia a los trabajos del Grupo X sobre «Libertad, seguridad y justicia», habida cuenta de las actuales limitaciones competenciales del TJCE respecto de los actos dictados en el marco del Tercer Pilar, tanto de la parte que allí ha permanecido tras la reforma de Amsterdam («Cooperación policial y judicial en materia penal») como de la que resultó comunitarizada en virtud de dicha reforma, integrándose en el TCE como Título IV («Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas»), íntimamente vinculados a lo que podría considerarse como «núcleo duro» de la Carta; limitaciones éstas que podrían acarrear dificultades a la hora de convivir con el Convenio de Roma y su jurisprudencia (45) y que exigirán una apertura de las vías de recurso en favor del TJCE. Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado, como veremos, el referido Grupo de Trabajo X, defendiendo una expansión competencial del TJCE sobre todos los actos comunitarios, incluidas las medidas de actuación de Europol (46).

Sea cuál fuere la respuesta que finalmente se dé en el concreto terreno de la protección de los derechos fundamentales cubiertos tanto por la Carta como por el CEDH, lo cierto es que vuelve a aparecer en este terreno un reforzamiento del rol *específicamente constitucional* del TJCE, acentuado por dos cuestiones abordadas en el Informe final, referentes al temor a una posible expansión competencial de la Unión al hilo de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta y a la trascendencia de las tradiciones constitucionales comunes a la hora de concretar su operatividad.

curso especial, al estilo del recurso de amparo español o el *Verfassungsbeschwerde* alemán, ante el TJCE; la modificación del artículo 230.4 TCE, eliminando el término «individualmente» o reformándolo *in totum* con una redacción más generosa; y la incorporación en el Tratado de una obligación a cargo de los Estados por la que se garanticen todas las vías de recurso ante los Tribunales nacionales. El documento sólo descarta la tercera opción, por tratarse de una vía que atentaría contra la autonomía institucional de los Estados, al tiempo que no garantizaría, en el caso concreto, una solución del todo coherente con el derecho a la tutela judicial. Cfr. también la Contribución de H. FARNLEITNER y R. RACK, en la que critican la línea jurisprudencial tajantemente confirmada en *U.P.A. v. Consejo* y proponen una nueva redacción para el artículo 230.4 TCE (CONV 402/02, CONTRIB 141).

(45) Cfr. la decisión del TEDH de 23 mayo 2002 (6422/02), *SEGI e.a. y GESTORAS PRO AMNISTIA e.a. v. Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia*, en la que inadmitió el recurso interpuesto contra el Reglamento 2580/2001 y un conjunto de actos adoptados en el marco del segundo pilar, concretamente con fundamento en las Posiciones Comunes 2001/930/PESC y 2001/931/PESC, por considerar que la situación denunciada no confería a las asociaciones recurrentes ni a sus portavoces la cualidad de víctimas de una violación del CEDH.

(46) Informe final del Grupo X, Libertad, Seguridad y Justicia, pág. 18, CONV 426/02.

Por lo que respecta a la cuestión competencial, el papel típicamente constitucional del TJCE en su función de garante del equilibrio de los poderes territoriales en el seno de la Unión analizado en el apartado anterior, puede aflorar vinculado a posibles expansiones de las Instituciones de la Unión so pretexto de potenciar la protección de los derechos de la Carta, que el Informe apuesta decididamente por evitar proponiendo una reforma del artículo 51 de ésta (47) en el sentido de confirmar aún más claramente, si cabe, el mantenimiento de la estructura de poderes configurada en el Tratado al margen de la Carta (48).

(47) Según el Informe, en su Anexo I, la redacción del artículo 51 sería la siguiente, destacando en negrita las reformas recomendadas:

«1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y respetando los límites de las competencias conferidas a la Unión por otras partes [del presente Tratado/del Tratado Constitucional].»

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para [la Comunidad ni para] la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los restantes [capítulos/partes] de [el presente Tratado/el Tratado Constitucional].»

(48) Aunque ni siquiera la reforma propuesta pueda garantizar la restricción de los efectos expansivos de los derechos fundamentales y de las competencias interpretativas al respecto del TJCE, pese a que se insista en subrayar que el ámbito de la Carta sólo alcanza a las Instituciones de la Unión y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Es precisamente esta última situación, la implementación del Derecho de la Unión por los Estados miembros, la que puede dar cobertura a un continuo *spill-over* de la Carta hacia supuestos puramente internos. Un crecimiento semejante puede venir, entre otros (cfr. R. ALONSO GARCÍA: *Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales*, cit., págs. 156-158), de la mano de dos acontecimientos: la gradual desaparición de las discriminaciones inversas y la interpretación generosa de la *doctrina Wachauf* (asunto 5/88, de 13 de julio de 1989).

Por lo que respecta a las discriminaciones inversas, se caracterizan por una distinción entre situaciones jurídicas nacionales y situaciones jurídicas comunitarias, donde las primeras conocen un régimen más restrictivo que las segundas debido a una normativa comunitaria (cfr. R.-E. PAPADOPOULOU: «Situations purement internes et droit communautaire: un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant?», *CDE*, núms. 1-2, 2002; M. P. MADURO: «The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination», en C. KILPATRICK, T. NOVITZ y P. SKIDMORE (dir.): *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000, págs. 118-121, y D. PICKUP: «Reverse Discrimination and Freedom Of Movement for Workers», *CMLR*, núm. 1, 1986, págs. 135-139; asimismo, véanse las SSTJCE *Petit*, C-153/91, de 22 septiembre 1992; *Peralta*, C-372/92, de 14 julio 1994, y *Risan*, C-108/98, 9 septiembre 1999). Algunos Estados miembros han reconocido la aplicación del principio constitucional de igualdad ante la ley para solucionar tales situaciones (cfr. las Sentencias de los Tribunales Constitucionales austriaco y español de, res-

En cuanto a la trascendencia de las tradiciones constitucionales comunes como fuente privilegiada de inspiración a la hora de concretar la operatividad de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta (49), su efectividad real dependerá en gran medida del inexorable diálogo con unas jurisdicciones constitucionales (o en su caso supremas) nacionales que exigen no sólo un interlocutor al más alto nivel jurisdiccional europeo, sino también un interlocutor minucioso, con sólidas motivaciones en sus fallos (50), en un contexto particularmente complejo como es el de los derechos fundamentales, tanto por su propia naturaleza propicia al *check and balance* (entre derechos e interés general, y entre derechos entre sí), como por el triple marco de protección dispensada (pues junto con la de la Unión, conviven la protección nacional y la derivada del CEDH) (51).

pectivamente, 26 febrero 1999 y 96/2002, 25 abril), creando así una expansión del Derecho comunitario allí donde se produzcan discriminaciones inversas, con un TJCE que, al admitir cuestiones prejudiciales al respecto activadas por los jueces nacionales, rodea implícitamente dichas discriminaciones de un clima de «comunitariedad» (cfr. *asunto Guimont*, C-448/98, de 5 diciembre 2000, y las Conclusiones del Abogado General Geelhoed, en el *asunto Reisch*, C-515, 519-524/99, de 5 marzo 2002). Así las cosas, el juego de la discriminación nacional unido a las discriminaciones inversas podría generar un crecimiento de los derechos reconocidos en el nivel comunitario, convirtiendo el artículo 51 en un precepto testimonial de un proceso más abierto de lo que parece, donde el TJCE adquiriría una posición cumbre en la estructura constitucional de las Comunidades/Unión (cfr. P. EECKHOUT: «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», *CMLR*, núm. 5, 2002, págs. 972-973).

En lo concerniente a la *doctrina Wachauf* (en virtud de la cual los Estados miembros deben respetar los derechos fundamentales cuando ejecutan normas comunitarias), su lectura generosa puede verse fortalecida si el TJCE sigue las Conclusiones del Abogado General Mischo (presentadas el 21 de septiembre de 2001) en el *asunto Booker & Hydro Seafood*, C-64/00, en el marco de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal escocés acerca de la posibilidad de aplicar derechos fundamentales comunitarios (concretamente, el derecho de propiedad) en aquellos ámbitos armonizados por una Directiva. Se trataría, pues, de determinar si, como propone el Abogado General, la *doctrina Wachauf*, más allá de la implementación del Derecho comunitario por los Estados miembros en vía «ejecutiva», de aplicación de normas concretas, puede ensancharse hasta alcanzar la legislación nacional fruto de una armonización, con todas las consecuencias expansivas que ello podría tener para la Carta.

(49) Como muestra reciente de este proceso creativo y que al mismo tiempo se esfuerza por ser respetuoso con el contexto conformado por el CEDH, la jurisprudencia del TEDH y las tradiciones constitucionales nacionales, cfr. el *asunto Roquette Frères*, C-94/00, de 22 octubre 2002.

(50) Cfr. J. H. H. WEILER: «La arquitectura judicial después de Niza», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (dir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, cit., págs. 476, 480-481.

(51) Cfr. R. ALONSO GARCÍA: «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en R. ALONSO GARCÍA y P. PÉREZ TREMPs (dir.): «Constitución europea, constituciones internas e integración», *CDP*, núm. 13, 2001, págs. 36-43.

IV. LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LAS COMUNIDADES/UNIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO JURISDICCIONAL

El Grupo de Trabajo IX (52), encomendado con el mandato de analizar la simplificación de instrumentos y procedimientos de las Comunidades/Unión, ha propuesto un nuevo sistema de actos, con su correspondiente jerarquía, en línea con las tradiciones jurídicas nacionales. Recogiendo una idea que venía de atrás [y que se tradujo en una Declaración aneja al Acta Final de CIG que operó en 1992 la reforma de Maastricht (53), en la que se llegó a convenir «que la Conferencia Intergubernamental que se convocará en 1996 estudie la medida en que sería posible revisar la clasificación de los actos comunitarios, con vistas a establecer una adecuada jerarquía entre las distintas categorías de normas» (54)], el Informe final ha presentado un nuevo marco normativo para las Comunidades/Unión que parte de las tres premisas siguientes: unificación de todos los instrumentos normativos existentes, incluidos los intergubernamentales; reducción de las categorías al máximo, con el objeto de hacerlas accesibles y transparentes para el ciudadano;

(52) Informe del Grupo IX, «Simplificación», CONV 424/02, basado en el Mandato del Grupo de Trabajo IX, presentado el 17 de septiembre de 2002, CONV 271/02.

(53) *Declaración relativa a la jerarquía de los actos comunitarios*.

(54) La reforma entonces prevista debía girar sobre dos ejes: el primero, concerniente a la racionalización de la nomenclatura misma de la actividad comunitaria y del rigor conceptual de su desenvolvimiento; el segundo, relativo a la jerarquía normativa *stricto sensu* (cfr. P.-Y. MONJAL: «La Conférence Intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires», *RTDE*, núm. 4, 1996, págs. 681 y ss.). Sin embargo, a pesar de que era ésta una de las cuestiones llamada a ser protagonista de la CIG de 1996, y de que con vistas a ello fue objeto de un profundo debate institucional y doctrinal, lo cierto es que, como es sabido, la reforma de Amsterdam la obvió, guardando silencio al respecto.

El Proyecto de Constitución Europea elaborado por el Parlamento Europeo (Resolución de 10 de febrero de 1994) preveía un sistema de fuentes (artículos 30-34) muy familiar al jurista español, con la Constitución y sus sucesivas reformas a través de las denominadas leyes constitucionales en la cúspide. En un segundo escalón jerárquico, se situaban las leyes aprobadas conjuntamente por el Parlamento y el Consejo a iniciativa de la Comisión: por un lado, las orgánicas (mayoría reforzada), destinadas a regular determinadas materias y sólo esas materias (principio de competencia); por otro, las ordinarias, incluida la modalidad de la ley marco, limitada a definir los principios generales de la materia (pudiendo prever cuáles de sus disposiciones se habrían de aplicar en caso de omisión en su ejecución normativa por los Estados miembros, desplazando así la labor judicial en la determinación de su posible eficacia directa), así como la delegación en favor de la Comisión, mediante ley orgánica, de la facultad de excepcionar o modificar las leyes ordinarias (habiendo desaparecido del Proyecto un instrumento a utilizar por la Comisión de naturaleza muy similar a nuestro Decreto-ley, que figuraba en el Informe de la Comisión de Asuntos Institucionales —Informe Oreja— en su versión de abril de 1993). En el último escalón jerárquico, figuraban los reglamentos dictados en ejecución de las leyes por la Comisión (o, en ámbitos específicos, por el Consejo).

jerarquía de las mismas y ulterior control jurídico del respeto al rango. Veamos con más detalle estas tres ideas, detectando las repercusiones que habrían de tener en la arquitectura judicial de la Unión (55).

Tal como destaca el Informe «Simplificación», las Comunidades/Unión cuentan con quince instrumentos jurídicos diferentes, todos ellos con distintos grados de eficacia y ámbitos variables de aplicación (56). El crecimiento del *soft law* y su reconocimiento por el TJCE como instrumento generador de efectos jurídicos no facilita las cosas (57). Con todo, el Informe propone reducir el número de instrumentos a seis, sin que la simplificación vaya «en detrimento de la flexibilidad y eficacia» de los instrumentos de intervención de las Comunidades/Unión (58). Desde una perspectiva sustancial, dichos instrumentos encontrarían un cuadro unitario y coherente para todas las actuaciones de la Unión, incluidas las llevadas a cabo en el marco del Segundo y del Tercer Pilar, con mínimas excepciones, en su caso, en cuanto a la naturaleza o efectos jurídicos de cada acto; desde la perspectiva del control judi-

(55) Aunque la *Declaración sobre el Futuro de la Unión Europea* de Niza silenció esta cuestión, la *Declaración de Laeken* es rotunda al respecto: «No sólo es importante la cuestión de qué hace cada uno; importa igualmente determinar cómo actúa la Unión y cuáles son los instrumentos que utiliza. Las modificaciones sucesivas de los Tratados han conllevado en todas las ocasiones una proliferación de instrumentos y las directivas han ido evolucionando progresivamente para convertirse en actos legislativos cada vez más detallados. Resulta, pues, esencial preguntarse si no deben definirse mejor los distintos instrumentos de la Unión y si no hay que reducir su número.» Asimismo, el Informe Lamassoure, ya citado, incide en esta cuestión defendiendo la imperiosa necesidad de una simplificación de los instrumentos jurídicos, unida a su jerarquía (cfr. págs. 11-15).

(56) Informe del Grupo IX, Simplificación, pág. 3, CONV 424/02. Asimismo, el Presidium presentó el Documento CONV 162/02, sobre los instrumentos de que disponen la Unión y la Comunidad para ejercer sus competencias.

(57) El *leading case* en esta materia es el *asunto Grimaldi*, 322/88, de 13 diciembre 1989. Cfr. R. ALONSO GARCÍA: «El soft law comunitario», *RAP*, núm. 154, 2001, págs. 63 y ss.

(58) *Informe*, cit., pág. 3. Podríamos plantearnos si estamos ante una verdadera simplificación de los instrumentos, pues el nuevo modelo pasa de los quince a los seis tipos de acto, pero a su vez deja margen de maniobra a las Instituciones para la adopción de actos atípicos que podría desembocar nuevamente en un sistema polimórfico. Si que propone el Informe, en todo caso, «introducir en el tratado la regla de que el legislador (Parlamento/Consejo) se abstendrá de adoptar actos atípicos en un tema cuando se le hayan presentado propuestas o iniciativas legislativas sobre el mismo tema», habida cuenta que «la utilización de actos atípicos en los ámbitos legislativos puede dar la impresión errónea de que la Unión Europea legisla mediante la adopción de instrumentos atípicos» (págs. 6-7). Se descarta así abiertamente la posibilidad de adoptar actos atípicos de alcance jurídico obligatorio, criticada tanto doctrinal (cfr. R. JOLIET: *Le Droit institutionnel des Communautés Européennes: Les institutions, les sources, les rapports entre ordres juridiques*, Faculté de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Liège, 1983, págs. 184 y ss.) como institucionalmente (cfr. el *Rapport Public* del Conseil d'Etat correspondiente a 1992, *Études & Documents*, núm. 44, págs. 22 y ss.).

cial, el sistema de recursos conocería una estructura igualmente unitaria, reducidos igualmente al mínimo los mecanismos específicos y exclusiones de jurisdicción. Si bien la primera afirmación se encuentra expresada en el Informe final, la segunda sólo cabe deducirla de su tenor literal (59).

La simplificación de instrumentos propuesta por el Informe es fruto de un consenso entre la voluntad de reforma y el mantenimiento del *statu quo*.

Se propone así un sistema basado en dos categorías, la de los actos vinculantes y los actos no vinculantes (60). Dentro de los primeros se encuentran la *ley UE* (antiguo Reglamento) (61) (62), la *ley-marco UE* (antigua Directiva) (63) y la *decisión* (64); los actos no vinculantes se reducen a la *recomendación* y el *dictamen* (65).

Este cuadro (66) no aporta demasiadas diferencias respecto del sistema actualmente en vigor, sobre todo por lo que al pilar comunitario se refie-

(59) En ningún momento se hace mención a las competencias del TJCE ni al sistema de recursos. Sin embargo, el espíritu de racionalización que se percibe en el Informe y sus trabajos preparatorios, unido al Informe final del Grupo X, Libertad, Seguridad y Justicia, CONV 426/02, que defiende el principio de un marco jurídico común, nos permite deducir que el sistema de recursos debería recibir un tratamiento igualmente unitario.

(60) *Informe*, cit., págs. 3-4. Se parte, pues, de la distinción ya presente en el artículo 249 TCE.

(61) La *ley UE*, puntualiza el Informe, «abarcaría igualmente algunas materias que actualmente son objeto de decisiones *sui generis* (en alemán, *Beschluss*), que no tienen destinatarios y se utilizan actualmente, entre otras cosas, para la adopción de programas financieros o de acción en el marco de las competencias complementarias» (*Informe*, cit., pág. 3, nota 1). Tales decisiones son actualmente actos atípicos, por cuanto su naturaleza y alcance difiere de las mencionadas en el artículo 249 TCE (en alemán, *Entscheidung*).

(62) Según el Informe, parafraseando el actual artículo 249 TCE, la *Ley UE* sería «un acto de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a todos los Estados miembros» (*Informe*, cit., pág. 3).

(63) Según el Informe, parafraseando el actual artículo 249 TCE, la *Ley-marco UE* sería «un acto que vincula a los Estados miembros en cuanto a los resultados que hay que lograr, pero dejando a las instancias nacionales la competencia sobre la forma y los medios» (*Informe*, cit., pág. 3).

(64) Según el Informe (cit., pág. 4), apartándose del actual artículo 249 TCE, la *Decisión* sería «un acto obligatorio en todos sus elementos. Podría designar destinatarios o no. Cuando tuviera destinatarios, sería obligatoria para ellos». Puntualiza, además, que «no constituye un acto legislativo». Asumido, además, que las *Beschlüsse* entrarían en el concepto de *ley UE* (*vid. supra*), el Informe considera que esta decisión redefinida, amén de constituirse como un instrumento flexible que podría aplicarse en múltiples casos (como por ejemplo para los nombramientos, para ciertas medidas en materia de competencia o de ayudas públicas, etcétera), podría ser de especial utilidad en el ámbito de la PESC (*vid. infra*).

(65) El Informe define estos actos con un lacónico «actos sin carácter vinculante» (*Informe*, cit., pág. 4).

(66) El Anexo III del Informe se refiere al instrumento de la «ley orgánica» en los siguientes términos: «Por lo que atañe al procedimiento de revisión del tratado constitucional,

re (67), pero adquiere mayor relevancia si se analiza desde la óptica de la jerarquización, donde se plantea la creación de instrumentos de ejecución normativa de los actos antes citados, especialmente destinados al desarrollo de leyes UE y leyes-marco UE (68).

En efecto, el modelo de ejecución normativa supone formalizar una distinción entre ley-reglamento ya conocida en las tradiciones jurídicas europeas, y permitiría que los actos legislativos se limiten a trazar las líneas generales de actuación, o regular aspectos de relevancia constitucional (perspectiva funcional), al tiempo que garantizaría la legitimidad democrática de la Unión, al concentrar la producción legislativa *stricto sensu* en los órganos que representan a los Estados y los pueblos —i.e. el Consejo y el Parlamento (69)— en los que aquélla se fundamenta (perspectiva orgánica) (70).

El Informe propone así la creación de *reglamentos delegados*, esto es, «actos que desarrollan con detalle un acto legislativo determinado o que mo-

un miembro del Grupo sostuvo que podría aplicarse el concepto de *ley orgánica* a las disposiciones de la segunda parte del tratado constitucional [esto es, la dedicada a “las políticas y la realización de las acciones de la Unión”]: cfr. el Anteproyecto de Tratado Constitucional presentado por el Presidium a la Convención, CONV 369/02], lo que permitiría agilizar el procedimiento de revisión. Por otra parte, algunos miembros propusieron que se añadiera [a la tipología instrumental expuesta] el instrumento de las *leyes orgánicas*, que —adoptadas por mayoría supercualificada en el Consejo— deberían cubrir determinadas disposiciones para las que los Tratados actuales prevén procedimientos autónomos. Se trataría de las disposiciones de carácter especialmente delicado desde un punto de vista político o institucional» (*Informe*, cit., pág. 27).

(67) El Informe considera que la nueva tipología de instrumentos debería extenderse al Tercer Pilar, dejando abierta la posibilidad de excluir su eficacia directa (posibilidad que deja también abierta el Informe final del Grupo X, pág. 7, en el que se señala que podría admitirse «que las directivas —leyes marco UE— que confieran derechos a las personas tuvieran efectos directos»). En cuanto al Segundo Pilar, sostiene la conveniencia de mantener las especificidades de los instrumentos en dicho ámbito, si bien reconduciendo la actual tipología a una sencilla distinción entre «decisiones PESC» (que englobaría las «estrategias comunes», las «acciones comunes» y las «posiciones comunes») y «decisiones de ejecución PESC» (en aplicación de una «acción común» o una «posición común»).

(68) El Informe también destaca la posibilidad de que instrumentos ejecutivos, de carácter infra-legal o no legislativo, implementen directamente el mandato de disposiciones contenidas en los Tratados, sin mediación legislativa alguna (págs. 11-12). Cfr. el Documento de Trabajo presentado por Giuliano Amato (WD-IX WD-10) acerca de los tipos de instrumentos actualmente adoptados sobre la base directa de los Tratados que, siendo minoritarios, adquieren en algunos supuestos una enorme relevancia, como en materia de competencia y ayudas de Estado (arts. 83.1 y 89 TCE).

(69) Concretamente, el Informe propone (págs. 14-15) generalizar la codecisión con mayoría cualificada en el seno del Consejo, con la excepción en su caso de «ámbitos especialmente delicados, desde un punto de vista político, para los Estados miembros».

(70) Cfr. Informe final, cit., pág. 2.

difican algunos elementos del acto legislativo, siempre dentro del marco de una habilitación definida por el legislador. Tal sería, por ejemplo, el caso cuando el legislador considerara que los elementos esenciales por él definidos de un ámbito determinado requieren un desarrollo legislativo que puede delegarse, al tiempo que somete dicha delegación a limitaciones y a un mecanismo de control que el propio legislador determinara en el acto legislativo» (71).

Junto a ellos, el Informe contempla la figura de los *reglamentos (y decisiones) de ejecución*, definidos como «actos de ejecución de actos legislativos o de actos «delegados» o previstos en el propio tratado. Al igual que en el caso de los actos delegados, corresponde al legislador determinar si es preciso adoptar a escala de la Unión actos de ejecución de los actos legislativos o delegados y en qué medida, así como, en su caso, el mecanismo de comitología (artículo 202 del TCE) que deberá acompañar a dichos actos» (72).

Vaya por delante que la distinción entre unos y otros está lejos de estar siquiera medianamente clara (73). Como quedó patente en los debates de la Convención en la sesión de 5 y 6 de diciembre de 2002, con ocasión de la presentación al Pleno del Informe final del Grupo IX por su Presidente, Giuliano Amato, hubo división de opiniones en torno a la introducción de la técnica de la reglamentación delegada, con intervenciones que abogaron por «una mayor clarificación del concepto y de cómo tales actos se diferenciarían de los actos de ejecución» (74).

Efectivamente, el concepto mismo de actividad «delegada» encierra una doble faceta, según el objetivo perseguido sea la modificación o el desarrollo de actividad legislativa. Y es sobre todo esta última la que difumina la frontera con la actividad de ejecución, habida cuenta que, según acabamos de ver, «será el acto legislativo, y en consecuencia el legislador, quien decida caso por caso y en qué medida es necesario recurrir a actos «delegados» o

(71) Informe, cit., pág. 9.

(72) *Idem*.

(73) Asumido, como el propio Grupo IX reconoce en la mismísima primera línea de su Informe, que «no hay nada más complicado que la simplificación». Poca claridad, por lo demás, creemos que aportan al respecto las exposiciones ante el Grupo de Jean-Claude Piris, Director del Servicio Jurídico del Consejo, y Koen Lenaerts, Juez del TPI (respectivamente, WD-IX, WD-6 y WG-IX WD-7).

(74) Informe sumario sobre la sesión plenaria de 5 y 6 de diciembre de 2002, CONV 449/02, pág. 5; división de opiniones a resultas de la cual «the Chairman announced that more detailed proposals for the concept of delegated acts and the distinction between them and implementing acts would be submitted at a later date for the Convention to give its views» (pág. 8).

actos de ejecución, o ambos, y cuál sería su alcance» (75). Si se trata de una decisión «del legislador», parece, por de pronto, excluirse el concepto de la reserva material de ley impuesta por el constituyente como terreno abonado para el recurso a la reglamentación delegada.

Sentado lo cual, si pocas dudas ofrece la subordinación jerárquica de la reglamentación de ejecución respecto de la delegada (y, por supuesto, respecto de la actividad legislativa), pues precisamente a ello obedecen los distintos procedimientos para la elaboración de la una y la otra [sometida aquella al en su caso revisado procedimiento de la comitología (76) y ésta a un control directo por el legislador europeo (77)], la ambigüedad es la nota característica del Informe en lo concerniente a la relación entre las actividades legislativa y delegada.

Así, mientras que por un lado se insiste en la naturaleza no legislativa de los reglamentos delegados (78), o, positivamente, en su naturaleza de «second tier of acts» frente al «third tier of the hierarchy of legislation which would be made up of implementing acts (i.e., reglamentos y decisiones de ejecución)» (79), por otro, ni la técnica de la delegación a efectos de modificación de actividad legislativa se aborda en términos «deslegalizadores» (80), ni tiene mucho sentido hacer uso de ella frente a la técnica de la

(75) Informe, cit., pág. 9.

(76) Según el Informe (pág. 12), «debería estudiarse, en particular, si debería modificarse o suprimirse el procedimiento de comité de reglamentación que implica un *call back*». «Con todo —matiza— hay que señalar que su posible modificación no depende directamente del Tratado sino del Derecho derivado, concretamente de la Decisión sobre los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, adoptada sobre la base del artículo 202 del TCE (Decisión 1999/468/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999)», por lo que «esta cuestión supera el mandato del Grupo de Trabajo».

(77) Como ejemplos de mecanismos de control, el Informe se refiere a los siguientes: 1) «derecho de avocación (*call back*): consistiría en poder recuperar la capacidad de legislar en la materia en caso de que se sobrepasara la habilitación (*ultra vires*) o cuando se trate de cuestiones especialmente delicadas desde el punto de vista político, o con importantes repercusiones financieras»; 2) «plazo de silencio: las disposiciones entrarían en vigor si, transcurrido un plazo determinado, el legislador no expresa objeciones»; y 3) «cláusula de suspensión (*sunset clause*): las disposiciones del acto delegado tendrían una duración limitada; una vez pasado este plazo, el legislador debería renovar la habilitación».

(78) Según señala el Informe, «podría reservarse la denominación de «reglamento» para la adopción de actos «delegados» y de actos de ejecución, es decir, *en general para actos de carácter normativo que no son actos legislativos*» (Informe, cit., pág. 6).

(79) Informe sumario sobre la sesión plenaria de 5 y 6 de diciembre de 2002, CONV 449/02, págs. 5 y 8.

(80) Pues el propio acto legislativo debe fijar «los objetivos, el contenido y el alcance de la habilitación» y establecer «los mecanismos de control a disposición del legislador» (Informe, cit., pág. 10).

pura ejecución si no es a los efectos de considerar «legislativo» el producto resultante, si respetado el marco habilitante de la delegación (81). Salvadas las distancias, parece que el alcance del reglamento delegado sería similar al de nuestro Decreto Legislativo: si respetado el referido marco, tendría el mismo rango que las leyes de la Unión.

En cualquier caso, y salga o no adelante la técnica de la reglamentación delegada, lo cierto es que por vez primera se aborda abiertamente la cuestión de la posible identificación de la «actividad legislativa» de la Unión con su legitimidad democrática, así como su superioridad jerárquica respecto de instrumentos en los que dicha legitimidad baja en intensidad (82), lo que parece que debería reflejarse en el contexto jurisdiccional, con una diferencia más nítida entre el control de constitucionalidad y el de pura legalidad; diferencia esta que, entre otras consecuencias (como por ejemplo, la deseable apertura de la legitimación a los particulares para impugnar la actividad «de desarrollo» de la Unión, unida a la intensificación del control judicial habida cuenta de la reducción de la discrecionalidad en el ejercicio de dicha actividad) (83), podría conducir a una distinción de jurisdicciones —constitucional y ordinaria— en el escalón europeo, hasta ahora desconocida debido —entre otros motivos— precisamente a la referida oscuridad —a la que el Informe final del Grupo IX pretende poner fin— en cuanto a la naturaleza legislativa o reglamentaria de los instrumentos de intervención de la Unión.

V. LA «COMUNITARIZACIÓN» DEL TERCER PILAR Y SUS REPERCUSIONES JURISDICCIONALES

El Informe del Grupo de Trabajo X, «Libertad, Seguridad y Justicia» (84), ha reiterado dos ideas que ya venían sonando en los Informes an-

(81) «En cualquier caso», aclara el Informe al referirse a los mecanismos de control sobre los reglamentos delegados (pág. 11), «el Tribunal de Justicia mantendría su competencia a tenor del artículo 230 del TCE para pronunciarse sobre toda posible violación de las condiciones establecidas en la habilitación».

(82) Y es que, como enfatizó Amato en el comienzo de su exposición del Informe final del Grupo ante el Pleno de la Convención, «simplifying procedures and instruments was not purely technical exercise; there were political issues at stake as well» (Informe sumario, cit., pág. 1).

(83) La consagración constitucional de una partición entre actos legislativos y actos ejecutivos traería consigo otras preguntas que afectan a la jurisdicción de la Unión, tales como si no debería replantearse la función y estructura de la excepción de ilegalidad, ahora fortalecida a instancia de los nuevos reglamentos delegados, o el papel de los Tribunales nacionales y la contundencia de la *doctrina Foto-Frost*, reformulándola o cuando menos modulándola en lo concerniente al enjuiciamiento de los actos de desarrollo.

(84) Informe final del Grupo X, «Libertad, Seguridad y Justicia», CONV 426/02, basa-

teriores: la simplificación de instrumentos y su racionalización. Desde la óptica del Tercer Pilar, el Informe final ha planteado (85) estas dos ideas a través de las llamadas «reglas de oro», que reclaman, en primer lugar, «un marco jurídico general común que reconozca las particularidades de este ámbito», y, en segundo lugar, una separación entre las medidas «legislativas» y las «operativas» (86).

Tratándose de dos cuestiones a las que ya nos hemos referido al analizar el Informe del Grupo IX, nos limitaremos a subrayar las peculiaridades que aportaría a la arquitectura judicial, que se reducen a la extensión de la jurisdicción a todas las materias actualmente ubicadas en el Título VI TUE y el Título IV TCE bajo un marco común (87).

Destaca así el Informe la necesidad de someter todos los actos comunitarios en materia de libertad, seguridad y justicia al control de la jurisdicción comunitaria, poniendo fin a las limitaciones competenciales actualmente existentes (88), y de hacerlo, además, extendiendo a los referidos ámbitos

do en el Mandato del Grupo de Trabajo X, presentado el 12 de septiembre de 2002, CONV 258/02.

(85) Informe final, cit., págs. 2-3.

(86) Habida cuenta que en la actualidad las responsabilidades operativas están repartidas entre las autoridades policiales y judiciales de los Estados miembros, Europol, Eurojust y la OLAF, el Grupo considera que resultaría ventajosa para mejorar la transparencia y la eficiencia en el funcionamiento del Tercer Pilar una diferenciación más nítida entre la actividad legislativa —en el sentido amplio de la expresión— de la Unión y la actividad de coordinación de la colaboración operativa.

(87) El Informe, que aborda la simplificación de instrumentos y procedimientos, se inclina abiertamente en lo concerniente a aquéllos por una equiparación con el sistema de actos del TCE. Cualquiera que sea el resultado final en materia de simplificación, el esquema de actos expuesto en el apartado anterior serviría de referente en las políticas de libertad, seguridad y justicia, desapareciendo así las posiciones comunes, las decisiones marco, las decisiones y los convenios. Estos últimos han sido especialmente criticados debido a su ineficacia, y se los considera causantes de los escasos resultados logrados durante los últimos años en la esfera del Tercer Pilar (cfr. Informe final, cit., págs. 7, 20-22).

(88) Como destaca el Informe final (págs. 24-25), en el marco del Título V TUE (art. 35) el TJCE «es competente para pronunciarse con carácter prejudicial únicamente si los Estados miembros reconocen formalmente dicha competencia (lo que ha dado lugar a una compleja «geografía variable»); por otra parte, no es competente para controlar la validez de los actos de la policía u otros servicios con funciones coercitivas; el derecho a interponer recursos de anulación se limita a los Estados miembros y a la Comisión en las condiciones que establece el artículo 35.6 del TUE»; limitaciones «que ya no resultan aceptables» en la medida en que «afectan directamente a los derechos fundamentales de las personas». En cuanto al Título IV TCE (art. 68), destaca asimismo la limitación «del procedimiento de resolución prejudicial a las cuestiones planteadas por órganos jurisdiccionales supremos de última instancia; sin embargo, es bien sabido que las dificultades de interpretación se plantean fundamentalmente ante los tribunales de primera instancia. Esto significa que la persona debe presentar

«el sistema general de competencia» del TJCE (89), armonizando de esta manera lo que en puridad no dejan de ser las dos caras de una misma moneda: la unidad competencial y la plena justiciabilidad de todos los actos, incluidos los «operativos», que aluden, en terminología administrativa, a las medidas de coacción directa.

Aunque las propuestas parecen a primera vista humildes, un cambio en esta dirección implicaría una modificación sustancial del actual sistema jurisdiccional comunitario, sobre todo desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales (90).

En efecto, la creciente legislación con base en los Títulos VI TUE y IV TCE ha ido mostrando una progresiva mayor incidencia de la Unión en la esfera más inviolable de la persona, acompañada paradójicamente de cierta restricción jurisdiccional (91). Cualquier avance en estas materias traería consigo una mayor tensión entre la protección de los derechos fundamentales y los intereses de orden público europeos, y la limitación competencial del TJCE podría implicar, de arranque, situaciones potencialmente lesivas de la tutela judicial efectiva (92); panorama éste que vendría a ensombrecer-

recursos sucesivos hasta la última instancia para solicitar que una cuestión de interpretación (o de validez) se plantee ante el Tribunal Europeo (lo que resulta especialmente problemático en cuestiones tales como el asilo, en las que resulta esencial un procedimiento judicial ágil). Por otra parte, se excluye la competencia del Tribunal en relación con medidas relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior (control de las personas que cruzan las fronteras interiores)». Y teniendo en cuenta que aquí también tales medidas afectan por su propia naturaleza a los derechos individuales, «la mayor parte del Grupo considera difícil justificar que sigan estando excluidas de la competencia del Tribunal, habida cuenta, en especial, de que otras igualmente relativas al mantenimiento del orden público (p. ej. la expulsión de un ciudadano de la UE de un Estado miembro a otro) siempre han estado sometidas al control judicial del TJCE».

(89) Informe final, cit., pág. 25.

(90) Como acabamos de ver que subraya el Informe final (págs. 24-25).

(91) Estamos actualmente ante unas competencias jurisdiccionales que HENRI LABAYLE califica de «edulcoradas» en su contribución al Grupo de Trabajo (WG-X WD-3, págs. 12-13; calificación más suave que la de «regresivas» y «mezquinas» empleadas por el mismo LABAYLE: «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *RTDE*, núm. 4, 1997, págs. 862, 875). Téngase en cuenta, por lo demás, que aunque los instrumentos del Tercer Pilar son, con restricciones, impugnables ante el TJCE, su línea divisoria con el Segundo Pilar, excluido del control judicial en el seno de la Unión, no siempre son claras, y las medidas antiterroristas adoptadas con posterioridad al 11 de septiembre, caso de las posiciones comunes 2001/930/PESC y 2001/931/PESC, son buena prueba de ello.

(92) Cfr. la ya citada decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 mayo 2002, *SEGI e.a. y GESTORAS PRO AMNISTIA e.a. v. Alemania... (demás países de la UE)*, en la que, pese a inadmitir como vimos el recurso, no cerró las puertas a una interpretación en tal sentido.

se aún más si las Comunidades/Unión reciben competencias para dictar actos penales, tal como apunta el Informe final, referentes a delitos de carácter transfronterizo (93).

Ello vuelve, una vez más, a poner de relieve la intensificación de la relevancia del rol constitucional de un TJCE que debe actuar de manera especialmente diligente en este particular terreno competencial de la Unión, habida cuenta de la propia naturaleza de los derechos fundamentales en juego, conformadores del núcleo duro de la vida jurídica del individuo y necesitados por ello mismo de una protección jurisdiccional cuya rapidez y efectividad, creemos, no puede quedar difuminada en el contexto de una jurisdicción encargada al tiempo de velar por el respeto de toda la legalidad ordinaria y de garantizar su uniforme aplicación, hasta el más mínimo detalle, en todo el territorio de la Unión.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿HACIA UNA JURISDICCIÓN AUTÉNTICAMENTE CONSTITUCIONAL EUROPEA?

Defendemos así, a título de reflexión final, la posibilidad de que la Convención plantee una reforma institucional que, en coherencia con los cambios sustanciales propuestos por los Grupos de Trabajo, se decante por una verdadera «arquitectura» judicial europea.

Tal reforma pasaría por reconvertir al Tribunal de Justicia en un auténtico Tribunal Supremo de la Unión Europea, con una naturaleza similar a las jurisdicciones constitucionales de varios Estados miembros, mientras que el Tribunal de Primera Instancia debería transformarse (más de lo que será a partir de Niza) en el verdadero juez de Derecho común europeo, sometido a la jurisdicción de una segunda instancia, una suerte de Tribunal de Casación, en cuestiones de legalidad ordinaria o *infra*-constitucional (94).

(93) Informe final, cit., págs. 9-10. Siguiendo las iniciativa aportada por el Tratado de Amsterdam, plasmada en el artículo 31.e) TUE, e impulsada posteriormente por el Consejo Europeo de Tampere, el Informe propone la creación de una base jurídica general para legislar en aspectos sustantivos penales cuando se cumpla uno de los dos requisitos siguientes: a) «cuando el delito tenga tanto un carácter particularmente grave como una dimensión transfronteriza». b) «cuando el delito vaya dirigido contra un interés europeo común que ya sea objeto de una política común de la Unión [...], la aproximación del Derecho penal material debe formar parte de la gama de medidas para llevar adelante dicha política toda vez que no basten las normas no penales».

(94) Arquitectura esta completada puntualmente en su caso con Tribunales especializados en la línea del Tratado de Niza.

De esta manera, la Unión se dotaría de un auténtico poder judicial europeo, con participación del entramado judicial de los Estados miembros, dotado de una sofisticación acorde con la expansión del modelo supranacional comunitario dentro del esquema competencial de la Unión, en un contexto global de constitucionalización del sistema europeo de integración desde una perspectiva tanto material como, cuando menos por lo que a su operatividad *ad intra* se refiere, formal; además, permitiría canalizar la creciente masificación de asuntos ante los actuales Tribunal de Justicia y Tribunal de Primera Instancia, al tiempo que su articulación no incidiría en el funcionamiento y autonomía de las jurisdicciones nacionales de forma sustancialmente distinta a como lo hace hoy.

Un modelo alternativo (95) podría consistir en la creación de una Sala Constitucional en el seno del Tribunal de Justicia; orgánicamente menos innovador, pero inspirado en la misma filosofía y por ello igualmente merecedor de nuestra simpatía, facilitaría afrontar desde dentro la en ocasiones permeable línea de separación entre los problemas de constitucionalidad y de legalidad ordinaria, y podría ahorrar simultáneamente susceptibilidades a la hora de concretar su composición.

Y es que, en definitiva, sin una jurisdicción que aplique el Derecho de la Unión de forma diligente y acorde con sus funciones, no puede haber Comunidad de Derecho real y efectiva; y en ausencia de una Comunidad de Derecho real y efectiva, todo debate sobre el constitucionalismo de la Unión se torna en un discurso vacío y carente de un eje esencial. Mientras no se aborde de cara al 2004 la arquitectura judicial de las Comunidades/Unión, el debate sobre el futuro de Europa necesitará, más pronto que tarde, replantearse una vez más.

(95) Esbozado por el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo en el marco de las *Jornadas «Por una Constitución Europea»*, organizadas por el Collège des Hautes Études Européennes «Miguel Servet» y celebradas en Madrid el 29 y 30 de noviembre de 2002.