

ALGUNOS ASPECTOS DEL DERECHO DERIVADO EN EL TRATADO DE LISBOA: CATEGORIZACIÓN DE LOS ACTOS, INDETERMINACIÓN DE LOS TIPOS DE ACTOS, BASES JURÍDICAS Y JERARQUÍA

Por

ARACELI MANGAS MARTÍN*
Catedrática de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Salamanca

amangas@usal.es

Revista General de Derecho Europeo 18 (2009)

SUMARIO: I. Introducción. II. La categorización de los actos jurídicos de la Unión. III. Los actos legislativos. 1. Los procedimientos de producción normativa y los instrumentos normativos. 2. Actos legislativos de procedimiento ordinario. 3. Actos legislativos de procedimiento legislativo especial. IV. LOS ACTOS NO LEGISLATIVOS. V. LA INDETERMINACIÓN DEL INSTRUMENTO JURÍDICO O TIPO DE ACTO. VI. INDETERMINACIÓN DEL INSTRUMENTO, BASES JURÍDICAS Y MOTIVACIÓN. VII. JERARQUÍA ENTRE LOS ACTOS DEL DERECHO DERIVADO. 1. Ausencia de un principio formal de jerarquía entre los actos del Derecho Derivado y paridad institucional. 2. La introducción de criterios de prelación entre actos normativos y ejecutivos en función del procedimiento de adopción. VIII. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 introducirá una serie de cambios que afectan al sistema del derecho derivado tal como lo hemos conocido desde la fundación del proceso de integración. Tales cambios están basados en la distinción entre dos *categorías* de actos en función del procedimiento de adopción: actos legislativos y actos no legislativos¹. Sin embargo, los *instrumentos* o *tipos* de actos, adoptados indistintamente en dichos procedimientos, obedecen a tres clases bien conocidas desde la fundación misma de las Comunidades europeas en 1951-1957 y que mantienen sus características y efectos tras las reformas del Tratado de Lisboa: reglamento, directiva y decisión.

La distinción formal y genérica de los actos según los procedimientos ¿qué alcance tiene? ¿conlleva la introducción de una jerarquía formal entre los actos o, por el contrario, se

* Este trabajo de investigación forma parte del proyecto financiado por la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León (Grupo de Excelencia Gr. 247, 2008-2010)

¹ El texto consolidado con sus reformas vertidas ya en el TUE Lisboa y en el TFUE es el publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 9 de mayo de 2009, C 115.

mantiene el sistema basado en el contenido sustancial de los mismos? ¿afectará la amplia indeterminación de tipos normativos concretos a los contenciosos sobre las bases y la motivación?

La simplificación de la tipología² y la clarificación de la jerarquía ha sido un problema que se venía arrastrando desde, al menos, los años ochenta del pasado siglo. En el sistema jurídico de la Unión se vienen intentando alcanzar esos objetivos, al menos desde 1984, mediante el proyecto de Tratado sobre la Unión Europea del PE (el llamado proyecto Spinelli³). Ya entonces se hablaba de leyes orgánicas, leyes, etc. al igual que en el segundo intento del Parlamento europeo fracasado en 1994 (proyecto Hermann-Oreja⁴.) También durante la Conferencia intergubernamental de 1991-92, que condujo al Tratado de Maastricht, en algunas de sus etapas, se proyectó una diferenciación semejante. De esta época es la idea, por la que se optado en el Tratado de Lisboa, en favor de un ajuste de la tipología de los actos comunitarios que previese la introducción, para los principios generales y elementos esenciales que regulan determinadas materias enumeradas en el Tratado, de una categoría de normas basadas en el procedimiento de codecisión entre el Parlamento Europeo y el Consejo. Pero finalmente no se mantuvo en el Proyecto que debatió el Consejo Europeo en diciembre de 1991 en Maastricht, cuyo borrador contenía hasta las vísperas de su adopción la denominación de actos legislativos⁵, por lo que en el Acta Final se incorporó una Declaración anexa al TUE que remite la revisión de la clasificación de los actos comunitarios y su adecuada jerarquización a la siguiente Conferencia Intergubernamental.

Se dejó, pues, para la siguiente Conferencia Intergubernamental de 1996 una tarea para la que no fue capaz de dar una solución en el Tratado de Ámsterdam. Por ello, clarificar la jerarquía normativa y tipología de los actos de las Instituciones iba a ser uno de los temas predeterminados en la Agenda de la Conferencia Intergubernamental de

² Sobre el concepto de simplificación y su diferenciación de la codificación, vid. JACQUÉ, J.P.: "La simplification et la consolidation des traités", en *RTDE*, 1997-4, pp. 195 y ss.; WITTE, B. DE: "Simplification and reorganization of the European Treaties", *CMLR*, 2002, pp. 1.2

³ Véase el texto del anteproyecto y del proyecto de tratado en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1983-3, p. 1145 y ss. y 1984-1, p. 351 y ss. .

⁴ Una síntesis puede verse en Segundo Informe de la Comisión de Asuntos Institucionales sobre la Constitución de la Unión Europea, (Informe F. Hermann), 9.2.1994, A3-0064/94. Al menos tres borradores de cierta consistencia se prepararon entre los años 1993 y 1994 (el Informe Oreja de 1993 y los dos Informes Hermann de 1994). Vid.: MANGAS MARTÍN, A.: "Las funciones de la Unión. Análisis del sistema de fuentes y de la elaboración y control del cumplimiento de las normas en el proyecto de Constitución de la Unión Europea", *Comunidad Europea Aranzadi*, 1993, noviembre, pp. 41 ss. y en VV.AA: *La Constitución Europea*, Actas de El Escorial, Madrid, 1994, pp. 157 ss.; "Reflexiones sobre el proyecto de Constitución europea ante la perspectiva de la reforma de 1996", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1995-4, pp. 135 ss.

⁵ Doc. UP/32/91; Doc. CONF-UP 2008/91.

1996⁶. Pero la Comisión en sus dos Informes (al grupo de Reflexión y a la CIG) apenas aludía al problema⁷. El Informe del Grupo de Reflexión⁸ era más prolijo y decantaba las posiciones. Aunque la mayoría estimaba que daría más claridad y eficacia al sistema institucional y decisorio, otros estimaban que la lógica de la jerarquía es la separación de poderes del Estado. Por su parte el TJCE, en su Informe de mayo de 1995 advertía sobre las consecuencias que tendría la introducción de una jerarquía de normas en el sistema de recursos y, especialmente, para el acceso de los particulares ante el TJCE⁹. Por ello, no es de extrañar que en el Tratado de Ámsterdam ni tan siquiera se incluyera una declaración reconociendo el fracaso y pendencia del debate, como se hizo con la Declaración 16 anexa al Acta Final de Maastricht. Durante los trabajos y debates que precedieron al Tratado de Niza también se reabrió esta vieja cuestión, si bien fue apartada de nuevo.

Así pues, el sistema de normas comunitarias ha seguido en su estado natural desde la fundación de las Comunidades europeas en los años cincuenta hasta la reciente reforma del Tratado de Lisboa.

Claro que no se debe olvidar que la jurisprudencia ha clarificado algunos aspectos importantes como la subordinación de los reglamentos de ejecución a los de base e indirectamente ha ayudado mucho con su constante jurisprudencia sobre las bases jurídicas a los que me referiré más adelante.

Es bien sabido que, a diferencia del derecho interno, los Tratados no establecen denominaciones diferentes según la Institución de la que emana el acto; hay, pues, reglamentos, directivas y decisiones del Consejo y del PE, del Consejo y de la Comisión (también del Banco Central Europeo, así como el Tratado de Lisboa añadirá decisiones del Consejo Europeo). Tampoco en la actualidad, en consecuencia, se denomina de forma distinta las normas en función de su naturaleza legislativa, reglamentaria o administrativa, si bien el Tratado de Lisboa califica a determinados actos originados por una delegación del poder legislativo como actos que deben ser apostillados como “delegados” y los originados por la atribución del poder ejecutivo como actos “ejecutivos”.

⁶ Declaración nº 16 del TUE adoptado en Maastricht. Vid. R. Kovar, “La Déclaration nº 16 annexée au Traité sur l’Union Européenne: chronique d’un échec annoncé?”, en *Cahiers de Droit Européen*, 1997, 1-2, p. 3.

⁷ Conferencia Intergubernamental de 1996, *Informe de la Comisión para el Grupo de Reflexión*, Luxemburgo, OPOCE, 1995; Conferencia Intergubernamental de 1996, *Reforzar la Unión Política y preparar la ampliación*, Luxemburgo, OPOCE, 1996.

⁸ *Informe del Grupo de Reflexión (Informe Westendorp)*, 5 de diciembre de 1995, SN 520/95, punto 126 (publicado también en *GJ de la CE*, Bol. 108, nov.-dic. 1995, pp. 63-92).

⁹ *Informe del TJCE sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea*, Luxemburgo, mayo 1995, punto 21.

Al fundarse el sistema en la atribución de competencias, caso por caso, a cada Institución y en la paridad formal entre todas ellas, tampoco ha establecido jerarquía entre los actos institucionales. En el orden interno la jerarquización entre los poderes y los órganos ha conllevado una jerarquía de sus actos.

El sistema de normas y actos del art. 249 TCE distingue únicamente en función de los destinatarios y de su intensidad normativa. No tiene en cuenta su objeto o contenido en el sentido de apreciar si regula los objetivos, principios y límites normativos¹⁰. A veces el procedimiento de decisión o de votación varía en función del objeto (unanimidad o mayoría cualificada, codecisión, dictamen conforme o aprobación en la terminología del Tratado de Lisboa, dictamen consultivo), pero de esa variedad no se deduce una jerarquía ni particulariza la denominación.

Las modificaciones que introduce el Tratado de Lisboa de 2007 en materia de derecho derivado afectan tanto al Tratado de la Unión Europea (en adelante, *TUELisboa* para diferenciarlo del todavía vigente TUE) como al Tratado de la Comunidad Europea (TCE), que pasará a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión (en adelante, *TFUE*).

II. LA CATEGORIZACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS DE LA UNIÓN

Ciertamente, la simplificación normativa no es sólo hacer más legible y comprensible un sistema jurídico, sino que sobre todo es fortalecer el fundamento democrático del sistema político¹¹. Sin duda facilita una mayor transparencia. Por ello, el Grupo IX, al que se asignó en la Convención esta tarea de simplificación del sistema jurídico en el marco preparatorio del fracasado Tratado constitucional, apoyó la inclusión de una lista y una definición que permitiera identificar con facilidad el alcance de un acto, así como su legitimidad. Y dado que su línea divisoria se situó de forma muy correcta entre los actos del legislativo y el resto de actos, esa línea permite ver la participación democrática, puesto que “es indispensable que [los ciudadanos] puedan diferenciar las responsabilidades de cada institución así como las de los distintos actores de la escena europea”¹².

¹⁰ Como señalaba J. DIEZ-HOCHLEITNER la caracterización que ese precepto “realiza de cada uno de los actos en él tipificados -caracterización que reposa en los efectos del acto y no en su función legislativa, ejecutiva o administrativa- no permite determinar con claridad sus contornos” (“Tipología de los actos comunitarios y reforma de los procedimientos de decisión” en *El Tratado de Ámsterdam, Análisis y comentarios* (M. OREJA AGUIRRE, Dir.), McGraw Hill y Fundación BBVA, Madrid, 1998, p. 566).

¹¹ En ese sentido LEANERTS, K.; DESOMER, M.: “Simplification of the Union’s Instruments”, *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe* (B. de Witte, ed.), Florencia, 2003 (en CONV 703/03), pp. 107-108.

¹² CONV 424/02, p. 22. Véase PETITE, M.: “Les instruments: comment les simplifier”?, WG IX, WD 08, 22 de octubre de 2002 (Intervención en el Grupo IX de la Convención).

No hay un cambio en profundidad del sistema de actos, que tampoco se necesitaba dado que el sistema de los tratados fundacionales vigente es ingenioso y muy técnico. Pero se incrustan novedades de interés en el sistema de actos.

El Tratado de la Unión Europea, tal como será modificado por el Tratado de Lisboa, cuando éste entre en vigor, ha abordado la distinción entre la función legislativa, que atribuye al Parlamento europeo y al Consejo (art. 14 y 16 TUE Lisboa), y la ejecutiva o no legislativa, que atribuye al Consejo, a la Comisión y a otras instituciones, entendiendo que en lo no establecido corresponde a los Estados miembros (art. 291.1 TFUE). Esa distinción expresa, entre la función legislativa y la ejecutiva (aunque sin definir las), aporta transparencia a las funciones de las instituciones y al sistema de actos¹³.

La función legislativa parte de un concepto que no se describe en el Tratado y que habrá que deducir del contexto general de los Tratados comunitarios como la capacidad de decidir los elementos esenciales de un régimen jurídico en un ámbito dado, estableciendo los principios que lo rigen, los objetivos generales y los elementos esenciales que conllevan las opciones políticas fundamentales.

La distinción entre funciones conlleva racionalizar los procedimientos comunitarios a este respecto; permite una mayor lógica de la toma de decisiones y, por tanto, una mayor transparencia de dicho proceso para los ciudadanos responsabilizando al Parlamento y al Consejo de las decisiones más importantes. La tarea de los colegisladores debería concentrarse en la definición de grandes objetivos y principios de la legislación comunitaria más que en disposiciones detalladas y de carácter altamente técnico, que se corresponderían con la función ejecutiva.

La función legislativa se traduce fundamentalmente:

- en la aprobación de actos legislativos por el Consejo y el Parlamento, adoptados en procedimiento ordinario (previsto en casi noventa preceptos);
- también en actos de una u otra institución, con consulta o aprobación de la otra, que son aprobados en un procedimiento especial.

A su vez, se podrá delegar el poder legislativo del Consejo y del PE en la Comisión para la adopción de actos “delegados” (pero ya serán actos no legislativos, art. 290.1 TFUE). Estos actos añadirán el calificativo de actos delegados (reglamento delegado, directiva delegada, decisión delegada).

¹³ Como reconocía J. DIEZ-HOCHLEITNER, la confusión es extrema entre los actos de carácter legislativo y los actos ejecutivos (*loc. cit.*, p. 566).

III. LOS ACTOS LEGISLATIVOS

De entrada hay que señalar que la utilización del concepto “acto o actividad legislativa” no es una novedad en el derecho vigente anterior al Tratado de Lisboa. El Tratado de Ámsterdam introdujo este concepto en el artículo 207 TCE y en el Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea (puntos 2, 3, 5 y 6): se refiere al Consejo actuando «en su capacidad legislativa», «propuestas e iniciativas legislativa» y «actividad legislativa» en relación con el principio de transparencia. El punto 6 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establece que «La Comunidad deberá legislar...». También los art. 7 y 8 del Reglamento interno del Consejo se refiere, desde hace al menos una quincena de años, a «actos legislativos» “que se han de adoptar por el procedimiento de codecisión”; y enuncia los casos en que el Consejo actúa en su “capacidad legislativa”. El Reglamento interno se anticipó hace años al vincular la noción de acto legislativo en función del procedimiento de adopción de la norma y, además, describe que el acto legislativo es “jurídicamente vinculante en o para los Estados miembros...con excepción de las deliberaciones que conduzcan a la adopción de medidas de orden interno, actos administrativos o presupuestarios, actos sobre relaciones interinstitucionales o internacionales, o actos no vinculantes (como conclusiones, recomendaciones o resoluciones)”.

Ahora bien, todos esos precedentes citados se vinculan en su mayoría con la transparencia, pero sin vínculo ni con el procedimiento de codecisión ni con una categorización y jerarquización de los actos comunitarios

El Tratado de Lisboa proclama que son actos legislativos los adoptados mediante un procedimiento legislativo, ya sea ordinario, ya sea especial (art. 289.3 TFUE). La definición es formal y esa categorización viene condicionada por el procedimiento de adopción. Este procedimiento rige para la adopción de actos en las materias que el TUE Lisboa y el TFUE reservan expresamente a este procedimiento¹⁴. Emulando la práctica interna hay, pues, materias de “reserva de acto legislativo”

¿Qué se debe entender por esta noción general de acto legislativo? Yo creo que más allá de una condición de forma o procedimiento –que sin duda es relevante-, hay además una condición “esencial” o de fondo y que está relacionada con el ejercicio de la función legislativa.

Por un lado, desde el punto de vista sustantivo un acto legislativo debe expresar las opciones políticas fundamentales, los elementos esenciales del régimen jurídico en

¹⁴ Vid. BEST, E.: “Legislative Procedures After Lisbon : Fewer, Simpler, Clearer?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, vol. 15, nº1, pp. 85 ss.

cuestión, los objetivos generales y los principios que lo rigen. En todo caso se deberá calificar como función y acto legislativo cuando se regule o se afecte a los derechos humanos o cuando el acto tenga implicaciones políticas importantes o cuando se goce de un amplio grado de discrecionalidad. Además, tiene que tener necesariamente su base jurídica directamente en el Tratado (principio de atribución de competencias)¹⁵.

Por otro, la perspectiva formal se refiere a la utilización de un procedimiento *legislativo* de aprobación, ya sea ordinario, ya sea especial.

Los actos legislativos, cualquiera que sea el procedimiento –ordinario o especial- de adopción, pueden ser cualesquiera de los tres tipos bien conocidos: reglamento, directiva y decisión.

Los actos legislativos crearán iguales derechos y obligaciones para todos susceptibles de ser exigidos en todo el territorio de los Estados miembros. Por tanto, serán un acto esencialmente normativo que se aplica a una serie de categorías determinadas de forma abstracta y global. Su contenido no tendrá carácter dispositivo sino imperativo por lo que los afectados no pueden llegar a acuerdos en contrario, de modo que se imponen con plena eficacia a todos sus destinatarios.

1. Los procedimientos de producción normativa y los instrumentos normativos

Importa resaltar que los actos comunitarios legislativos (ordinarios o de procedimiento especial) como los no legislativos -incluidos los delegados y los de ejecución- no cambian de nombre ni de características por el hecho de ser adoptados por un procedimiento u otro.

Por tanto, un mismo procedimiento de producción normativa puede dar lugar a un reglamento, una directiva o una decisión, -tipos o instrumentos muy diferentes entre sí- y, a su vez, cualquiera de los procedimientos legislativos o no legislativos de formación de las normas y actos pueden conducir a adoptar un reglamento, una directiva o una decisión. Ahora bien, el avance cualitativo que aportará el Tratado de Lisboa es que el procedimiento legislativo no puede dar lugar a actos reglamentarios o de detalle ni a actos administrativos y debe ser reservado para establecer las bases generales en un determinado ámbito.

¹⁵ El TJCE ha rechazado que la base jurídica de una norma pueda ser otra norma de derecho derivado adoptada en codecisión pues equivaldría a una delegación legislativa no permitida por el Tratado; como señala el Tribunal de Justicia “Sólo el Tratado puede, en casos particulares [...] facultar a una institución para modificar un proceso decisorio establecido por él” y que “reconocer a una institución la posibilidad de crear bases jurídicas derivadas [...] supone atribuirle una facultad legislativa que excede de lo previsto en el Tratado” y vulneraría “el principio de equilibrio institucional, que implica que cada una de las instituciones ha de ejercer sus competencias sin invadir las de las demás” (TJCE de 6 de mayo de 2008, *Parlamento Europeo c. Consejo*, C-133/06, apart. 55 a 57). Vid. el excelente comentario de N. Navarro Batista a la citada sentencia en este mismo número, *Revista General de Derecho Europeo*, 2008, núm. 18, iustel.com).

Es decir, hay tres tipos de actos que se definen en el art. 288 TFUE de forma idéntica a como se han definido desde la fundación de las comunidades Europeas en 1951-1957 (reglamento, directiva y decisión). Los tipos no varían ni se denominan de forma diferente en función del procedimiento de adopción ni varía su denominación en función de la institución o instituciones que lo aprueben, salvo el añadido nuevo del calificativo “delegados” y de “ejecutivos” para los actos de delegación del poder legislativo y de atribución del poder no legislativo. Por tanto, el reglamento puede servir para acoger un acto legislativo y un acto administrativo (TJCE, sentencia de 13 de mayo de 1971, *International Fruits*, 41-44/70), como el propio legislador comunitario había intuido desde su fundación manteniendo la apertura del procedimiento de nulidad a las impugnaciones de decisiones dirigidas a particulares “aunque revistan la forma de un reglamento...” (art. 230 TCE ; el art. 263 TFUE elimina esa redacción).

Dicho de otra forma las Instituciones pueden adoptar reglamentos, directivas, decisiones, además de recomendaciones y dictámenes, unas veces mediante procedimiento legislativo (ordinario o especial), otras mediante procedimiento no legislativo y otras mediante delegación del poder legislativo o de atribución del ejecutivo.

Por otra parte, otra novedad muy positiva y práctica para todos, especialmente jueces y abogados, es que, al eliminarse el sistema de pilares, se elimina la variedad de actos propios de la cooperación judicial penal y policial. Las instituciones cuando actúen en esa materia compartida aprobando actos jurídicos no utilizaran denominaciones propias o distintas, sino las generales para el conjunto (salvo las especialidades apuntadas para la PESCE): habrá reglamentos, y sobre todo directivas y decisiones en los ámbitos de la cooperación penal y policial. La labor, una vez entre esté en condiciones de entrar en vigor el Tratado de Lisboa, será complicada al tener que reconducir y adecuar todas las bases jurídicas de la cooperación judicial penal y policial a los tres actos típicos.

2. Actos legislativos de procedimiento ordinario

Se denomina *procedimiento legislativo ordinario* al proceso que se inicia con la propuesta de la Comisión y se concluye con la adopción conjunta por el Parlamento y el Consejo (art. 289.1 y 294 TFUE); los actos así aprobados tendrán la categoría genérica de *actos legislativos*.

La utilización del calificativo “legislativo” no debe extrañar, aunque se utilice por primera vez de forma clara en el articulado del Tratado ¹⁶. Se aprueban, pues, por el

¹⁶ Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha dudado desde hace muchos años de calificar al poder de decisión del Consejo es como "poder legislativo"; así, el Tribunal de Justicia en la importantísima sentencia *Simmethal* se refirió al "poder legislativo de la Comunidad" (TJCE, sentencia de 9 de marzo

Parlamento Europeo y el Consejo con participación paritaria de los dos cuerpos legislativos, mediante un sistema de doble lectura o bifásico o de doble debate¹⁷. Este procedimiento se caracteriza por su transparencia y carácter público tanto en el Parlamento como en el Consejo (art. 294 TFUE). Y, sobre todo, interesa resaltar que este procedimiento es plenamente original y específico y no se repite o es idéntico a otros procedimientos conducentes a actos no legislativos –lo que sí sucede con bastantes actos del Consejo adoptados por procedimiento legislativo especial y actos no legislativos del Consejo, como señalaré más adelante-.

Excepcionalmente, y en los casos detallados por los Tratados expresamente, los actos legislativos podrán ser a propuesta de los Estados miembros, del Parlamento Europeo, del Banco Central Europeo, del Banco Europeo de Inversiones y del Tribunal de Justicia¹⁸.

Desde el Tratado de Maastricht ha sido y seguirá siendo una característica determinante de los actos legislativos comunitarios (de codecisión en la terminología del vigente TUE o de procedimiento legislativo ordinario) el hecho de que no se puede aprobar una norma legislativa sin el acuerdo del Parlamento Europeo. La garantía de la legitimidad democrática de las normas de codecisión del vigente art. 251 TCE, como las del procedimiento legislativo ordinario del art. 294 TFUE, significa que la ciudadanía comunitaria tiene asegurado que no se puede adoptar ninguna norma legislativa que, además de la mayoría cualificada del Consejo –en determinados casos, la unanimidad-, no tenga la aprobación mayoritaria del Parlamento. Los actos legislativos ordinarios se aprueban, con carácter general, por mayoría del Parlamento y por la mayoría cualificada

de 1978, 106/77, fundamento 18; anteriormente, en las sentencias de 18.3.1970, 18.6.1970 y 15.7.1970).

¹⁷ Es un procedimiento de doble lectura o bifásico coincidente con el actual proceso de codecisión que se regula en el art. 251 TCE, si bien se ha clarificado y simplificado su redacción y confirma al Parlamento Europeo como legislador en igualdad con el Consejo. El art. 294 TFUE no se diferencia, salvo en su redacción todavía más comprensible, del vigente art. 251 TCE.

¹⁸ La propuesta de la Comisión es lo habitual en el futuro Tratado, aunque aumentan los casos en los que pueden competir otras instituciones en la toma de iniciativas legislativas.

Por un lado, como el Tratado de Lisboa arrumba el pilar de la cooperación judicial penal y de la policial y lo alinea con el resto de materias del pilar comunitario, mantiene algunas especialidades de ese pilar, como es la iniciativa normativa de los Estados miembros. Precisamente, la especialidad del procedimiento legislativo en los actos de la cooperación judicial penal y policial será respecto de la iniciativa de los Estados miembros (como ya se estableciera por la Convención que redactó el proyecto de Tratado constitucional, CONV 571/03).

Por otro, también se mantiene algunas situaciones especiales ya existentes en las que la iniciativa no es de la Comisión, sino del Parlamento europeo -como el Estatuto de los Diputados, art. 290.2 TCE/223 TFUE, el Estatuto del Defensor del Pueblo, art. 195.4 TCE/228 TFUE-, y otras Instituciones como el Banco Central Europeo, al que se reconoce un derecho de iniciativa en la reforma de sus estatutos -art. 129.3 TFUE-, o al propio Tribunal de Justicia (para la reforma de su estatuto y la creación de Tribunales especializados, -art. 257 y 281TFUE).

del Consejo prevista en el Tratado constitucional, salvo que se establezca expresamente la unanimidad (art. 16.3 TUE Lisboa).

3. Actos legislativos de procedimiento legislativo especial

El procedimiento legislativo especial se diferencia del ordinario, basado en la adopción conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo, porque se adoptan por una de estas dos instituciones con aprobación o consulta, según los casos, de la otra (art. 289.2 TFUE)¹⁹. El procedimiento legislativo especial se distingue por la preponderancia del Consejo o por la del Parlamento Europeo frente a la paridad de Parlamento y el Consejo en el ordinario²⁰. Son actos con valor legislativo aunque no sean aprobados mediante el procedimiento legislativo ordinario (art. 289.3 TFUE).

Pero es tan casuístico el procedimiento especial que debe matizarse esa caracterización general; así, hay un procedimiento especial, el procedimiento de aprobación del presupuesto (art. 314 TFUE), que puede decirse que se parece bastante al ordinario en lo que se refiere a la plena y paritaria participación del Parlamento Europeo. Este procedimiento legislativo especial es muy distinto a los otros dos grandes modelos de procedimientos especiales basados en el predominio de una Institución sobre la otra.

El procedimiento legislativo especial (art. 289.2 TFUE) significa que habrá reglamentos, directivas y decisiones que no se adoptarán conjuntamente por la co-autoridad legislativa sino por una de ellas con cierto control de la otra. Así, habrá actos legislativos del Parlamento Europeo con participación del Consejo (ya sea consulta, ya sea aprobación) y leyes del Consejo con la participación del Parlamento (ya sea consulta, ya sea aprobación).

En tanto que actos legislativos sus caracteres sustantivos son idénticos: tienen su base jurídica directamente en el Tratado, enuncian el marco jurídico fundamental de un ámbito y las opciones políticas básicas. Ahora bien, la legitimidad democrática es un distintivo evidente en los actos que se aprueban en el procedimiento ordinario. En los que se aprueban por procedimiento especial por el Parlamento europeo, esa legitimidad se mantiene plena. Sin embargo cambia o disminuye bastante esa legitimidad o es al menos distinta (una legitimidad internacional o territorial y sólo indirectamente democrática) en los actos del Consejo adoptados mediante procedimiento especial, incluso aunque sea con aprobación del Parlamento, pues su aportación a la formación del acto no es constructiva y

¹⁹ La mayoría de las enmiendas presentadas por los convencionales a este precepto se concentraron en su reticencia hacia las excepciones al procedimiento ordinario, a su limitación estricta y al papel de la iniciativa de la Comisión (CONV 609/03 anexo).

²⁰ Así lo precisaba la propia Convención (CONV 724/1/03 rev 1, anexo, mayo 2003).

su mayor poder es el veto y, desde luego, su aportación es ínfima cuando se trata de la mera consulta.

El recurso al procedimiento legislativo especial tiene un carácter de excepción²¹ al procedimiento legislativo ordinario. La utilización de un procedimiento u otro viene predeterminado en cada base jurídica, caso por caso, y, por tanto, las Instituciones no tienen libertad de elección. Pero a partir de esta precisión, se observa que los Tratados se decantan en un número muy superior por el procedimiento legislativo ordinario (unos 85 preceptos) frente al procedimiento legislativo especial que se prevé para unas 33 bases jurídicas (incluyendo el procedimiento especial presupuestario). Aunque una treintena de previsiones sobre 85 no sé si puede considerarse una excepción desde el punto de vista cuantitativo.

Desde un enfoque cualitativo la percepción es diferente. Abunda la idea de que este procedimiento es una excepción respecto del ordinario en el sentido de que su utilización obedece a una etapa, a que es algo temporal, que debe evolucionar hacia el procedimiento de mayor participación democrática. Esta idea se fundamenta en el hecho relevante de que una de las disposiciones finales del TUE Lisboa relativas al procedimiento simplificado de reforma de los Tratados prevé el paso al procedimiento legislativo ordinario de los actos del Consejo adoptados en procedimiento especial (art. 48.7.2º párr. TUE Lisboa). Será el Consejo Europeo el que tenga la iniciativa para poner fin a ese desequilibrio y decidirá por unanimidad, con aprobación previa del Parlamento europeo, sobre las pasarelas para abandonar el procedimiento legislativo especial de los actos del Consejo a favor del recurso al procedimiento legislativo ordinario. En estos casos se deberá notificar la decisión a los Parlamentos nacionales, los cuales se podrán oponer en un plazo de seis meses. Si hubiera oposición de uno de ellos no podrá entrar en vigor la modificación. Se garantiza el control último de la atribución del ejercicio de la soberanía por los Parlamentos nacionales que autorizaron el Tratado con circunstancias diferentes.

Incluso en algunos casos se prevé que sea el Consejo (y no el Consejo Europeo) el que por unanimidad acuerde, con mera consulta al Parlamento Europeo, que tales actos dejen de aprobarse mediante acto legislativo del Consejo para ser aprobados mediante el procedimiento ordinario; salvo el requisito de comunicar a los Parlamentos nacionales y esperar a seis meses para que puedan manifestar su oposición cuando así se prevé, el Consejo puede adoptar por el mismo procedimiento actos legislativos especiales y renunciar a ellos a favor del procedimiento legislativo ordinario mediante una Decisión (por ejemplo, en materia de cooperación judicial en materia civil respecto de medidas

²¹ Así era conceptualizado por la Convención para el Futuro de Europa (CONV 571/03, p.12 y 13).

relativas al derecho de familia con repercusión transfronteriza, art. 81.3 TFUE). Más grave y discutible es que no se prevea la participación de los Parlamentos nacionales para las pasarelas “autónomas” en materia de protección en caso de rescisión del contrato laboral, representación y defensa colectiva, condiciones de empleo de nacionales de terceros países (art. 153.2 d), f) y g) TFUE), en materia de medio ambiente: disposiciones de carácter fiscal, ordenación del territorio, gestión de recursos hídricos, utilización del suelo, abastecimiento y diversificación de recursos energéticos (art. 192 TFUE).

Ello pone de manifiesto que el procedimiento legislativo especial para la aprobación de actos legislativos del Consejo con mera consulta al Parlamento no es distinto de los actos del Consejo adoptados por procedimientos no legislativos ²². Luego aquí la categorización o distinción de los actos legislativos del Consejo y los no legislativos por el procedimiento de adopción es inconsistente, es una ficción. Incluso la confusión es también por lo alto, pues hay un procedimiento legislativo especial, el presupuestario, que en sus aspectos esenciales –ya lo he señalado- de plena y paritaria labor constructiva del Parlamento europeo no se diferencia del procedimiento legislativo ordinario.

Hay que constatar que se prevén muchísimos más actos legislativos del Consejo que del Parlamento Europeo ²³. Ahora bien, siempre en un acto legislativo de procedimiento especial, ya sea del Consejo o del Parlamento, hay una participación de la otra institución. Por ejemplo, los actos legislativos del Consejo requieren en varias ocasiones de la aprobación del Parlamento ²⁴ y, por tanto, la legitimidad democrática directa se

²² Véase el procedimiento legislativo especial para la creación de la Fiscalía, y el no legislativo para ampliar sus competencias en los apartados 1 y 3 del art. 86 TFUE, cuya única diferencia es la no consulta a la Comisión para su creación.

²³ Se prevén actos legislativos *del Parlamento europeo* en los siguientes preceptos:

- art. 223.2, Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones de los diputados. El Parlamento Europeo se pronunciará por propia iniciativa, previo dictamen de la Comisión y previa aprobación del Consejo por mayoría cualificada. El Consejo se pronunciará por unanimidad sobre toda norma o condición relativa al régimen fiscal de los diputados o de los antiguos diputados;

- art. 226 TFUE, modalidades del ejercicio del derecho de investigación. El Parlamento Europeo se pronunciará por propia iniciativa, previa aprobación del Consejo por mayoría cualificada y de la Comisión;

- art. 228 TFUE, Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo. El Parlamento Europeo se pronunciará por propia iniciativa, previo dictamen de la Comisión y previa aprobación del Consejo por mayoría cualificada.

²⁴ Se prevén actos legislativos *del Consejo*, por unanimidad, con la *aprobación* del Parlamento en los siguientes casos:

- art. 19.1 TFUE, medidas para luchar contra toda discriminación;
- art. 25 TFUE, extensión de los derechos de ciudadanía;

asegura en lo esencial; pero en la gran mayoría se prevé solo la mera consulta ²⁵ al Parlamento.

- art. 86 TFUE, creación de la Fiscalía Europea;

- art. 223.1 TFUE, elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo según un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros. Será por iniciativa del Parlamento Europeo y previa aprobación de éste, que se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen. Dicho acto entrará en vigor una vez que haya sido aprobada por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales;

-art. 312, aprobación del nuevo Marco Financiero plurianual;

Pero sólo un acto legislativo *del Consejo* requerirá la *mayoría cualificada*, junto a la *aprobación* del Parlamento:

-art. 311 pár. 4 TFUE, las medidas de aplicación del sistema de recursos propios de la Unión.

²⁵ Los actos legislativos *del Consejo*, adoptados por *unanimidad*, que prevén la mera *consulta* al Parlamento, son los siguientes:

- art. 21.3 TFUE, medidas referentes a la seguridad social o a la protección social;

- art. 22 TFUE, un acto del Consejo establecerá los procedimientos para el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida sin ser nacional del mismo;

- art. 64.3 TFUE, un acto del Consejo podrá establecer medidas que supongan un retroceso en el Derecho de la Unión respecto de la liberalización de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos;

- art. 77 TFUE, el Consejo podrá establecer medidas referentes a los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado;

- art. 81.3 TFUE, cooperación judicial en materia civil respecto de medidas relativas al derecho de familia con repercusión transfronteriza;

-art. 87.3 TFUE, el Consejo podrá establecer medidas relativas a la cooperación policial operativa entre las autoridades;

- art. 89 TFUE, actuación de las autoridades de un Estado miembro en el territorio de otro;

- art. 113 TFUE, armonización de tasas sobre el volumen de negocios y de la fiscalidad indirecta;

- art. 115 TFUE, aproximación de las normas con incidencia directa en el mercado interior;

- art. 118 TFUE, regímenes lingüísticos de los títulos europeos en materia de propiedad intelectual e industrial;

- art. 126.14 TFUE, medidas para sustituir el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Previa consulta también al Banco Central Europeo;

- art. 127.6 TFUE, el Consejo podrá encomendar al Banco Central Europeo funciones específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros. Previa consulta también al Banco Central Europeo;

- art. 153.2 c),d), f) y g) TFUE, seguridad social y protección social, protección en caso de resolución del contrato laboral, representación y defensa colectiva, condiciones de empleo de nacionales de terceros países;

- art. 192 TFUE, medio ambiente: disposiciones de carácter fiscal, ordenación del territorio, gestión de recursos hídricos, utilización del suelo, abastecimiento y diversificación de recursos energéticos;

-art. 194.3 TFUE, medidas de política energética cuando sean esencialmente de carácter fiscal;

Cabe resaltar que los procedimientos legislativos especiales son muy casuísticos, ya sea en materia de iniciativa, ya de consultas o de votación; caso por caso, se marca el itinerario que seguirá cada acto, frente a la uniformidad del procedimiento ordinario.

Una de las variantes más significativas de cada procedimiento legislativo especial puede consistir en que la iniciativa no corresponda a la Comisión sino a los Estados Miembros o al Consejo mismo (especialmente en materia de cooperación judicial penal y policial, Fiscalía europea –art. 86 TFUE-), al Parlamento Europeo (art. 223.1 y 2, 226 y 228 TFUE) o al Banco Europeo de Inversiones (art. 308 TFUE).

IV. LOS ACTOS NO LEGISLATIVOS

El Tratado no define ni describe los actos no legislativos²⁶. Es una noción residual que se deduce del art. 289 TFUE referido a los actos legislativos y al procedimiento legislativo del art. 294 TFUE. Sólo hay una referencia a los “actos no legislativos” en el art. 297 TFUE en relación con la firma de tales actos.

Un acto no legislativo puede tener su base jurídica en los Tratados y puede servir también para el desarrollo de actos legislativos. Afecta a aspectos técnicos sin transcendencia política; las opciones políticas, los objetivos generales y los principios fundamentales estarán en el Tratado o en el acto legislativo. Conllevan una delimitación operacional que permitirá al legislador descargarse de decidir sobre opciones y detalles técnicos.

-art. 203 TFUE, asociación de países y territorios de ultramar;

-art. 262 TFUE, jurisdicción del Tribunal de Justicia en materia de títulos de propiedad intelectual;

- art. 308 TFUE, modificación de los Estatutos del Banco Europeo de Inversiones. Bien a petición del Banco Europeo de Inversiones y previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, bien a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Europeo de Inversiones;

-art. 311 pár. 3 TFUE, disposiciones relativas al sistema de recursos propios de la Unión. El Consejo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo. Dicha ley no entrará en vigor hasta que haya sido aprobada por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales;

El Consejo puede adoptar actos legislativos por *mayoría cualificada* y la mera consulta al PE en estos casos:

- art. 23 TFUE, medidas necesarias a fin de facilitar esta protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en terceros países;

- art. 182.4 TFUE, Investigación, programas específicos de ejecución del Programa Marco;

²⁶ En el Informe del Grupo IX sobre simplificación, que preparó el borrador del fracasado Tratado constitucional, se abordó con ambigüedad esta categoría de actos o incluso podría decirse que no se contempló, como tal, un precepto general sobre actos no legislativos, pues realmente sólo contemplaba los actos legislativos, los actos delegados y los actos de ejecución (CONV 424/02).

La distinción en la categorización entre actos legislativos y no legislativos habrá que centrarla en el contenido sustantivo del acto: la importancia del objeto regulado y el establecimiento de un marco general básico.

A diferencia, pues, de los actos legislativos que vienen predeterminados, el resto de actos son no legislativos y se aprueban mediante procedimientos no legislativos. Quizás su denominación es poco clara y debió utilizarse la noción de actos reglamentarios, de la que probablemente se huyó para evitar nuevos equívocos con los tipos de actos, y más exactamente con el reglamento.

La denominación, naturaleza y efectos de cada acto no legislativo no varía (reglamento, directiva, decisión). Las instituciones autoras de actos no legislativos pueden ser el Consejo Europeo (quien está habilitado para adoptar únicamente actos no legislativos en forma de decisiones), el Consejo, la Comisión y eventualmente el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones.

Luego, estas instituciones habilitadas para adoptar actos no legislativos podrán adoptarlos siempre que *caso por caso* se prevea su adopción. Como es bien sabido, las Instituciones no poseen competencias generales y, por tanto, ningún precepto les habilita para adoptar tales actos no legislativos sin una base jurídica expresa en los Tratados o a través de procedimientos de atribución (actos de delegación).

Pero, sin duda, como señalaba un informe en el curso de la convención sobre el Futuro de Europa “Los actos no legislativos los adoptan las dos instituciones que ejercen funciones ejecutivas, bien el Consejo, bien la Comisión”²⁷. Ciertamente es que la Comisión ejerce funciones ejecutivas y sólo ejecutivas (aunque participe en el procedimiento legislativo con la iniciativa cada vez menos exclusiva), pero el Consejo es una institución dual, con funciones legislativas conjuntamente con el Parlamento pero también separadamente (actos de procedimiento especial) y, además, no legislativos. Del debate en el Grupo IX y en el Praesidium de la Convención se puede deducir el origen de la no descripción de los actos no legislativos: una vez que se decidieran los actos sometidos al procedimiento legislativo, las demás bases jurídicas que prevean la adopción de actos darían lugar a actos no legislativos²⁸. Esta noción residual es, pues, una herencia del fallido Tratado constitucional²⁹.

Claro que conviene diseccionar las diferentes clases de actos no legislativos:

²⁷ CONV 571/03, p. 3.

²⁸ CONV 571/03, p. 14.

²⁹ Aunque hay que destacar en honor de la verdad que el grupo de expertos jurídicos de la Conferencia Intergubernamental expresó su desacuerdo con la redacción formal del precepto sobre actos no legislativos y sobre todo el sistema de actos procedente de la Convención. Por ello sugirió una nueva redacción “más simple y clara” (CIG 04/03). La Conferencia todavía simplificó más y ordenó estos confusos preceptos salidos de la Convención (CIG 50/03, noviembre de 2003).

- Los que se adoptan con base directamente en los Tratados (fundamentalmente por el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión y el BCE) o para desarrollo de de actos legislativos, que son los actos no legislativos *stricto sensu*;

- Los que se aprueban por la Comisión y sólo por ella mediante un procedimiento de delegación del poder legislativo (“actos delegados”, art. 290.1 TFUE);

- Los que se aprueban por la Comisión (y excepcionalmente por el Consejo) mediante un procedimiento de atribución de poder ejecutivo (“actos de ejecución”, art. 291 TFUE)

Se puede observar que las dos instituciones que por excelencia están llamadas a producir actos no legislativos son el Consejo y la Comisión, ya sea en el marco de las delegaciones, ya sea en el de los actos ejecutivos, pero también, con fundamento directo en el Tratado, para su desarrollo cuando así se prevea expresamente. Igualmente no es de descartar la posibilidad de que dichas instituciones puedan adoptar recomendaciones y así armonizar los diversos casos en que el Tratado permite adoptar “medidas” sin referirse a normas vinculantes³⁰.

A diferencia de los actos legislativos “ordinarios” que se rigen por un procedimiento único regulado al detalle en el art. 294 TFUE (la codecisión *aggiornada*), los actos no legislativos se rigen para su adopción caso por caso por el precepto que establece su base jurídica (lo que también sucedía con los actos legislativos “especiales”). Por tanto, la casuística sobre los derroteros de cada procedimiento no legislativo es innumerable y con toda clase de variantes ya sea en cuanto a la iniciativa (en general, la Comisión, pero a veces el BCE, los Estados miembros, etc), ya sea a las consultas institucionales (al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones, al BCE, etc.) ya sea al sistema de votación.

Los actos no legislativos son fundamentalmente –pero no exclusivamente- la decisión y el reglamento. Se puede observar que estos dos tipos de actos no legislativos se prevén para adoptar medidas relativas a la composición y organización de las Instituciones, nombramientos de los miembros de las Instituciones y organismos comunitarios y su régimen estatutario, o para funciones ejecutivas y desarrollo detallado de las políticas internas. Claro que hay que hacer notar que entre las mínimas novedades que atañen a los tipos normativos, la decisión europea, prevista en el Tratado de Lisboa (art. 288 TFUE) y por relación al vigente art. 249 TCE, se adopta sin la necesidad de mencionar expresamente a los destinatarios, es decir, con caracteres más amplios.

³⁰ CONV 724/1/03 rev 1, anexo.

En principio, la ejecución los actos legislativos y no legislativos corresponde a los Estados miembros (art. 291 TFUE), pero podría haber ocasiones en las que fuera necesario asumir desde las propias Instituciones de la UE una ejecución uniforme: entonces los actos ejecutivos se adoptarán por las Instituciones y se denominarán *reglamentos de ejecución, directivas de ejecución y decisiones europeas de ejecución*. Por ello, se prevé que los Estados *podrán* delegar el poder ejecutivo (no legislativo) en la Comisión para la adopción de actos no legislativos y a favor del Consejo en relación con la PESC y casos especiales (art. 291.2 TFUE). Estos actos añadirán el calificativo de actos *ejecutivos* (reglamento ejecutivo, directiva ejecutivo, decisión ejecutivo).

V. LA INDETERMINACIÓN DEL INSTRUMENTO JURÍDICO O TIPO DE ACTO

En los tratados vigentes (TUE y TCE) no son muchos los casos en los que hay una indeterminación del tipo o instrumento ³¹ u opción entre un tipo u otro ³². Son más bien escasos, visto este problema desde una perspectiva de conjunto. El legislador comunitario quiso, en general, tras atribuir la competencia normativa dejar predeterminado el tipo (ya sea reglamento, ya sea directiva, ya sea decisión) y con ello el alcance último de la competencia atribuida.

Uno de los aspectos que más destacan de las novedades del sistema de actos en el Tratado de Lisboa es que se deja indeterminado el tipo de acto a utilizar en el procedimiento legislativo en un número muy elevado de preceptos ³³. Esto tiene importancia por el abultado número de casos de preceptos que exigen actos normativos sin precisar ningún tipo; ocurre tanto en el procedimiento legislativo ordinario como en el especial.

Es decir, tras las reformas del Tratado de Lisboa, se reconoce la competencia normativa en el ámbito material concreto, se establece su adopción por el procedimiento legislativo ordinario o el especial, pero *no elige el tipo normativo*, no decide si debe utilizarse la competencia con el alcance y efecto de un reglamento o de una directiva o de una decisión. Deja a consideraciones objetivas la elección del instrumento normativo más adecuado al caso que serán decididas por la autoridad legislativa de iniciativa (Comisión) y, especialmente, la diarquía legislativa decisora (Parlamento y Consejo). En opinión de

³¹ Son los denominados por la doctrina como “actos atípicos jurídicos”, tales como el art. 95 -armonización de legislaciones-, 151 -cultura-, 152 -salud-, 153 -redes transeuropeas-, 166 -I+D-, 174.3 -medio ambiente- 296.2 y 3 -lista de productos material de guerra-, 300 -acuerdos internacionales-, 308 -cláusula de previsión- del Tratado de la Comunidad Europea.

³² Los denominados “actos jurídicos indeterminados” como los previstos en los art. 37.2, 40, 83.1 TCE.

³³ Esta situación novedosa es heredera del fracasado Tratado constitucional que dejaba la opción abierta entre la ley o la ley marco europea en casi medio centenar de casos.

algunos autores, la reforma del sistema de actos debería garantizar flexibilidad entre los instrumentos normativos y las competencias de la Unión³⁴.

¿Con qué criterios las Instituciones europeas deben decidir el tipo u optar entre las alternativas previstas expresamente? La cuestión no es baladí pues optar por el reglamento es acordar un régimen uniforme, completo y exhaustivo de regulación frente a otro más abierto a la diversidad nacional, que reconoce competencia a los Estados, que requiere de la acción normativa de éstos y que debe extremar su respeto al principio de subsidiariedad.

Hasta ahora nunca los Tratados habían mencionado la ausencia de fijación del tipo o instrumento normativo por ser, como he señalado, un problema marginal o menor. Pero cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa, no se predeterminará el tipo en la mayoría de los casos.

En efecto, de un total de total de 118 bases jurídicas legislativas (entre procedimiento ordinario y procedimiento especial), sólo en 43 casos se decanta por un concreto instrumento normativo *eo nomine*. Con ello es posible que se gane en flexibilidad y adecuación del instrumento al alcance y objetivos perseguidos por la norma, pero también es inevitable que conlleva un problema en esa inmensa mayoría de bases. El propio Tratado de Lisboa ha tenido que introducir un párrafo respecto del precepto relativo a la motivación de los actos, precepto hasta ahora incambiado desde la fundación de las Comunidades Europeas, reconociendo que “cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad” (art. 296 TFUE, pár. 1º). No dice mucho, lo inevitable y lógico al haber creado un problema añadido al del contencioso sobre las bases jurídicas.

De los 85 casos previstos de procedimiento legislativo ordinario nada menos que en 53 casos –siempre salvo error de recuento- no hay referencia alguna a la forma o tipo del acto. Se utilizan expresiones generales tales como que se establecerán “las normas”³⁵, “la regulación”³⁶, se adoptarán principios³⁷, disposiciones³⁸, medidas, unas veces calificadas de apropiadas, necesarias, especiales, específicas, de fomento o restantes³⁹, disposiciones apropiadas⁴⁰, acciones⁴¹, etc. En más de una decena de preceptos se refiere a la materia a

³⁴ LEANERTS, K.; DESOMER, M.: “Simplification of the...”, *loc. cit.*, p. 124.

³⁵ Art. 16 TFUE.

³⁶ Art. 18 TFUE.

³⁷ Art. 19 TFUE.

³⁸ Art. 21 TFUE.

³⁹ Así, art. 33, 48, 64, 77.2, 78.2, 79.2, 63.4, 81.2, 82, 84,87, 91, 114, 118, 133, 149, etc. TFUE

⁴⁰ Art. 100 TFUE.

decidir sin mencionar ninguna referencia de modo que la coautoridad legislativa puede excluir ⁴², extender un beneficio ⁴³, modificar ⁴⁴, realizar ⁴⁵ o ejecutar o participar en un programa ⁴⁶ eligiendo el tipo normativo que estime más adecuado a sus intereses y objetivos.

En una veintena de preceptos se prevé el recurso al reglamento para el procedimiento legislativo ordinario frente unos ocho preceptos que prevén la utilización de la directiva. La decisión nunca es mencionada directamente, si bien se deduce del contexto de numerosos preceptos que será probablemente el tipo normativo más utilizado por su versatilidad.

De los 33 preceptos que prevén el procedimiento legislativo especial, sólo en 11 de ellos se precisa si será un reglamento, una directiva o una decisión ⁴⁷. En los restantes utiliza expresiones semejantes a las expuestas anteriormente en cuanto a la indefinición del tipo: “establecerá” ⁴⁸, “determinará” ⁴⁹, “adoptará acciones adecuadas” o establecerá “disposiciones necesarias” o “medidas” ⁵⁰, “fijará condiciones y límites” ⁵¹ o podrá modificar ⁵² sin aludir al tipo normativo.

En los 11 preceptos que predeterminan los actos del procedimiento legislativo especial, en siete de ellos se prevé el reglamento, en tres las directivas y en uno la decisión.

Una primera reflexión lleva a afirmar que, en los pocos casos en que se han prefijado el tipo normativo a adoptar en el procedimiento legislativo ordinario y especial, los propios Estados se han inclinado en un mayor número a favor del tipo normativo “reglamento” que les garantiza unas reglas uniformes y completas, renunciando a compartir opciones con los Parlamentos nacionales y regionales. No han querido dejar campo a la subsidiariedad. Pero esa reflexión crítica es muy relativa y parcial, cuando en aproximadamente la mitad de todos los procedimientos legislativos (ordinarios o especiales), no se fija en la base jurídica el tipo, dejando la puerta abierta a las tres opciones.

⁴¹ Art. 175 TFUE.

⁴² Art. 51 TFUE.

⁴³ Art. 56 TFUE.

⁴⁴ Art. 129 y 281 TFUE.

⁴⁵ Art. 182 TFUE.

⁴⁶ Art. 183, 184, 188 TFUE.

⁴⁷ Art. 23, 86, 115, 118, 127.6, 153.1.c),d),f) y g) y 2 b, 223.2, 228.4, 311.3, 311.4 y 312 TFUE.

⁴⁸ Art. 314 TFUE.

⁴⁹ Art. 226 TFUE.

⁵⁰ Art. 19.1, 21.3, 22, 25, 64.3, 77.3, 81.3, 87.3, 113, 126.14, 182.4, 192.2, 194.3, 203, 223.1, 262, 349.2 TFUE.

⁵¹ Art. 89 TFUE.

⁵² Art. 308.3 TFUE.

Situación distinta son los casos en que una disposición del Tratado deja una opción entre las posibilidades de acción, es decir abre una horquilla y menciona dos tipos normativos; así, los artículos 40 y 83. 1 TCE permiten optar entre adoptar un Reglamento o Directivas; el art. 37.2 TCE prevé que se puedan adoptar Reglamentos, Directivas o Decisiones en esa materia de política agrícola; dicha libertad no carece de límites y al optar por un tipo normativo u otro se deberá tener en cuenta que se determinan los efectos jurídicos, así como las posibilidades de defensa jurídica. Sin embargo, son escasas las previsiones de una opción entre dos actos en el nuevo Tratado de Lisboa. En materia de procedimiento legislativo ordinario sólo se prevé la alternativa entre “directiva o reglamento” en el art. 46 TFUE relativo a la libre circulación de trabajadores, ya prevista en el art. 40 TCE.

Para la elección del instrumento normativo concreto habrá que tener en cuenta el principio de proporcionalidad y, más aún, el de subsidiariedad, además de los objetivos y materia a regular y el contexto o procedimiento aplicable según el Tratado (legislativo o no). Por ello, las Instituciones, partiendo de la Comisión (o, en su caso, de la que tenga atribuida y asuma la iniciativa), más tarde, el Parlamento y el Consejo, o por separado en el procedimiento especial, deberán optar por el tipo normativo más apropiado para realizar los objetivos concretos del ámbito regulado; a la luz de las numerosas normas y acuerdos sobre subsidiariedad y proporcionalidad, “en igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directiva marco a las medida detalladas” y, en general, las medidas comunitarias “deberían dejar un margen tan amplio como sea posible para que las decisiones se tomen a nivel nacional...”⁵³.

Deberá, pues, respetarse el principio de proporcionalidad, por lo que se debe elegir, entre los diversos medios apropiados de que se dispone para realizar los objetivos, aquel que presente menos inconvenientes para los afectados. Significa, siguiendo al TJCE, que los actos de las Instituciones no pueden rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por el acto comunitario, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos⁵⁴. Por ello, el propio Tribunal ha dicho que “Para determinar si una disposición del Derecho comunitario está de acuerdo

⁵³ *Protocolo sobre subsidiariedad y transparencia*, anejo al TCE, ap. 6 y 7. El *Protocolo sobre subsidiariedad y proporcionalidad* del Tratado de Lisboa prevé que “Los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad” (art. 5).

⁵⁴ Entre innumerables sentencias: 12 de julio de 2002, *H. Jippes y otros c. Ministro de Agricultura*, C-189/01; 16 de octubre de 1991, *Hauptzollamt Hamburg*, C-24/90, y C-25/90; 11 de julio de 1989, *Schäder*, C-265/87.

con el principio de proporcionalidad, es necesario verificar si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo pretendido y si no van más allá de lo que es necesario para lograrlo”⁵⁵.

Este principio obliga a todas las Instituciones, tanto cuando ejercen su poder legislativo como cuando ejercen poderes ejecutivos, limita su competencia y permite a los particulares defenderse contra sus actuaciones o sanciones excesivas⁵⁶, pudiendo reclamar la nulidad de los actos que establezcan sacrificios desproporcionados con sus objetivos.

La indeterminación del instrumento puede llegar a tal punto que con una misma base jurídica puedan utilizarse para su desarrollo simultáneamente tipos diferentes; determinados aspectos se regulen mediante reglamento o decisión y otros mediante directiva...la apertura de las bases jurídicas que no determinan el tipo puede conducir a la adopción por el mismo procedimiento de dos instrumentos normativos diferentes, lo que por otra parte a la vista de las circunstancias de cada caso no sea descartable ni criticable a priori.

La no predeterminación del tipo normativo puede añadir más debate y confusión al contencioso de las bases jurídicas y la motivación.

VI. INDETERMINACIÓN DEL INSTRUMENTO, BASES JURÍDICAS Y MOTIVACIÓN

Es bien sabido que tanto para la adopción de actos legislativos como para la adopción de actos no legislativos debe haber una base jurídica específica que faculte a las instituciones a adoptar el concreto acto. Todos los actos jurídicos deberán mencionar expresamente la base jurídica o precepto del Tratado que da competencia a la o las Instituciones. Además la motivación significa también que se debe justificar la congruencia entre los objetivos del acto en cuestión y el régimen de derechos y obligaciones establecido; así lo prevé el art. 253 TCE desde la fundación de las Comunidades en los años cincuenta y lo mantiene el párrafo segundo del art. 296 TFUE .

Para tener una idea de la importancia de una adecuada base jurídica baste recordar que el Tribunal de Justicia afirmó que “la elección de la base jurídica adecuada reviste una importancia de naturaleza constitucional”, y que un error en dicha elección puede “invalidar el propio acto de conclusión y, por consiguiente, viciar el consentimiento de la Comunidad en quedar vinculada por el acuerdo suscrito”⁵⁷. Recuerda asimismo que la relevancia de la base jurídica deriva del hecho que el Derecho comunitario constituye un sistema de

⁵⁵ Sentencia de 11 de marzo de 1987, *Rau*, 279/84, 280, 285 y 286 /84; 9 de noviembre de 1995, *Alemania c. Consejo*, C-426/93.

⁵⁶ Como puede ser la pérdida integral de la fianza por no presentar documentos en determinado plazo, sentencia de 20.2.79, *Buitoni*, 122/78.

⁵⁷ Dictamen 2/00 del TJCE de 6 de diciembre de 2001, *Recopilación* 2001, pág. I-9713, apdo. 5 (Dictamen sobre el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología),

competencias de atribución: “dado que la Comunidad sólo dispone de competencias de atribución, debe engarzar [...] en una disposición del Tratado que la habilite para aprobar tal acto”.

Esta exigencia, pues, traduce en la práctica el *principio de atribución de competencias* por el que se rige la Unión (art. 1 y 5 TUE/Lisboa: las Instituciones solo pueden actuar si se les ha atribuido la competencia por los EEMM). En cada acto que adopten las instituciones europeas deben probar, al señalar la base jurídica, que tienen reconocida por los Tratados la facultad de actuar en esa concreta materia así como el alcance de la atribución⁵⁸ y el tipo de acto o instrumento normativo prefijado, si lo hubiera que era lo normal o general hasta el Tratado de Lisboa.

Dado que en ocasiones se puede contar con varias bases jurídicas posibles, y en el futuro será habitual tener que elegir entre los tres tipos normativos, habrá que tener en cuenta, por analogía, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como la que señala que “la base jurídica adecuada sobre la que debe adoptarse un acto ha de determinarse en función de su contenido y de su objeto principal”, doctrina que por su lógica intrínseca también es reconducible a las eventuales controversias que se susciten sobre la opción de un instrumento u otro⁵⁹.

La elección de un tipo normativo u otro debe preocuparnos pues presenta perfiles no muy diferentes de la elección de un precepto u otro como base jurídica, o de varios. Esas opciones han originado una importante conflictividad en torno a las bases jurídicas que se utilizan por las Instituciones decisorias, ya que la elección de la base jurídica condiciona el ejercicio de la competencia por las Instituciones y por los Estados miembros, así como el procedimiento de decisión (consulta simple, codecisión, dictamen conforme, etc.). Estos problemas propios del contencioso sobre las opciones posibles de bases jurídicas se mantendrán probablemente y pueden añadir el problema eventual de elección de un instrumento normativo u otro, con el agravante de que una base pueda concretar el tipo normativo y la otra u otras bases jurídicas posibles no lo concreten. La motivación debe ser más precisa y debe referirse a la justificación del concreto tipo o instrumento normativo elegido.

Con carácter general, el Tribunal de Justicia afirma que “en el marco del sistema de competencias de la Comunidad, la elección de la base jurídica de un acto debe fundarse

⁵⁸ Así, sentencias de 5 de octubre de 2000, *Alemania c. Consejo y Parlamento* -publicidad del tabaco-, C-376/98; 6 de mayo de 2008, *Parlamento Europeo c. Consejo*, C-133/06.

Sobre la motivación en el derecho derivado de la UE me remito a mi trabajo, MANGAS MARTÍN, A. “El sistema de normas de la UE”, Base del Conocimiento Jurídico (Derecho Comunitario), iustel.com,

⁵⁹ Sentencias de 17 de marzo de 1993, *Comisión/Consejo*, C-155/91; de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, C-377/98 y de 2 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo y Comisión c. Consejo*, C-436/03.

en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. Entre dichos elementos figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto”⁶⁰. Desde la citada sentencia « dióxido de titanio» el Tribunal de Justicia preconiza recurrir a una base jurídica única cuando el contenido y la finalidad de las medidas consideradas se refieren principalmente a un ámbito de actividad (y sus efectos sobre otras políticas sólo tengan carácter accesorio) y recurrir a una base jurídica doble cuando los dos aspectos son igualmente esenciales.

Por ello, en el futuro para saber si un acto fue adoptado basándose en el artículo adecuado del Tratado y saber si el instrumento normativo fue el adecuado, obliga a verificar, como recordara el Abogado General Léger siguiendo la doctrina jurisprudencial “dióxido de titanio”, si las medidas que contiene pertenecen principalmente a un ámbito de actuación, mientras que sus efectos en otros ámbitos sean solamente accesorios en cuyo caso sólo debe incluir una sola base jurídica⁶¹. Pero si ambos aspectos son igualmente esenciales, una sola base será insuficiente y el acto deberá incluir las dos bases jurídicas sobre las que funda su competencia⁶², salvo cuando los procedimientos previstos en las dos disposiciones o bases jurídicas –a lo que habría que añadir la excepción de si las dos bases presentan tipos diferentes- sean incompatibles (sentencia sobre « dióxido de titanio », apartados 17 a 21)⁶³.

⁶⁰ *Inter alia*, sentencias de 11 de junio de 1991, *Comisión c. Consejo -dióxido de titanio-*, C-300/89, ap.10; 9 de noviembre de 1995, *Alemania c. Consejo*, C-426/93, ap. 29; 7 de marzo de 1996, *PE c. Consejo*, C-360/93 (Memorandum CEE-USA sobre contratación pública), fund. 23; 26 de marzo de 1996, *PE c. Consejo*, C-271/94, ap. 14; otros asuntos *PE c. Consejo*, 28 de mayo de 1998, C-22/96 -redes telemáticas-; 23 de febrero de 1999, *Comisión c. PE*, C-42/97 -promoción de la diversidad lingüística de la sociedad de la información-; 13 de septiembre de 2005, *Comisión c. PE*, C-176/03, -Decisión marco de protección del medio ambiente a través del Derecho Penal- ap. 45; 23 de octubre de 2007, *Comisión/Consejo*, C-440/05, ap. 61; 10 de febrero de 2009, *Irlanda c. Parlamento Europeo*, C-301/06, ap. 60.

⁶¹ Sentencias de 4 de octubre de 1991, *Parlamento/Consejo*, C-70/88, ap. 17 y de 26 de marzo de 1996, *Parlamento/Consejo* C-271/94, ap. 32 y 33.

⁶² Sentencias de 30 de mayo de 1989, *Comisión/Consejo*, 242/87, ap. 33 a 37, y de 7 de marzo de 1996, *Parlamento/Consejo*, C-360/93, ap. 30.

⁶³ El Abogado General Léger estima que “Así ocurre inexorablemente cuando las dos bases jurídicas establezcan procedimientos de toma de decisiones que no confieran las mismas prerrogativas a las Instituciones que participan en la adopción del acto” (Conclusiones de 16 de mayo de 2000, *Reino de España contra Consejo de la Unión Europea*, Asunto C-36/98). Pero si no son incompatibles dos disposiciones, aunque sean diferentes procedimientos (por ejemplo, codecisión y consulta con votación por mayoría cualificada en el Consejo), es necesario incluir las dos bases jurídicas concurrentes que justifican y completan la concreta competencia comunitaria (sentencia de 6 de noviembre de 2008, *Parlamento c. Consejo*, C-155/07, ap. 78-79) siempre que se recurra al procedimiento que garantice la mayor participación del Parlamento (el de codecisión). De la abundante jurisprudencia se deduce que se debe escoger la disposición más específica: la elección de la base jurídica debe hacerse prefiriendo la base más concreta; y sólo estaría justificado recurrir, por ejemplo, al art. 308 (que permite la extensión de la competencia -cláusula de imprevisión- condicionada a la unanimidad del Consejo y la consulta simple al PE) como base jurídica de un acto cuando ninguna otra disposición del Tratado confiera a las Instituciones comunitarias la competencia necesaria para adoptarlo. El hecho de que la o las instituciones

Al tener que elegir entre varios tipos normativos habrá que incluir en la motivación una explicación que justifique la elección del tipo en relación con la coherencia de los objetivos y del régimen establecido, con la participación de los Estados miembros y con el respeto al principio de proporcionalidad y subsidiariedad. La elección del instrumento jurídico es susceptible de control jurisdiccional y la obligación de motivar tal elección permitirá, siguiendo la jurisprudencia clásica sobre la motivación de los actos, controlar efectivamente la legalidad del acto y asegurar al destinatario la posibilidad de valorar correctamente el alcance y las consecuencias jurídicas⁶⁴.

La motivación de los actos adoptados con bases jurídicas que contienen una indeterminación del tipo normativo debe extenderse lo suficiente para justificar la elección ante los Estados, las entidades subestatales y los particulares, especialmente cuando no opte por el reglamento frente a la directiva a la luz de los repetidos principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Le será de aplicación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que entiende que la motivación “debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés de los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones”⁶⁵.

decisoras no optaran por la base jurídica incluida en una propuesta por la Comisión no exige una motivación más específica (sentencia de 28 de noviembre de 2006, *Parlamento Europeo/Consejo*, C-414/04).

⁶⁴ Sentencias de 26 de noviembre de 1981, *Michel c. Parlamento*, 195/80, apartado 22 y de 10 de mayo de 2005, *República Italiana c. Comisión*, C- 400/99.

⁶⁵ Entre muchas, sentencia de 29 de marzo de 2001, *Comisión c. Portugal*, C-163/99; 22 de enero de 1986, *Eridania Zuccherifici*, 250/84; 17 de julio de 2008, *cp-Pharma Handels GmbH c. República Federal de Alemania*, C-448/06.

Según el Tribunal de Justicia, “no se exige sin embargo que dicha motivación especifique todas las razones de hecho o de Derecho pertinentes... Para apreciar el cumplimiento de la obligación de motivación, se debe tener en cuenta no sólo el tenor del acto, sino también su contexto, así como el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. Si el acto impugnado revela lo esencial de los objetivos perseguidos por la institución comunitaria en cuestión, resulta innecesario exigir a ésta una motivación específica para cada una de las opciones de carácter técnico que haya realizado” (sentencias de de 29 de febrero de 1996, *Comisión/Consejo*, C-122/94 -ayudas de Estado-; 9 de noviembre de 1995, *Atlanta* C-466/93 ap. 16; 19 de octubre de 2000, *Italia y Sardegna Lines c. Comisión*, as. ac. C-15/98 y C-105/99; 29 de marzo de 2001, *Comisión c. Portugal*, C-163/99; 5 de julio de 2001, *Italia/Consejo y Comisión*, C-100/99; 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01; 10 de julio de 2003, *Comisión/BEI*, C-15/00 ; 14 de diciembre de 2004, *Arnold André*, C-434/02 y *Swedish Match*, C-210/03; 12 de julio de 2005, *Alliance for Natural Health y otros*, C-154/04 y C-155/04; 12 de diciembre de 2006, *República Federal de Alemania/ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-380/03 -publicidad y patrocinio de los productos del tabaco-.

La motivación debe figurar, pues, en el acto y debe formar parte de su proceso de elaboración; es decir, la selección de las frases que explican la finalidad del acto articulado –y que le preceden–, corresponde a la o las instituciones coautoras del acto. Por ello, tiene interés traer a colación la doctrina jurisprudencial que ha establecido que en los actos de codecisión (actos legislativos ordinarios en el TFUE) la motivación es “cosa de dos”, por lo que el Consejo por su cuenta no podría modificar la motivación de un acto que deba ser adoptado conjuntamente⁶⁶.

VII. JERARQUÍA ENTRE LOS ACTOS DEL DERECHO DERIVADO

Conviene precisar que abordamos aquí el orden de prelación *entre los tipos o instrumentos del derecho derivado*. Debe quedar claro que no se trata de la jerarquía misma del Derecho de la Unión Europea cuya primacía sobre el Derecho interno está bien establecida desde la jurisprudencia *Costa c. ENEL* en los años sesenta.

Igualmente queda fuera, por estar bien establecida, la jerarquía superior del derecho primario (los Tratados constitutivos) sobre el derecho derivado. Es claro que el parámetro de los actos de las Instituciones son los Tratados y a ellos están subordinados. Los Tratados establecen el fundamento, el marco y los límites del poder normativo de las Instituciones y a tal fin se ha previsto el procedimiento de nulidad ante el Tribunal de Justicia para eliminar aquellos actos legislativos y no legislativos contrarios a los Tratados (por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados, o desviación de poder, art. 230 TCE/art. 263 TFUE).

En resumen, el principio de jerarquía normativa rige las relaciones del Derecho de la Unión con los ordenamientos internos y las relaciones entre el Derecho originario y el derivado del propio sistema.

1. Ausencia de un principio formal de jerarquía entre los actos del Derecho Derivado y paridad institucional

Pero también ha precisado que “cuando se trata de actos destinados a una aplicación general, puede limitarse a indicar, por una parte, la situación de conjunto que ha conducido a su adopción y, por otra parte, los objetivos generales que se propone alcanzar. Si el acto impugnado pone de manifiesto la parte esencial del fin perseguido por la Institución, es excesivo pretender la motivación específica de cada una de las decisiones técnicas que ella adopta” (sentencia de 7 de noviembre de 2000, *Gran Ducado de Luxemburgo c. PE y Consejo*, C-168/98).

Hace años el Tribunal estimaba que en lo que concierne a los actos de aplicación general, satisfacen las exigencias de dicho artículo si los motivos explican lo esencial de las medidas establecidas y no se podría exigir una motivación específica en apoyo de todos los detalles que puedan comportar tal medida desde el momento en que éstos entran en el marco sistemático del conjunto (sentencia de 29 febrero de 1984, *Rewe-Zentrale*, 37/83).

⁶⁶ También en este caso el Tribunal estimó que no es suficiente motivación la mera remisión al texto de un Reglamento (sentencia de 21 de enero de 2003, *Comisión y Parlamento Europeo c. Consejo*, C-378/00 -programa LIFE-).

Ahora bien, el principio de jerarquía normativa no rige para establecer la prelación entre los tipos de actos normativos de la Unión. No hay una jerarquía formal entre sí, tal como sucede en los órdenes internos construida sobre bases formales⁶⁷. Buena prueba de ello es que al no encontrar una solución técnica en el Tratado de Maastricht en 1993, se incluyó una *Declaración relativa a la jerarquía de los actos comunitarios* que endosaba a la siguiente Conferencia Intergubernamental de 1996 estudiar en qué medida sería posible “revisar la clasificación de los actos comunitarios, con vistas a establecer una adecuada jerarquía entre las distintas categorías de normas”. Preocupaba entonces el fondo y, ante todo, la tipología de los actos y su simplificación, y no la jerarquía que no ha sido un problema en sí en el pasado. Se aplazaba el acuerdo sobre una jerarquía formal a la revisión de 1996 (Tratado de Ámsterdam); en esa Conferencia Intergubernamental la jerarquía tuvo un “papel marginal” que tampoco alteró la situación⁶⁸.

De hecho, los numerosos informes previos a la Conferencia intergubernamental de 1996 y citados en las primeras páginas de este trabajo (del Grupo de Reflexión, de la Comisión, etc.) no hacían la menor referencia o en todo caso muy general a la jerarquía de los actos salvo una leve referencia en el Informe del Tribunal de Justicia⁶⁹ en relación con los efectos sobre los recursos de los particulares).

Como es bien sabido, en general, en el orden interno de los Estados el principio de la división de poderes junto con la jerarquía de los órganos productores de las normas origina la jerarquía de las normas y actos. La jerarquía vertical entre normas y actos traduce la jerarquía vertical de los órganos que los adoptan y, con ello, el respeto a una escala de valores políticos que representan los órganos internos (un parlamento representa la soberanía popular, frente a un gobierno o un miembro de ese gobierno, lo que justifica que la norma (la ley) nacida del parlamento sea el parámetro de legitimidad de la norma gubernamental (Decreto) y éste exija la conformidad de la orden ministerial y que no pueda derogar la inferior a la superior .

⁶⁷ D'ATENA, A.: “L'anomalo assetto delle fonti comunitarie”, en *Il diritto dell'Unione Europea*, nº4/2001, pp. 592.

⁶⁸ TIZZANO, A.: “La gerarchia delle norme comunitarie”, en *Il diritto dell'Unione europea*, 1-1996, p. 57; también estima que la Declaración no invita tanto a establecer una jerarquía entre actos sino genéricamente entre “normas” (p. 61).

Sobre este fracaso en la CIG de 1996 puede verse, además, BIEBER, R y SALOMÉ, B: “Hierarchy of norms in European Law”, *Common Market Law Review*, 1996, pp. 922 ss; DIEZ-HOCHLEITNER, J.: *loc. cit.*, p. 565 y ss; MANGAS MARTÍN, A.: “El Tratado de Amsterdam: Aspectos generales del pilar comunitario”, *Gaceta Jurídica de la CE*, septiembre de 1998, D-29, pp. 62; MONJAL, P.-Y.: “La Conférence Intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires”, *RTDE*, 1996, pp. 684.

⁶⁹ *Informe del TJCE sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea*, Luxemburgo, mayo 1995, punto 21. Ver también en *Libro Blanco sobre la Conferencia Intergubernamental de 1996*, vol. I, Parlamento Europeo, p. 383 ss, par. 19 y 21).

También esa separación de poderes y jerarquía da lugar a procedimientos diferentes de adopción de las normas internas (procedimiento legislativo y no legislativo). Es un principio formal.

El aspecto procedimental lo utiliza sólo parcialmente el Tratado de Lisboa (cuando entre en vigor), pues inserta la categorización por los procedimientos, pero los actos sustantivamente no se diferencian en función de los procedimientos, lo que sí sucede en los ordenamientos internos.

En buena medida el principio de paridad institucional impide establecer una jerarquía entre las Instituciones hasta el punto de que los Tratados no distinguen ni dan denominación diferente en función de las Instituciones que los adoptan (hay reglamentos del Consejo y del PE, reglamentos del Consejo, reglamentos de la Comisión; incluso hay reglamentos del BCE). Al no haber una jerarquía formal entre las Instituciones (lo que sí sucede en el Derecho interno) no hay jerarquía de actos en sí, aunque los procedimientos para su aprobación serán los que generen los criterios de prelación debido a la competencia más que a la jerarquía en sí. Los Tratados, desde la fundación del sistema por el Tratado CECA en los años cincuenta del pasado siglo incluida la reforma que operará el Tratado de Lisboa, establecen un riguroso sistema de distribución de las competencias

En principio, pues, no hay jerarquía normativa *entre los tipos de actos* del Derecho derivado. No la hay porque:

- en virtud del principio del equilibrio institucional las instituciones tienen detalladas sus competencias en los Tratados y una Institución no puede invadir o utilizar las competencias de otra institución;

- los Tratados establecen un sistema institucional basado en la atribución caso por caso de competencias, de modo que para cada ámbito y en función de la finalidad (que no materias) se expresa el procedimiento y el tipo que hay que utilizar. Las instituciones habilitadas para adoptar normas no eligen el tipo normativo ni el procedimiento de adopción. Lo más grave que puede suceder es que haya dos posibles bases jurídicas o varias opciones en función de las interpretaciones que demos a los objetivos y finalidades perseguidos por la norma proyectada, dando lugar a estas situaciones a una variada litigiosidad. También en varios casos bien determinados el Tratado no fija el tipo normativo concreto el cual queda indeterminado o mediante opción, pero las Instituciones no tienen discrecionalidad para elegir los objetivos ni los medios jurídicos para alcanzarlos. En consecuencia, un reglamento no tiene mayor jerarquía que una directiva sino que deberán utilizar el tipo predeterminado y en los casos excepcionales en que no se detalle el tipo normativo deberán tener en cuenta los objetivos y el principio de proporcionalidad.

- También dificulta, al menos formalmente, y parece relegar la importancia de una jerarquización el hecho de que desde la fundación misma del sistema se defina cada tipo normativo con cierto detalle confiriéndoles una especificidad: la estructura y los efectos de un reglamento son bastante diversos a los de una directiva o una decisión. Claro que las diferencias entre unos y otros se van diluyendo con la práctica de la integración: hay reglamentos y decisiones que son muy similares en su estructura y efectos; el efecto directo de las directivas, así como la práctica de las directivas detalladas, ha atenuado las diferencias entre la directiva y el reglamento.

Pero sobre todo la técnica vertical de distribución de las competencias entre las instituciones precisando los procedimientos concretos, hace casi imposible los conflictos normativos entre los tipos normativos. Ahora bien, si el conflicto vertical no es usual, por el contrario, el conflicto por el reparto horizontal de las competencias entre las instituciones no es infrecuente (una buena parte de esos conflictos son los relativos a las bases jurídicas a los que me he referido) ya que en la Unión no hay un principio de división de poderes sino de concurrencia de varias instituciones en una misma atribución. Y todavía mucho más frecuentes son los litigios entre la Unión y sus Estados miembros con una abultada litigiosidad por la doble dificultad, de una lado, la antes mencionada de las bases jurídicas utilizadas que importan mucho a los Estados y por la del reparto horizontal de las competencias compartidas, basado en ámbitos (no materias) muy específicos pero orientados o sometidos a un criterio finalista que con demasiada frecuencia se expande a favor de la Unión y en detrimento de la concurrente competencia estatal.

El principio de sucesión de normas en el tiempo dentro del mismo tipo normativo y la misma concreta materia regulará las eventuales contradicciones: el reglamento, la directiva o la decisión posterior sobre el mismo ámbito material deroga la anterior. El principio de especialidad es el otro criterio a tener en cuenta.

2. La introducción de criterios de prelación entre actos normativos y ejecutivos en función del procedimiento de adopción

Ahora bien, en la práctica normativa de estas décadas de integración, antes incluso de que entre en vigor el Tratado de Lisboa, se puede observar cómo se ha ido estableciendo de forma parcial e indirectamente un orden de prelación o jerarquía entre las normas de base y las de ejecución, cualquiera que sea el tipo normativo utilizado.

En efecto, el Tribunal de Justicia ha señalado hace mucho tiempo que el reglamento de ejecución no puede desconocer el contenido del reglamento de base ni derogarlo ⁷⁰. Lo mismo puede decirse para las directivas y decisiones de base.

Por otra parte, desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1993, el art. 249 TCE introdujo indirectamente una prelación (más que una jerarquía) entre los actos normativos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo mediante el procedimiento de codecisión (art. 251 TCE), y el resto de actos en la misma materia adoptados por una sola Institución, ya sea el Consejo o la Comisión mediante otros procedimientos (de simple consulta, de cooperación). Es decir, una medida de ejecución normativa o administrativa del Consejo o de la Comisión no puede desconocer (modificar o derogar) el contenido de una norma adoptada conjuntamente por el Consejo y el PE, ya que ello sería violar la competencia normativa conjunta de la coautoridad legislativa. Luego, es más el principio de competencia que el de jerarquía el que introduce un orden de prelación preferente y una fuerza de resistencia de las normas adoptadas conjuntamente por el PE y el Consejo.

El problema es fundamentalmente formal pues ya he señalado que, desde el punto de vista sustantivo o del contenido, el Tribunal de Justicia ya estableció en los años setenta una prelación y declaró la fuerza de resistencia de las normas de base –cualquiera que fuera su tipo normativo- sobre las de ejecución: los reglamentos de ejecución (o una directiva o decisión de ejecución) no puede desconocer o contrariar el contenido de la norma de base como señalaba la citada sentencia *Tradax*. Como señalaba A. Tizzano la prioridad no se vincula a valores formales sino a la particular relación funcional entre dos actos, uno de alcance general y otro particular ⁷¹. Luego, la cuestión de la jerarquía de los actos de derecho derivado en el ordenamiento de la Unión no se construye sobre una base formal sino material y es de orden político-institucional, frente a las fuentes normativas que en el orden interno expresan una división de poderes y una jerarquía de órganos que no tiene lugar en la UE. ⁷²

⁷⁰ Sentencias de 10 de marzo de 1971, *Tradax*, 38/78; 17 de diciembre de 1970, *Scheer*, 30-70; 16 de junio de 1987, *Romkes*, 46-86; 18 de junio de 1996, *PE c. Consejo*, C-303/94.

El Tribunal de Primera Instancia ha hecho referencia a la “jerarquía” de las normas al decir que una decisión individual no puede restringir o limitar los efectos jurídicos de un acto normativo (por ejemplo, un reglamento), salvo que lo autorizase el reglamento mismo (TPI, sentencia de 8 de junio de 1995, *Scholler Lebensmittel*, T-9/93).

⁷¹ TIZZANO, A.: “La gerarchia ...”, *loc. cit.*, p. 62. Del mismo autor puede verse, TIZZANO, A.: “The instruments of community Law and the hierarchy of norms”, en *Reforming the Treaty on European Union, The legal debate*, (Winter, J.A., Curtin, D.M., Kellermann, A.E., Witte, B. De, eds.), Kluwer, La Haya, 1996, pp. 207 y ss

⁷² En efecto, en la práctica normativa de estas décadas de integración se puede observar cómo se ha establecido indirectamente un orden de prelación o jerarquía. El Tribunal de Justicia aceptó esta práctica y sus consecuencias; en estos casos, reconoce el Tribunal de Justicia, que el Consejo

Tampoco la Convención sobre el Futuro de Europa que elaboró un proyecto de Constitución en 2004, ni la Conferencia Intergubernamental de 2005, establecieron una jerarquía formal; se inclinaron por una categorización de los actos en función de los procedimientos, legislativos y no legislativos, tal como muchos años antes ya había establecido el Tribunal de Justicia. El Grupo de trabajo IX abordó el problema de la jerarquía a partir de la clarificación de los poderes de las Instituciones. Ellos estimaban que con una mejor delimitación de lo que corresponde al legislativo y del procedimiento de adopción de tales actos se clarificaría el llamado segundo nivel o derecho derivado, frente a los actos ejecutivos (tercer nivel) y los actos delegados (cuarto nivel).

Se ha repetido hasta la saciedad que el Tratado constitucional establecía por vez primera una jerarquía; esto no es enteramente cierto ni falso del todo. Desde luego no había un precepto en el Tratado constitucional que estableciera el orden de prelación de fuentes de derecho derivado, lo que es innegable, no existió. No había una jerarquía expresa⁷³ sino que, como ahora en el Tratado de Lisboa, hay que inducirla de las categorías de actos establecidas, en concreto de la distinción entre actos legislativos y no legislativos. No hay un precepto sobre el orden de prelación de fuentes. El principio de legitimidad democrática es el que deriva una jerarquía entre los actos de derecho derivado. La jerarquía normativa se funda en el grado de legitimidad democrática que da origen a cada acto normativo.

Ya he señalado que el Tratado de Lisboa hereda esa distinción o categorización formal de los actos en función de los procedimientos, pero con la singularidad de que los tipos de procedimientos de adopción (legislativo y no legislativo) no conducen a denominaciones

dispone en plazos de su poder normativo limitándose a fijar en su primer acto reglas generales y permanentes y luego posterga las medidas de aplicación técnica o efímera a actos posteriores adoptados de forma ágil (TJCE, sentencias de 17 de diciembre de 1970, *Otto Scheer*, 30/70; *Koester*, 25/70). Ahora bien, el Tribunal de Justicia señala que el reglamento de ejecución no puede desconocer el contenido del reglamento de base ni derogararlo (10 de marzo de 1971, *Tradax*, 38/70).

Lo mismo sucede con las Directivas de base y de ejecución. Para el Tribunal de Justicia “no se puede exigir que todos los detalles de los Reglamentos o de las Directivas relativos a la PAC sean adoptados por el Consejo según el procedimiento del art. 43 del Tratado. Se cumple esta disposición cuando los elementos esenciales de la materia regulada se han establecido de acuerdo con el procedimiento previsto por aquél...No obstante una Directiva de ejecución, como la Directiva impugnada, debe respetar las disposiciones adoptadas en la Directiva de base ...” (18 de junio de 1996, *PE c. Consejo*, C-303/94).

⁷³ LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “El sistema de normas y actos en la Unión Europea”, en A. Mangas Martín y D.J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 5ª edición, 2005, p. 358;

CARRERA HERNÁNDEZ, J.: “Simplificación de los instrumentos jurídicos en el Proyecto de Tratado constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 16, 2003, p. 1058; SANTOS VARA, J.: “La simplificación normativa en el proyecto de Constitución europea: ¿unificación del sistema de actos o mantenimiento de la diversidad?”, *Revista General de Derecho Europeo*, www.iustel.com, 2004, núm. 2. También en *GJ de la UE y de la competencia*, 2004, nº 230, pp. 3 ss.; cfr. ALVES, C.M.: « La hiérarchie du droit dérivé unilatéral à la lumière de la Constitution européenne : révolution juridique ou sacrifice au nominalisme? », *Cahiers de droit européen*, vol. 41, 5-6, p. 691 ss.

distintas ni a tipos predeterminados pues un mismo procedimiento permitirá aprobar actos concretos de naturaleza tan diferente como un reglamento o una directiva. Sigue condicionando el sistema de fuentes y el problema de la jerarquía por el principio de atribución, que permanece y se afirma, si cabe, más todavía.

La categoría del procedimiento es claro que influye en su prelación y fuerza de resistencia frente a otros actos de modo que las normas aprobadas en procedimientos legislativos no pueden ser derogadas o modificadas por normas no legislativas. Pero es de nuevo el principio de competencia, junto al de legitimidad democrática, y no el de jerarquía y, como siempre, el contenido sustantivo que puede ser regulado en cada instancia procedimental lo que predeterminara la prelación. En el procedimiento legislativo serán los aspectos esenciales, generales o abstractos y permanentes, frente al procedimiento no legislativo que se centrará en los aspectos técnicos, más coyunturales y de detalle.

La jerarquía de procedimientos por su legitimidad democrática traduce así una jerarquía de normas y no de instituciones, situándose en la doctrina y práctica tradicional desde la fundación de las Comunidades Europeas. La legitimidad democrática que representan el Parlamento y el Consejo aseguran una mayor jerarquía frente a los actos no legislativos. Esta es la concepción tradicional en los análisis doctrinales y en la práctica jurisprudencial.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Durante todos estos años al no distinguirse entre la función legislativa, reglamentaria y administrativa se sobrecargó al Parlamento Europeo de una inmensidad de actos técnicos desnaturalizando su función y distrayéndole de su función legislativa y política. El Tratado de Lisboa supondrá un gran avance al diferenciar los actos del derecho derivado en función del procedimiento y, por tanto, en función de la importancia de las materias o, más exactamente, ámbitos, y vincular ese carácter esencial al procedimiento legislativo.

La distinción entre funciones conlleva racionalizar los procedimientos comunitarios a este respecto; permite una mayor lógica en la toma de decisiones y, por tanto, una mayor transparencia de dicho proceso para los ciudadanos responsabilizando al Parlamento y al Consejo de las decisiones más importantes. La tarea de los colegisladores debería concentrarse en la definición de grandes objetivos y principios de la legislación comunitaria más que en disposiciones detalladas y de carácter altamente técnico, que se corresponderían con la función ejecutiva.

Sin embargo, la indeterminación de los tipos en la gran mayoría de los actos legislativos añadirá a los problemas propios del contencioso sobre las bases jurídicas el problema eventual de elección de un instrumento normativo u otro.

La motivación de los actos adoptados con bases jurídicas que contienen una indeterminación del tipo normativo debe extenderse lo suficiente para justificar la elección ante los Estados, las entidades subestatales y los particulares, especialmente cuando no se opte por el reglamento frente a la directiva, en especial a la luz de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Aunque formalmente no hay jerarquía entre los actos del derecho derivado y el Tratado de Lisboa, como el fracasado Tratado constitucional, no varía esa afirmación, la categoría del procedimiento de adopción del acto influye en su prelación y fuerza de resistencia frente a actos no legislativos de modo que las normas aprobadas en procedimientos legislativos no pueden ser derogadas o modificadas por normas no legislativas. El principio de legitimidad democrática es el fundamento de la jerarquía normativa. Luego el sistema de fuentes y el problema de la jerarquía sigue condicionado por el principio de atribución, que permanece y se afirma, si cabe, más todavía en el nuevo Tratado.