

LOS ACTOS NO LEGISLATIVOS EN LA CONSTITUCION EUROPEA*

Eduardo Vírjala Foruria**

SUMARIO

- 1.- *Introducción.*
- 2.- *Los actos normativos en el sistema TCE: un sistema de fuentes del derecho asistemático sin fuentes*
- 3.- *Los actos jurídicos en la Constitución europea.*
- 4.- *Los actos no legislativos en la Constitución Europea.*
- 5.- *Los reglamentos delegados.*
- 6.- *Los actos ejecutivos.*

1. INTRODUCCIÓN

Mi intención en este trabajo es analizar los cambios que ha supuesto la aparición de la Constitución europea (CEu)¹ en lo que en el ámbito interno puede llamarse el sistema de fuentes y, específicamente, en el campo “reglamentario” (utilizando la expresión estatal). Una respuesta ini-

* Este trabajo tiene su origen en la ponencia preparada para las “Jornadas sobre la Constitución europea” celebradas en Granada los días 30-31 de marzo de 2005.

** Catedrático de Derecho constitucional. Universidad del País Vasco

¹ El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa fue firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 y está actualmente en fase de ratificación por los Estados miembros de la UE. La ratificación se ha producido en el momento de redactar definitivamente estas líneas por parte de Austria, Bélgica, Chipre, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Eslovaquia, Eslovenia y España, pero está “congelada” de momento en varios países tras el rechazo a la Constitución en los referendos francés (29 de mayo de 2005) y holandés (1 de junio de 2005).

cial que luego se desarrollará es la de señalar que el cambio es profundo, y probablemente lo será más con su puesta en marcha, pero también que siguen subsistiendo muchos de los problemas que tiene la estructura formal del Derecho comunitario, consecuencia de la existencia de un proceso evolutivo en la Unión Europea (UE).

He de reconocer las dificultades que plantea para un constitucionalista educado en las categorías del derecho interno enfrentarse al “sistema de fuentes” comunitario ante el que, por su diversidad con respecto a los nacionales, el operador jurídico ha de manejar nuevas categorías y no aplicar miméticamente las que ha utilizado hasta el momento, pero, a su vez, con la duda permanente de si eso es precisamente lo que se busca, es decir, hacernos olvidar los conceptos que han demostrado su utilidad en el entendimiento del ser y del deber ser de los Estados democráticos europeos.

2. LOS ACTOS NORMATIVOS EN EL SISTEMA TCE: UN SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ASISTEMÁTICO SIN FUENTES

Como introducción al estudio de los actos no legislativos en la CEu creo necesario recapitular sobre la situación actual de los “actos jurídicos” en el Derecho comunitario vigente. Para ello, es preciso partir de tres afirmaciones que desarrollaré a continuación: la utilización de una terminología jurídica ajena a la de los Ordenamientos internos, la inexistencia de un sistema jerarquizado de fuentes del derecho, como consecuencia de todo ello la ausencia de una teoría acabada de las fuentes del derecho comunitario.

Lo primero que choca a un constitucionalista al analizar el Derecho de la UE es la terminología utilizada, ya que no se habla de normas ni de disposiciones jurídicas sino de actos, medidas, bases o instrumentos jurídicos lo que es revelador de que nos encontramos en un terreno en el que las categorías estatales van a ser de escasa utilidad, a lo que se añade que cuando aparece un término familiar, como el de reglamento, tiene un significado completamente diferente del propio en los Estados miembros. Se renuncia con la terminología “actos jurídicos” a determinar el grado de generalidad y abstracción y a la distinción entre la forma de la ley y la forma de actuación de la teoría tradicional de la división de poderes. En el Derecho comunitario las “medidas” que los tratados autorizan a los órganos de la UE abarcan tanto actos abstractos como concretos, generales o individuales².

² BOGDANDY, BAST y ARNDT (2004, 13-14).

Esta situación es consecuencia del origen de la UE (es decir, de las Comunidades europeas en los años 50) en que se pensaba más en medidas de acercamiento adoptadas por una organización internacional que en un sistema completo de normas jurídicas aplicables en los Estados. La enorme evolución desde aquella inicial organización internacional a la UE actual ha significado una eclosión de instrumentos jurídicos para adaptarse a dicha evolución favoreciendo la flexibilidad pero no la claridad ni la seguridad jurídicas. Aunque el art. 249 Tratado de la Comunidad Europea (TCE) parecía establecer un sistema definido de fuentes, la evolución del mismo “ha conducido a que el conjunto de los actos comunitarios haya adquirido una gran complejidad y falta de transparencia”³. La consecuencia final es que esos numerosos instrumentos jurídicos (se habla de 15 o más) se producen sin que estén fijadas las relaciones jurídicas entre los mismos y con la ausencia del principio de jerarquía salvo en la relación entre Derecho primario y Derecho derivado. En estas condiciones es imposible hablar de un sistema coherente de fuentes del derecho.

Se ha reiterado hasta la saciedad que un sistema de fuentes del derecho como el que conocemos en los Estados miembros sólo puede darse allí donde exista una clara división de poderes y éstos estén vinculados a grados diversos de legitimación popular y utilicen unos procedimientos propios y estandarizados de creación de normas. En las Comunidades Europeas, los tratados fundacionales no definían los poderes normativos sino las funciones de las instituciones de acuerdo a numerosos procedimientos⁴, siendo el elemento fundamental el equilibrio entre instituciones de forma que cada una de ellas actúe de acuerdo con los poderes que le son atribuidos pero con la misma igualdad y autonomía⁵. En definitiva, el principio básico de relación ente las instituciones es el de la competencia de atribución (arts. 5 Tratado de la Unión Europea-TUE, 7 TCE). No se atribuyen competencias según la función legislativa o ejecutiva ni se diferencian los procedimientos⁶.

Lo anterior conduce a la inexistencia de diferenciación entre norma jurídica y acto administrativo, tanto porque el emisor puede hacerlo todo en el mismo acto como por la utilización del mismo tipo de actos tanto para normar como para ejecutar. No hay separación entre legislación y ejecución

³ SANTOS (2004, 5).

⁴ Presidium de la Convención Europea, “Los instrumentos jurídicos: sistema actual”, CONV 50/02, p. 3.

⁵ BAST (2003, 32).

⁶ BOGDANDY, BAST Y ARNDT (2004, 14).

ni por el tipo de instrumento utilizado ni por la identidad del autor del acto ni por el nivel de detalle de la medida⁷, la única diferencia es por efectos jurídicos y no por su función legislativa, ejecutiva, etc.⁸, hasta el punto de que sólo pueden considerarse sin carácter normativo en sentido estricto las decisiones dirigidas a los particulares y los numerosos actos típicos y atípicos no vinculantes⁹ a veces con idéntica denominación (resoluciones, conclusiones, comunicaciones, declaraciones, códigos de conducta; más los derivados de la cooperación intergubernamental en la Política exterior y de seguridad común (PESC) del art. 12 TUE y de la Cooperación judicial y penal del art. 34 TUE: estrategias comunes, acciones comunes, posiciones comunes, decisiones marco, convenios), con naturaleza jurídica dudosa o con vinculación dudosa e incluso hay actos “que no se podría calificar de jurídicos, pero que han adquirido de facto un carácter vinculante”¹⁰. Esto es consecuencia de la antes señalada inexistencia de separación de poderes y de que hasta el Acta Unica Europea (AUE) el único legislador real era el Consejo, por lo que desde un punto de vista nacional podía parecer que todo el poder decisor de la UE era exclusivamente ejecutivo¹¹. A ello se añade que en el ejercicio de una misma función participan varias instituciones, ya que el Consejo puede actuar como legislativo o ejecutivo (art. 202 TCE) y la Comisión adopta actos ejecutivos pero también normativos (art. 86.3 y 88 TCE). Los tratados no definen los poderes legislativo y ejecutivo sino las funciones de las instituciones a través de diversos procedimientos que varían según las materias y no según el tipo de acto. Mientras el poder legislativo está más o menos definido, el poder ejecutivo se determina caso por caso en el proceso legislativo y la ejecución, por regla, pertenece a los Estados miembros y sólo subsidiariamente a la UE¹². La UE tampoco distingue entre poder reglamentario y poder de ejecución mediante actos individuales, incluyéndose ambos en el concepto de ejecución en el sentido de los arts. 202 y 211 TCE¹³, mediante el que el Consejo habilita a la Comisión para que realice la ejecución, pudiendo excepcionalmente reservárselo el propio Consejo.

⁷ LENAERTS y DESOMER (2003, 109), TIBERI (2003, 222).

⁸ SANTOS (2004, 5).

⁹ BAST (2003, 65).

¹⁰ Presidium de la Convención Europea, “Los instrumentos jurídicos: sistema actual”, CONV 50/02, p. 4.

¹¹ SCHÜTZE (2005, 6).

¹² Presidium de la Convención Europea, “Los instrumentos jurídicos: sistema actual”, CONV 50/02, pp. 11-13.

¹³ Presidium de la Convención Europea, “Los instrumentos jurídicos: sistema actual”, CONV 50/02, pp. 13-14.

Por su parte, en reglamentos (por ejemplo, con intervenciones altamente especializadas en la administración del sector agrario o en la creación de un marco en el que la “cooperación abierta” tome parte), directivas (por ejemplo, dirigidas a activar planes administrativos como cuando los Estados han de desarrollar programas para llevar a acabo determinados objetivos) y decisiones dirigidas a los Estados miembros no hay un criterio general para distinguir actos normativos y ejecutivos¹⁴, aglutinando en un solo instrumento lo que en los Estados miembros son leyes y reglamentos. Por otro lado, tampoco ha habido control jurisdiccional de la elección de actos normativos por los órganos comunitarios, teniendo en cuenta los numerosos casos en que los tratados no optaban por alguno de ellos¹⁵. Todo esto sólo es atemperado por el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sobre el que luego volveré, de utilizar como principio general que la Comisión, ejerciendo competencias delegadas, está vinculada por los términos de la delegación, no puede ir más allá de lo permitido en la delegación y ha de atenerse a las modalidades definidas en el acto de delegación, lo que juzga el TJUE caso por caso¹⁶.

Esta indiferenciación entre norma y acto tiene como corolario la ausencia de una relación jerárquica entre los actos de Derecho de la UE. No sólo es que no haya jerarquía expresa sino que tampoco la hay implícita entre reglamentos, directivas y decisiones, lo que produce opacidad e inseguridad legal¹⁷. No hay jerarquía ni entre los actos ni entre los órganos ni dependiendo del procedimiento normativo utilizado¹⁸. Reitero que sólo existe la jerarquía entre Derecho primario y derivado y la jerarquía lógica entre actos base y actos de desarrollo.

Si hay base jurídica suficiente, un acto de una institución puede modificar o derogar el de otra institución, aplicándose sólo el principio de <<lex posterior>> salvo atribución expresa en el tratado y hay ejemplos de que esa atribución no siempre se produce (por ejemplo, la relación entre art. 95.1-funcionamiento del mercado interior, al Consejo- y 86.3-velar por la aplicación de la competencia en los servicios de interés económico general, a la Comisión- TCE) o casos en los que se otorga al Consejo la potestad de derogar actos de la Comisión (art. 88.2 TCE). De la misma forma, un acto adoptado por un procedimiento determinado puede ser derogado por

¹⁴ BAST (2003, 64).

¹⁵ BAST (2003, 19).

¹⁶ HOFMANN (2004, 4).

¹⁷ LENAERTS y DESOMER (2003, 123).

¹⁸ BAST (2003, 32), SCHÜTZE (2005, 7).

otro acto posterior con otro procedimiento si un cambio en los tratados lo permite. En la práctica hay innumerables ejemplos de reglamentos, directivas, decisiones sin destinatario, atípicas o <<Beschluss>>¹⁹ y decisiones destinadas a Estados miembros que se complementan, modifican o derogan entre sí²⁰.

Si vamos a los datos prácticos, los más recientes señalan que en el ámbito de los reglamentos y de las directivas, se los reparten al 50% entre Consejo y Comisión, si tomamos en cuenta todos los actos jurídicos, la Comisión adopta el 60% y el Consejo el 40%, aunque el Consejo interviene en el 81% de los actos derivados directamente de los tratados y la Comisión en el 89% de los que tienen fundamento jurídico derivado²¹. De aquí podría concluirse la existencia de una relación parecida a la existente entre la ley y el reglamento, pero no lo es ya que los actos de fundamento jurídico derivado no son inferiores a los de fundamento jurídico directo en los tratados, salvo la jerarquía ya reiterada entre base y desarrollo²².

Precisamente, hay que recordar aquí que esta última jerarquía se produce entre un acto base (de claro carácter normativo, estableciendo principios generales de la regulación jurídica de una materia) y un acto de aplicación o de ejecución adoptado por la Comisión²³ que desarrolla esa normativa mínima (esta distinción ha sido admitida por el TJUE en su jurisprudencia: sentencia de 27 de septiembre de 1979)²⁴. En esos casos sí que hay lo que puede denominarse como jerarquía lógica entre el acto de desarrollo y el acto base, debiendo respetar el primero tanto el procedimiento como el contenido establecido en el segundo, incurriendo en caso contrario en <<ultra vires>>²⁵. Pero esa jerarquía es una jerarquía interna entre bases-desarrollo (al estilo del art. 82 Constitución española (CE), aunque en Derecho comunitario el acto base puede permitir al de desarrollo la modificación del primero en aspectos no esenciales, por ejemplo, art. 2.b de la Decisión del Consejo 1999/468), y no una jerarquía entre acto de desarrollo y cualquier otro acto jurídicamente vinculante²⁶. En todo caso, la relación

¹⁹ Palabra sin traducción al castellano y que en alemán es diferente a la decisión en sentido estricto o *Entscheidung*. También cabe la distinción en danés y en holandés, pero en los demás idiomas se distingue por la cláusula introductoria diferenciadora y por omitir el destinatario: BAST (2003, 24), HOFMANN (2003, 6).

²⁰ BAST (2003, 33-37) y los ejemplos allí citados.

²¹ BOGDANDY, BAST y ARNDT (2004, 54-55).

²² BOGDANDY, BAST y ARNDT (2004, 56), SANTOS (2004, 6), RIDEAU (2004, 324).

²³ Unos dos tercios del total: LÓPEZ CASTILLO (2004, 231).

²⁴ CARRERA (2003, 1044), RIDEAU (2004, 300-301).

²⁵ BAST (2003, 39), SCHÜTZE (2005, 8).

²⁶ BAST (2003, 41). En sentido contrario, K. LENAERTS y A. VERHOEVEN citados por SCHÜTZE (2005, 8).

reglamento de base-reglamento de ejecución (por el propio Consejo o por delegación en la Comisión) siempre ha planteado problemas, especialmente si es la Comisión la encargada de dictar el reglamento de ejecución, planteándose cuestiones relativas a los límites de la delegación de poderes, las condiciones a las que estaba sometido el ejercicio de tal delegación, y un problema específico, a saber, si el control de dicho ejercicio por comités intergubernamentales no constituye un atentado a la independencia de la Comisión en el sistema institucional. La delegación, en todo caso, ha de ser expresa y nunca en blanco de forma que el reglamento base establezca los principios esenciales (STJUE de 15 de julio de 1970) y el de ejecución los respete en todo momento (STJUE de 16 de junio de 1987) sin poder sobrepasarlos (STJUE de 17 de diciembre de 1970) o derogarlos (STJUE de 10 de marzo de 1971)²⁷.

Para finalizar este apartado hay que señalar que la ausencia de conceptos equiparables a los nacionales y, especialmente, de un sistema jerarquizado de normas jurídicas ha provocado el que hasta ahora no haya habido una teoría de las fuentes del derecho comunitario coherente y desarrollada, lo que se evidencia, por ejemplo, en la disparidad de criterios para definir a la decisión como un mero acto administrativo o como una auténtica norma jurídica o en la utilización de la decisión <<Beschluss>> como acto vinculante usado más frecuentemente (10% del total de actos) que la directiva y en todo tipo de sectores²⁸. Por otro lado, y como ha señalado Gautron, el TJUE no ha elaborado una teoría general de la jerarquía normativa sino sólo algunas teorías parciales²⁹.

3. LOS ACTOS JURÍDICOS EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

La situación hasta ahora descrita ya había sido criticada desde hace muchos años y se había intentado modificar también en diversas ocasiones, pero ha sido con la elaboración de la CEU donde ha cobrado cuerpo la reforma de los actos jurídicos comunitarios. En la Convención europea, el objetivo precisamente del Grupo IX "Simplificación" fue ese, lo que ha dado lugar a un panorama normativo diferente aunque con muchos elementos todavía de la situación anterior.

El primer gran cambio es el de la existencia del propio Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa que deroga al TCE y al TUE.

²⁷ ALONSO (1989, 55-56).

²⁸ BAST (2003, 23).

²⁹ Citado por ALVES (2004, 712).

No es este el momento de entrar aquí en la discusión de si estamos ante un tratado o ante una Constitución, por lo que me limito a secundar la posición mantenida por nuestro mayor experto en fuentes del derecho, F. Balaguer Callejón, cuando dice que la aparición de la Ceu “es, sin duda, la de mayor trascendencia en lo que al sistema de fuentes se refiere”, aunque la Convención sólo haya desarrollado un proceso “preconstituyente” siendo decisorios los Estados, pero recordando que un pacto federal entre Estados puede dar lugar a una Constitución, máxime si el pacto es adoptado por órganos democráticos y sometido a ratificación en cada Estado³⁰. A pesar de su excesiva longitud (448 artículos más los Protocolos y anexos) y de su contenido propio de un tratado o de normativa infraconstitucional (Parte III sobre todo), el tratado constitucional responde a las características básicas de un texto constitucional: Carta de Derechos, control del poder, intensificación de la unidad política consolidando una comunidad política y constitucional europea, delimitación de competencias, sistema de fuentes, sistema jurisdiccional³¹.

En segundo lugar, se ha producido un enorme cambio en la terminología utilizada. A pesar de que sigue sin utilizarse el término genérico “norma jurídica”, se rompe la tendencia existente hasta ahora de buscar nombres alejados de la terminología estatal (tratados sin referencia expresa a su carácter constitucional, reglamentos y directivas en lugar de legislación)³². Aparecen las leyes, las leyes marco y el reglamento ocupa, al menos aparentemente, una posición inferior a la ley.

Vinculado a este tema de la terminología, aunque, por supuesto, con un contenido no sólo nominal, está el de la unificación de actos al margen de los antiguos pilares. Este cambio es especialmente significativo en las materias de cooperación policial y judicial penal, en las que las antiguas decisiones marco, decisiones y posiciones comunes, se convierten en leyes marco, leyes y decisiones respectivamente. Los convenios en esta materia³³ son también un instrumento a desaparecer que serán sustituidos en su mayoría por leyes europeas³⁴. Más complicado es el cambio nominal en la PESC en que las antiguas estrategias comunes, acciones comunes y posiciones

³⁰ BALAGUR (2004, 63).

³¹ BALAGUER (2004, 65-66).

³² HOFMANN (2004, 2).

³³ De gran dificultad práctica al tener que ser concluidos por los Estados miembros de acuerdo a sus reglas constitucionales y de los 11 tratados existentes en la materia, sólo el Convenio relativo a Europol ha sido ratificado por todos los Estados.

³⁴ SANTOS (2004, 9).

comunes se convierten en decisiones (art. I-40), aunque sin variar los efectos jurídicos actuales³⁵ y siendo actos de diferente naturaleza cada uno³⁶. Las estrategias comunes en esta materia pasan a ser decisiones sobre los intereses y objetivos estratégicos (art. III-293). Sin embargo, el TJUE es incompetente (art. III-376) para pronunciarse sobre las decisiones de los arts. I-40, I-41 y del art. III-293.

El cambio más significativo, al margen de la aparición de la propia Constitución, es el de la distinción entre actos legislativos y actos no legislativos que consigue, o, por lo menos lo pretende, diferenciar entre el campo legislativo y el ejecutivo y establecer un sistema jerarquizado de actos jurídicos. El propio Informe final del Grupo IX (“Simplificación”) de la Convención reconoció que las particularidades del sistema institucional de la UE hacen difícil proceder a una delimitación clara y distinta entre lo que depende del legislativo y lo que depende del ejecutivo³⁷ y que su intención fue garantizar que actos con la misma fuerza jurídico-política tengan el mismo fundamento en cuanto a su legitimidad democrática, basada en los Estados y en los pueblos, por lo que un acto legislativo procederá siempre del Consejo y del Parlamento³⁸. A ello se añadía la adecuación del término “ley” a la nueva situación creada por la Constitución de contar con auténticos derechos de los ciudadanos con pleno valor jurídico en el ámbito material de la UE³⁹. De ahí esa caracterización de “actos legislativos” que hace más comprensible al ciudadano europeo la terminología comunitaria.

A pesar de ello, la confusión en este terreno sigue siendo muy importante. No hay una definición real de lo que es una “ley” ni material ni formalmente. La definición material de la ley contenida en el artículo I-33.1 como “acto legislativo de alcance general” que es “obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro” no difiere prácticamente de la del reglamento en el mismo artículo al ser un “acto no legislativo de alcance general” que es “obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”, pues aunque el informe final del Grupo IX “Simplificación” propuso que los actos legislativos incluyeran los elementos esenciales y las opciones políticas fundamentales en

³⁵ SANTOS (2004, 17).

³⁶ RIDEAU (2004, 307).

³⁷ Informe final del Grupo IX “Simplificación” de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 8.

³⁸ Informe final del Grupo IX “Simplificación” de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 2.

³⁹ BALAGUER (2004, 74).

un ámbito determinado, la Constitución no da una definición formal de los actos legislativos para que el legislador tenga mayor libertad dependiendo de cada política⁴⁰. Es más, incluso hay una reserva negativa de ley general (PESC) y numerosas reservas negativas de ley específicas, al exigirse el desarrollo constitucional mediante reglamentos o decisiones.

La definición formal tampoco ayuda excesivamente ya que si bien las leyes son adoptadas “por el procedimiento legislativo ordinario” (reservado especialmente al desarrollo del mercado único), inmediatamente se nos dice que “en los casos específicos previstos por la Constitución” pueden ser adoptadas también “por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, o por éste con la participación del Parlamento europeo, con arreglo a procedimientos legislativos especiales” (art. 1-34). Algunas de esas excepciones afectan a materias políticamente esenciales y ha de destacarse que las normas que se ocupan de la redistribución de recursos económicos, protección social y base presupuestaria están sujetas a procedimientos legislativos nacionales con múltiples vetos⁴¹:

a) sólo consulta al Parlamento sin influencia en la decisión: derechos de ciudadanía (sufragio, pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia, medidas relativas a la seguridad social o a la protección social; protección diplomática); derechos fundamentales como participantes en el mercado único (libre circulación, derechos de los trabajadores, seguridad social y protección social de los trabajadores); armonización fiscal; derecho de familia con repercusión transfronteriza; política medio ambiental; cooperación policial.

b) exclusión absoluta del Parlamento: PESC, seguridad y defensa, negociaciones de política comercial común, decisiones siguiendo el método abierto de coordinación (política social, empleo, coordinación de políticas económicas), política monetaria (dominio exclusivo del Banco Central Europeo-BCE).

c) normas presupuestarias (decisión, ahora ley, sobre recursos propios, perspectivas financieras multianuales, Presupuesto anual) con grado variable de intervención del Parlamento.

Todo esto tiene repercusión en el proceso de unidad política y social. Frente al argumento de que la unificación económica favorecerá la política

⁴⁰ SANTOS (2004, 10).

⁴¹ MENÉNDEZ (2004, 107 y ss.).

y social, ha de decirse que los procedimientos legislativos con multiplicidad de vetos conducen a mantener el status quo (por ejemplo, legislación sobre el IVA), de forma que la transferencia de iure a la Unión queda en bloqueo de facto, lo que favorece el poder de los mercados en detrimento del poder político de influir sobre la organización económica y social. “La experiencia acumulada en el desarrollo de los Estados sociales europeos pone claramente de relieve cómo la defensa de valores constitucionales como la solidaridad o el fomento de la igualdad requiere la aprobación de normas que regulen precisamente la relación entre los derechos sociales y el derecho de propiedad, así como las libertades económicas”⁴². Un ejemplo lo constituye la libre circulación de capitales que fue redefinida como libertad económica fundamental en la Directiva 88/361 (mayoría cualificada del Consejo) mientras las medidas para combatir el fraude fiscal (unanimidad del Consejo), que la libre circulación de capitales fomenta, no existieron hasta 15 años después⁴³.

Puede, por ello, seguir describiéndose la división de poderes en términos funcionales, ya que varias instituciones integran tanto el poder legislativo como el ejecutivo, por lo que para determinar quién es competente para actuar y a través de qué tipo de acto sigue siendo necesario acudir a las disposiciones concretas de la CEu.

Para generar mayor confusión, hay también reservas de reglamento que permiten la existencia de reglamentos independientes de desarrollo directo de la Constitución (III-190.3, III-266.3, III-400, III-400, III-412.2, III-428, III-433, III-163, III-183.2, III-198.3, III-240.3, III-253 y III-263)⁴⁴ y de decisiones independientes en el mismo sentido, no sólo con carácter organizativo sino con capacidad incluso para modificar la propia Constitución (art. I-167.2.c; I-274.4) y que no difieren de los adscritos a la ley europea (estatuto del BCE, por ejemplo)⁴⁵.

En el resto de actos no legislativos no hay grandes novedades. Las recomendaciones y los dictámenes no presentan novedad alguna y siguen siendo no vinculantes (es decir, sin sanción directa) pero no sin efectos jurídicos⁴⁶. Por su parte, el art. I-31.2 limita la utilización de actos atípicos siempre que haya una propuesta de acto legislativo, lo que significa la constitucionalización del actual art. 7 del Reglamento interno del Consejo.

⁴² MENÉNDEZ (2004, 111).

⁴³ MENÉNDEZ (2004, 111-112).

⁴⁴ BALAGUER (2004, 75).

⁴⁵ REQUENA (2004, 99).

⁴⁶ SANTOS (2004, 8).

Esto puede ser interpretado de dos formas diferentes: una restrictiva entendiendo que sólo en el dominio de los actos legislativos caben actos atípicos y éstos quedan excluidos si existe ya un proyecto de acto legislativo. Esto tiene el problema de, al excluir los actos atípicos no legislativos, impedir la flexibilidad en la ejecución donde es necesaria. La interpretación extensiva es la de entender que caben actos atípicos siempre que no sean legislativos y en éstos sólo si no hay proyecto de acto legislativo típico. Esto parece ir contra el espíritu racionalizador del art. I-32 pero permite ajustarse a la realidad de la ejecución en la UE, lo que probablemente prevalecerá⁴⁷.

En cuanto a la jerarquía, aunque ha existido un evidente avance, estamos lejos de llegar a un sistema claramente estructurado de actos jurídicos. Pienso que sigue siendo algo exagerado decir que se ha producido “la sistematización de los actos normativos en las tres categorías típicas de los ordenamientos constitucionales nacionales, esto es, leyes, reglamentos y actos administrativos”⁴⁸. En primer lugar, la jerarquía es implícita⁴⁹, lo que normalmente suele suceder pues de poco importa que se proclame si luego no hay mecanismos que la garanticen. Así, la jerarquía de la propia CEU sobre el resto del Derecho comunitario es clara, aunque no expresa, a través del control de legalidad que realiza el TJUE (art. III-365.1) y que incluye la posible “violación de la Constitución” (art. III-365.2). Los tratados internacionales también han de sujetarse a las disposiciones constitucionales pudiendo impedir el TJUE la entrada en vigor de cualquier acuerdo internacional contrario a la Constitución (art. III-325.11). La jerarquía de los actos no legislativos es menos clara aunque fácilmente deducible del art. III-365.1 (control de legalidad “de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, así como de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”) y del art. III-365.2 (“por violación de la Constitución o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución”), aunque también con claras excepciones como la exclusión del control (art. III-376) de las decisiones PESC de los arts. I-40, I-41 y III-293. De todas formas, sigue sin que sea posible hablar de un régimen diferenciado entre normas y actos, ya que la producción de actos es casuística sin que se detecten rasgos que caractericen lo normativo ni sea diferente el régimen de validez, derogación o modificación⁵⁰. Finalmente, otra característica desconcertante

⁴⁷ HOFMANN (2003, 7).

⁴⁸ MENÉNDEZ (2004, 103).

⁴⁹ CARRERA (2003, 1058), MANGAS (2005, 142), RIDEAU (2004, 325).

⁵⁰ REQUENA (2004, 86).

es la indiferencia en la denominación ya que en la CEU o bien se dice expresamente que un acto puede ser tanto un reglamento como una decisión a discreción del órgano afectado o bien se emplea en ocasiones el término “medidas” con lo que, de acuerdo al Informe final del Grupo IX “Simplificación”, debe entenderse que se pretende dejar a las instituciones la elección del instrumento que vaya a adoptarse. A ello se añade la competencia del Consejo para adoptar las medidas necesarias para la consecución de los objetivos de la Unión, aún en ausencia de disposición habilitadora específica. Todo esto lleva a que no sea posible identificar acto y órgano emisor, a diferencia del derecho estatal, de forma que el Consejo prácticamente puede dictar o coparticipar en todos los actos jurídicos⁵¹. No hay tampoco un procedimiento general para cada acto, sino reglas relativas a los órganos competentes para adoptar los actos (arts. 34-36), el quórum para tomar acuerdos por cada institución (arts. 20-26 y 351) y la fijación de las funciones de cada institución de las que se pueden deducir trámites en el procedimiento (propuesta de la Comisión para actos no legislativos: art. 26.2, aunque no es una regla general)⁵².

Por ello, pienso que una jerarquía expresa ayuda a la consolidación de todo Ordenamiento jurídico proporcionando seguridad, eficacia y claridad para el ciudadano⁵³, especialmente para la determinación de la relación entre actos de ejecución (mediante reglamentos o decisiones) y reglamentos o decisiones y que no suceda como ahora en la relación reglamentos de base y reglamentos de ejecución. La legitimación democrática y la transparencia requieren la introducción de una clara jerarquía de normas tanto por el contenido del acto como por el tipo de procedimiento para la adopción del acto, lo que lógicamente debe ir acompañado de una visión de la separación de poderes en la UE.

4. LOS ACTOS NO LEGISLATIVOS EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Nos encontramos ante una definición muy poco afortunada ya que es meramente negativa y además indica poco de la naturaleza jurídica de estos actos, ya que van a ser muy diferentes entre sí y algunos, al desarrollar directamente la Constitución, no son legislativos en su cualificación pero sí lo son materialmente.

La expresión “no legislativos” sólo nos indica que no son ni leyes europeas ni leyes marco europeas. Son, por tanto, actos que en su interpre-

⁵¹ REQUENA (2004, 87).

⁵² REQUENA (2004, 88).

⁵³ HOFMANN (2004, 3).

tación estricta, es decir, tomando en cuenta exclusivamente los actos típicos del art. I-35 CEu incluyen a reglamentos, decisiones y recomendaciones, siendo estos últimos no vinculantes por lo que no serán analizados en este trabajo. Reglamentos y decisiones ocupan, de acuerdo a lo antes reseñado del control judicial, una posición “normalmente” inferior a los actos legislativos, pero nada se nos dice. Su caracterización como actos no legislativos no nos informa ni del órgano que los promulga ni de su naturaleza jurídica ni de su fuerza jurídica. En primer lugar, he dicho que ocupan una posición “normalmente” inferior, esto es, cuando adoptan la forma de actos ejecutivos del art. I-37 CEu, pero no lo son cuando actúan como actos independientes desarrollando directamente la Constitución⁵⁴. Además, los actos no legislativos relativos a la política exterior y de seguridad común llegan a ocupar una situación paraconstitucional al quedar excluidos del control jurisdiccional todas las decisiones del antiguo segundo pilar de acuerdo al art. III-376 CEu⁵⁵. En segundo lugar, los pueden dictar el Consejo europeo, el Consejo de Ministros, la Comisión y el BCE con lo que, en consonancia con la ya comentada ausencia de separación de poderes, son actos tendencialmente propios del poder ejecutivo pero no exclusivamente. En tercer lugar, al no distinguirse entre potestad normativa y potestad ejecutiva en sentido estricto, los actos no legislativos pueden tener ambas naturalezas dependiendo del caso e incluso en el mismo acto. En cuarto lugar, a pesar de la dicción del art. I-35 CEu no parecen ser los únicos actos no legislativos vinculantes, ya que en la parte III se mencionan actos (directrices e indicadores: arts. III-148.2, III-179.2; códigos de buenas prácticas: III-180.2) que pueden establecer también elementos necesarios para el control y evaluación periódicos de la ejecución material de las políticas comunitarias por los Estados miembros, suscitando “algunas dudas en cuanto al alcance y los efectos jurídicos que pueden derivarse de este tipo de actos”⁵⁶. Además, la práctica comunitaria tiene una amplia gama de actos (informes, comunicaciones, resoluciones, declaraciones, encuadramientos, acuerdos interinstitucionales, libros verdes, libros blancos, planes de acción, coordinación abierta, etc.) que en algún caso pueden tener contenido

⁵⁴ Una relación exhaustiva de actos no legislativos de desarrollo o ejecución directa de la Constitución puede verse en CALONGE y TOMÁS (2004, 397-401).

⁵⁵ En el espacio de libertad, seguridad y defensa (antiguo tercer pilar) el TJUE tampoco controla “la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad” (art. III-377 CEu).

⁵⁶ CALONGE y TOMÁS (2004, 381).

normativo, por lo que si fuera así, el TJUE con su margen de apreciación para determinar la naturaleza jurídica del acto aplicará probablemente el régimen jurídico de los reglamentos de ejecución, al menos en cuanto tengan determinadas condiciones formales de publicidad⁵⁷.

4.1. Los reglamentos independientes

El reglamento independiente es una categoría novedosa pero también confusa⁵⁸, siendo extraña su constitucionalización en los ordenamientos internos europeos salvo el francés, pero, como ha señalado Francisco Balaguer, existía una voluntad específica de incorporarla a la CEu⁵⁹.

Son actos no legislativos pero que al poder desarrollar directamente la Constitución ocupan una posición de Derecho de segundo nivel con, en términos españoles, el mismo rango que las leyes europeas, pues su único parámetro de validez es la Constitución. Por otro lado, la CEu no los diferencia suficientemente de los reglamentos delegados del art. I-35 CEu ni de los meros reglamentos de ejecución del art. I-37 CEu, éstos sí sometidos a las leyes, leyes marco y reglamentos delegados. Para añadir algo más de opacidad a su entendimiento, pueden ser reglamentos directamente aplicables y reglamentos marco (como las antiguas directivas) de acuerdo al art. I-33.1 CEu. Finalmente, durante muchos años seguirán coexistiendo con los antiguos reglamentos pre-CEu, equivalentes de las futuras leyes europeas.

Estos reglamentos independientes son, en primer lugar, los internos que adopta cada institución para la regulación de su funcionamiento interno: Parlamento art. III-339; Consejo Europeo, art. III-341; Consejo de Ministros, art. III-344.3; Comisión, art. III-352.1; Tribunal de Justicia del TJUE, art. III-355 (adopción por el propio Tribunal de Justicia con aprobación del Consejo); Tribunal General del TJUE, art. III-356 (de acuerdo con el Tribunal de Justicia y con aprobación del Consejo); Tribunales especializados del TJUE, art. III-359.5 (de acuerdo con el Tribunal de Justicia y con aprobación del Consejo); Tribunal de Cuentas, art. III-384 (adopción por el propio Tribunal de Cuentas y con aprobación del Consejo); Comité de las Regiones, art. III-387; Comité de las Regiones, art. III-391.

Los demás son en su práctica totalidad emitidos por el Consejo de Ministros, en torno a 25 supuestos, y, entre ellos, está la definición de las

⁵⁷ CALONGE y TOMÁS (2004, 381).

⁵⁸ OLIVER (2005, 129).

⁵⁹ BALAGUER (2004, 75).

orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado del mercado interior (art. III-130.3), la fijación de los derechos del arancel aduanero común (art. III-151.5), la delimitación de las potestades sancionadoras del BCE y de la Comisión (arts. III-163.1, III-169, III-190.3), el establecimiento de medidas para armonizar los valores nominales y las especificaciones técnicas de las monedas (art. III-186.2), la garantía de la cooperación administrativa entre los Estados y entre éstos y la Comisión en el espacio de libertad, seguridad y justicia (art. III-263), la adopción de modalidades y procedimientos para poner el presupuesto a disposición de la Comisión (art. III.412.2), la aprobación del régimen lingüístico de las instituciones (art. III-433).

Existen también algunos pocos reglamentos independientes emitidos por la Comisión: arts. III-133 (fijación de condiciones para que los trabajadores puedan ejercer el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo), III-165.3 (relativos a las categorías de acuerdos sobre las que el Consejo haya adoptado un reglamento para determinar las modalidades de aplicación de los acuerdos entre empresas a los que se autoriza aunque restrinjan la competencia), III-166.3 (para garantizar la competencia en los servicios de interés económico general), III-168.4 (relativos a las categorías de ayudas públicas sobre las que el Consejo haya determinado que pueden quedar exentas del procedimiento establecido en el art. III-168.3) y III-232 (para fijar el importe de los gravámenes compensatorios para restablecer el equilibrio) CEu. También tiene potestad reglamentaria independiente, para el desempeño de las funciones encomendadas al Sistema Europeo de Bancos Centrales, el BCE (art. III-190).

4.2. Las decisiones independientes

La decisión creo que es el acto no legislativo con el que el constitucionalista se encuentra más incómodo. La ya comentada ausencia en el Derecho comunitario de separación en el continuo norma jurídica-acto de aplicación alcanza su máxima expresión en la decisión⁶⁰. A pesar de que a los iuspublicistas nos puede resultar más cómodo calificarlo de acto administrativo europeo, no puede ser ésta su caracterización jurídica o, al menos, no la única posible.

⁶⁰ Coincidente, por otra parte, con la existente en otros Ordenamientos como los anglosajones.

La CEu ha supuesto un cambio significativo en el entendimiento de las decisiones, distinguiendo entre las que aplican directamente la Constitución (art. I-35.2) y las decisiones de ejecución (art. I-37.4), de las que hablaré al final del trabajo. Dentro de las primeras, es importante la diferenciación que se establece entre las decisiones con designación de destinatarios y las decisiones sin designación de destinatarios. Las primeras son las tradicionales decisiones comunitarias dedicadas a la imposición de medidas (autorizaciones, sanciones) contra Estados o empresas⁶¹, mientras que las segundas, más cercanas a las del antiguo art. 14 TCECA que a las del art. 249 TCE, son las antes denominadas decisiones <<Beschluss>> y han solido utilizarse hasta ahora para la celebración de acuerdos internacionales, aspectos orgánicos, creación de Comités, etc.⁶². En este punto parece haberse acogido la postura, defendida entre otros por A. López Castillo, de reconocer la “atípica atipicidad” o la “implícita tipicidad” de estas decisiones⁶³ y mencionarlas expresamente en la CEu. Un problema que contribuye a la confusión es que en la mayor parte de las ocasiones la CEu ofrece al Consejo (y en ocasiones a la Comisión) la opción entre el reglamento y la decisión, lo que “dista de la claridad que sería deseable, y complica sobremanera la comprensión de este concreto instrumento jurídico y de su posición en el ordenamiento jurídico comunitario”, por lo que la CEu, por seguridad jurídica, debería haber optado por el reglamento y, así, eliminarse la disyuntiva⁶⁴. Finalmente, es reseñable, como ya se señaló antes, que todos los antiguos actos del segundo pilar se transforman en decisiones, aunque son <<sui generis>> al ser dictadas siempre por el Consejo europeo o por el Consejo de Ministros por unanimidad y ejecutadas por los Estados miembros⁶⁵. En la CEu, por tanto, se produce una mera sistematización de la práctica actual (con decisiones sin designar destinatarios) en la que las decisiones superan en mucho el marco del acto administrativo para ser en muchos casos actos de alcance general y de contenido normativo⁶⁶. Esto es también consecuencia de su utilización en el ámbito de la PESC y del antiguo tercer pilar. En todo caso, seguramente será un instrumento flexible que podría aplicarse en múltiples casos, por ejemplo, nombramientos, para ciertas medidas en materia de competencia o de ayudas públicas, etc⁶⁷.

⁶¹ CARRERA (2003, 1055).

⁶² CARRERA (2003, 1056).

⁶³ LÓPEZ CASTILLO (2004, 252).

⁶⁴ CARRERA (2003, 1057).

⁶⁵ HOFMANN (2003, 23).

⁶⁶ SANTOS (2004, 8).

⁶⁷ Informe final del Grupo IX “Simplificación” de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 4.

Vista la nueva situación y volviendo al debatido tema de la naturaleza jurídica, aunque, como ha dicho T. Requena, en un intento de ordenación del Derecho de la UE “que se ve como necesidad de todo sistema jurídico, podría concebirse a la decisión europea del único modo que –en esa hipótesis- parece posible en comparación con los demás actos, y es como acto jurídico (y es mejor marginar lo normativo por las razones expuestas) de desarrollo o ejecución”⁶⁸, ese no es el diseño literal realizado por la CEu. La equiparación sin más de la decisión con el acto administrativo es insostenible al no haber diferencias con otros actos jurídicos, como los reglamentos, ni procedimentales ni formales (salvo la denominación) ni en la protección jurisdiccional⁶⁹. Aunque normalmente esa sea la situación cuando la decisión va dirigida a un particular, por el contrario, ha existido un cierto consenso en que las decisiones, hasta ahora atípicas o <<Beschluss>>, dirigidas a todos los Estados miembros tienen un cierto contenido normativo⁷⁰, desde el momento en que luego han de ser ejecutadas por los Estados. Como hace años dijera ya S. Martínez Lage, las decisiones, si sus destinatarios son todos los Estados miembros, “son también frecuentemente vehículo de expresión de la voluntad normativa comunitaria y, en consecuencia, fuentes del Derecho en sentido formal”⁷¹. Incluso en ciertos supuestos, las decisiones <<Beschluss>> ocupan un lugar paraconstitucional al poder modificar o adaptar los tratados (revisión del número de miembros de la Comisión o de jueces del TJUE; ampliación del ámbito de aplicación del tratado)⁷².

Es significativo en este sentido, la utilización de la decisión <<Beschluss>> como acto vinculante usado más frecuentemente (10% del total de actos) que la directiva y en todo tipo de sectores⁷³. Son de gran importancia para la autoorganización institucional y en las relaciones externas, siendo el instrumento standard para la adopción de programas comunitarios relacionados con el Presupuesto. Para J. Bast, la decisión sin destinatarios debe interpretarse como acto jurídico vinculante dirigido a provocar directamente un cambio legal en el derecho comunitario y con aplicabilidad general, aunque no imponga, directa o indirectamente, deberes u obligaciones en los particulares o en los Estados pero sí derechos individuales accionables

⁶⁸ REQUENA (2004, 101).

⁶⁹ REQUENA (2004, 86-87).

⁷⁰ MANGAS (2005, 158).

⁷¹ MARTÍNEZ LAGE (2004, 86).

⁷² ANDRÉS, GONZÁLEZ PÉREZ Y FERNÁNDEZ PÉREZ (1996, 315).

⁷³ BAST (2003, 23).

contra las instituciones de la UE (STJUE Holanda c. Consejo de 1996)⁷⁴. Por su parte, el TJUE entiende en la práctica que las decisiones tienen igual habilidad que los reglamentos para servir de base a actos administrativos de las autoridades nacionales que vinculan a los particulares, por lo que reglamentos y decisiones dirigidas a los Estados miembros, a diferencia de las directivas, serían directamente ejecutables⁷⁵.

Entrando ya en lo que se puede denominar como decisiones independientes y en consonancia con la ausencia de separación de poderes de la UE, los órganos que pueden adoptarlas son⁷⁶:

1) El Consejo europeo (variando los proponentes y las consultas): por unanimidad con aprobación previa (arts. 274.4, 59.2) o posterior (arts. 20.2, 444) del Parlamento; por unanimidad previa aprobación por los Estados miembros (art. 445.2); por mayoría cualificada (arts. 24.4., 24.7).

2) La Comisión (variando los proponentes y las consultas): por mayoría como regla general.

3) El Consejo de Ministros (variando los proponentes y las consultas): unanimidad sólo (arts. 40.7, 237, 354); unanimidad previa aprobación del Parlamento (arts. 270.2.d, 271.1.3, 325.6.a); mayoría de 4/5 de los miembros previa aprobación por el Parlamento (art. 59.1), mayoría cualificada en exclusiva (arts. 59.3, 59.4, 201.2, etc.) o con aprobación previa del Parlamento (arts. 325.6.a, 419.1) o con aprobación previa de la Comisión (art. 296.3); mayoría simple (arts. 208, 217, 346, 428).

En cuanto al ámbito material de estas decisiones independientes, su mera enumeración hace ver su importancia y que, desde luego, no puedan calificarse de acto administrativo⁷⁷:

1) Incidencia institucional, organizativa y procedimental: composición del Parlamento europeo (art. 20.2.2), de la Comisión (art. 26.6.2), de las formaciones del Consejo (art. 24.4), de rotación de la presidencia del Consejo (art. 24.7), modificación de la unanimidad por la mayoría cualificada (art. 40.8, 55.4, 444.1) o por el procedimiento legislativo ordinario (arts. 210.3.2, 234.2, 444.2). También son decisiones las que fijan la composición del Comité Económico y Financiero (art. 192.3), las que crean un Comité de

⁷⁴ BAST (2003, 24).

⁷⁵ BAST (2003, 64).

⁷⁶ Una relación detallada de los procedimientos en REQUENA (2004, 88 y ss.).

⁷⁷ La lista que se expone a continuación está tomada de REQUENA (2004, 95 y ss.).

Empleo (art. 208) o un Comité de Protección Social (art. 217), o determinan la organización y funcionamiento del servicio europeo de acción exterior (art. 296.3), o el Estatuto, sede y forma de funcionamiento de la Agencia Europea de Armamento, Investigación y Capacidades Militares (art. 311.2), o establecen Estatutos de los Comités previstos en la Constitución (art. 346), o incrementan el número de Abogados Generales (art. 354). También lo es el de las relativas a las normas de funcionamiento del Comité constituido para dictaminar sobre la idoneidad de los candidatos para ser jueces o abogados generales del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Gran Instancia (art. 357), o las que adoptan la lista de miembros del Tribunal de Cuentas, del Comité de las Regiones (y los suplentes) y del Comité Económico y Social establecida de conformidad con las propuestas presentadas por cada Estado miembro (arts. 385.2, 386 párrafo tercero, y 390, respectivamente), o, en fin, las que establecen la composición del Comité de las Regiones (art. 386, párrafo primero) y del Comité Económico y Social (art. 389).

2) En segundo lugar, las decisiones dominan el ámbito de la llamada cooperación reforzada entre Estados miembros (art. 44.2 en relación con los arts. 419 y 418), y de la cooperación estructurada y permanente entre tales Estados (art. 312). No es necesario extenderse en la importancia que revisten esas “cooperaciones” en el ámbito de la Unión, no sólo como expresivas de las correlaciones de fuerzas (estatales), sino como instrumento de desenvolvimiento de la Unión, en sus avances y en sus retrocesos. Por lo demás, es dudoso que elementos normativos no formen parte de muchas de esas decisiones.

3) En tercer lugar, están las relativas a las relaciones con otros sujetos internacionales, bien con carácter general, bien especificando algún aspecto de esas relaciones (el económico y financiero), o, sencillamente, que tienen implicaciones para terceros sujetos internacionales. Es el caso, entre las primeras, de las decisiones que atañen a la política exterior y de seguridad común (arts. 40.7, 294.3, 295.2 y 300.1), a la determinación de los intereses y objetivos estratégicos de la Unión (art. 293.1), al establecimiento de medidas cuando una situación internacional exija una acción operativa de la Unión (art. 297.1), a la definición de la posición de la Unión sobre un asunto concreto geográfico o temático (art. 298), a la fijación del objeto y alcance de misiones exteriores (art. 309.2), o a la autorización de la apertura de negociaciones entre la Unión y terceros Estados u Organizaciones Internacionales, la firma del acuerdo, su celebración y su suspensión (art. 325). Y entre las segundas, las concernientes a garantizar el acceso rápido a los créditos del Presupuesto de la Unión destinados a la financiación

urgente de iniciativas en el marco de la política exterior y de seguridad común (art. 313.3), a la ruptura de las relaciones económicas y financieras con uno o varios terceros países (art. 322.1), o a prestar urgente ayuda financiera a un tercer país (art. 320).

Como se desprende claramente del simple enunciado de tales funciones, no necesariamente las decisiones se parecerán a los actos administrativos no normativos internos, sino que podrán ser auténticas normas jurídicas. Y, desde luego, salvo en casos muy concretos, tampoco puede decirse que se trate de actos de mera ejecución.

4) Otra serie de decisiones tienen que ver con valores fundamentales de la Constitución, y aunque la impresión es que se está ante un posible conjunto de actos no normativos, lo cierto es que el establecimiento de medidas puede llegar a configurarse con carácter normativo. Esas decisiones son la constatación de riesgo claro de violación grave de los valores del art. 2 (“respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”; “estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres”) por parte de un Estado miembro; la constatación de la existencia de una violación grave y persistente de los valores del art. 2; la suspensión de determinados derechos derivados de la Constitución; y la modificación de tales medidas (todo ello previsto en el art. 59).

5) Otras decisiones atañen al mantenimiento de principios capitales de la Unión Europea (principios que fueron la razón de ser explicativa de la creación de las Comunidades Europeas). Es el caso de las referentes a la constatación de las infracciones de los principios de los arts. 161 y 162 (relativos a la libre competencia); a la consideración como compatibles con la Constitución de medidas fiscales restrictivas (art. 158.4); a la supresión o modificación de una ayuda estatal incompatible con el mercado interior (art. 168.2 párrafo primero); a la declaración de la compatibilidad con el mercado interior de una ayuda de un Estado (art. 168.2 párrafo tercero); a la aprobación o rechazo de disposiciones nacionales según constituyan o no un medio de discriminación arbitraria o restricción encubierta del comercio entre Estados o si constituyen o no un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior (art. 172.6); a la autorización de la concesión de ayudas por parte de los Estados (art. 230.2); a la autorización a los Estados para la adopción de medidas de desfavorecimiento del transporte de otros Estados (art. 237); a la autorización a los Estados de la imposición de precios y condiciones al transporte dentro de la Unión, que impliquen ayu-

das o protección de una o más empresas o industrias determinadas (art. 241.2); a las discriminaciones en materia de transporte (art. 240), precios y condiciones de transporte (art. 241.2); a la modificación de las listas de productos (armas, municiones, material de guerra) respecto de los cuales los Estados pueden adoptar disposiciones para la protección de sus intereses (y que no pueden alterar las condiciones de competencia de productos no destinados a fines militares) (art. 436); a las medidas a adoptar de no seguirse las recomendaciones si un Estado tiene déficit excesivo (art. 184).

6) Otras decisiones tienen que ver con la respuesta que la Unión ha de dar a la situación económica, en especial, si surgen dificultades graves en el suministro de determinados productos (art. 180.1), o con la que da a los Estados miembros, como las que acuerdan ayudas financieras de la Unión a un Estado miembro que no pueda controlar catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que ocasionen dificultades o serio riesgo de dificultades graves (art. 180.2), o las que definen la forma de aplicación de la cláusula de solidaridad (art. 329.2).

7) Otras tienen que ver con la política monetaria y presupuestaria, como las relativas a la determinación de las posiciones comunes para afianzar la posición del euro en el sistema monetario internacional (art. 196.1), o qué Estados miembros acogidos a una excepción (que no han adoptado el euro) cumplen los criterios de convergencia cesando la excepción (art. 198.2), o la fijación del tipo de cambio al euro (art. 198.3), o la autorización de gastos que excedan de la doceava parte (presupuestados) (art. 405.2).

8) También se prevén decisiones para la regulación de determinados aspectos del Derecho de Familia con repercusión transfronteriza (art. 269.3 párrafo segundo); de establecimiento de normas mínimas para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza; relativas a los elementos específicos del procedimiento penal (art. 270.2); y de definición mínima de infracciones y sanciones en determinados delitos (art. 271.1 párrafo tercero).

9) Otras decisiones pueden establecer medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, agrupaciones o entes no estatales, cuando se interrumpen o reducen, total o parcialmente, las relaciones económicas y financieras con terceros países (art. 322.2).

10) Por una decisión europea se puede disponer la derogación de la letra c) del art. 167.2, que declara compatibles con el mercado interior las ayudas de la RFA a determinadas regiones como consecuencia de la división de Alemania (art. 167.2.c); también la derogación del art. 243 transcu-

rridos 5 años de la entrada en vigor de la Constitución (precepto que establece medidas para compensar las desventajas económicas ocasionadas por la división de Alemania a determinadas regiones de la RFA) (art. 243); la modificación del art. 274.1 Constitución para ampliar competencias de la Fiscalidad Europea (art. 274.4); y la modificación de la totalidad o parte de las disposiciones del título III (De la acción y las políticas interiores) de la parte III (de las políticas y el funcionamiento de la Unión), donde aparece todo lo relativo al mercado interior (capítulo I), con las famosas libertades de circulación y prestación de servicios y las normas de competencia, a la política económica y monetaria, con lo concerniente al euro (capítulo II), a las políticas de otro orden (social, de transportes, medio ambiente, protección de los consumidores, etc) (capítulo III), al espacio de libertad, seguridad y justicia (capítulo IV), etc. (art. 445).

11) En fin, por una decisión se puede modificar el estatuto respecto a la Unión de alguno de los países o territorios francos, neerlandeses o daneses de los apartados 2 y 3 del art. 440 (apartado 7 de ese precepto).

5. LOS REGLAMENTOS DELEGADOS

5.1. La naturaleza jurídica de los reglamentos delegados

Formalmente, la categoría de los reglamentos delegados es la más novedosa⁷⁸ y, por ello, la que plantea mayores problemas de interpretación antes de su puesta en práctica. Su antecedente se encuentra en la práctica surgida con la aparición de los reglamentos de base unida a los reglamentos de desarrollo, pero con el problema de que al no haber distinción entre normación y ejecución, todos los reglamentos de desarrollo eran considerados como reglamentos de ejecución y sometidos al rígido sistema de la comitología. En palabras del Grupo IX “Simplificación” de la Convención, “[a]ctualmente no existe un mecanismo que permita al legislador delegar los aspectos o las precisiones técnicas de la legislación, reservándose al mismo tiempo el control de dicha delegación. Efectivamente, en la situación actual, el legislador está obligado o bien a ir hasta el mínimo detalle en las disposiciones que adopte, o bien a transferir a la Comisión los aspectos

⁷⁸ Tienen su antecedente en el art. 33 del Proyecto de Constitución europea redactado por M. Oreja en 1993: “Mediante ley orgánica, que especificará el contenido, el objeto, el alcance y la duración de la delegación, se podrá encomendar a la Comisión que decrete actos que puedan establecer excepciones a las leyes ordinarias vigentes o puedan modificarlas”.

más técnicos o detallados de la legislación, como si se tratara de medidas de ejecución sometidas al control de los Estados miembros según las disposiciones del artículo 202 del TCE⁷⁹.

Para evitar esa situación se crean los reglamentos delegados de claro contenido normativo y que pueden ser a su vez ejecutados por los Estados o por reglamentos de ejecución, diferenciándose claramente de éstos. El deseo de la Convención era precisamente que las leyes regulasen los elementos esenciales o fijasen los criterios políticos y el desarrollo normativo se dejara para los reglamentos delegados. Obedecería, también, a la necesidad de facilitar la adopción y entrada en vigor de nuevos marcos normativos en una realidad socio-económica cambiante, pues se ha constatado que en determinadas materias, como en la de servicios financieros, retrasos de uno o dos años en la adopción de normas suponen una pérdida de competitividad de la UE⁸⁰.

Ahora bien, si ese es el objetivo debería abandonarse la denominada doctrina Meroni y permitir la delegación normativa no sólo a la Comisión, como sucederá en la CEu y luego comentaré, sino también a las Agencias independientes de la UE. En la sentencia Meroni de 13 de junio de 1958, el TJUE estableció que la delegación de poderes discrecionales a órganos no previstos en los tratados impediría el equilibrio entre los poderes comunitarios como característica básica de la estructura institucional de la CE. A partir de esa sentencia, la Comisión ha insistido en la imposibilidad de delegar en las Agencias la creación de normas y permitir sólo la adopción de decisiones individuales en determinadas materias. Olvidar a las Agencias crea una distancia entre la realidad institucional y los preceptos constitucionales ya que aquellas desarrollan una importante función administrativa y llevan a cabo complejas tareas relacionando a la UE con los Estados miembros y, en concreto, las Agencias preparan o dictan decisiones vinculantes externamente (así, arts. 43.5 y 45.6 del Reglamento 40/94 sobre la marca comunitaria de 20 de diciembre de 1993; art. 62 del Reglamento 2100/94 sobre variedades de plantas de 22 de julio de 1994; o las decisiones que adopten Europol o Eurojust)⁸¹. Conceder un poder normativo delegado a las Agencias permitiría sustraer determinadas materias a la comitología y confiárselas a órgano compuestos de expertos independientes en los que no deben primar los meros intereses nacionales. Por otro lado, es evidente la

⁷⁹ Informe final del Grupo IX "Simplificación" de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 8.

⁸⁰ Secretaría de Estado para la Unión Europea (2004, 23).

⁸¹ HOFMANN (2003, 6), en el mismo sentido, TIBERI (2003, 237).

distancia entre los recursos administrativos, financieros y de conocimiento de la Comisión y la creciente complejidad de las tareas reguladoras de la UE. Las Agencias pueden descargar las tareas administrativas y técnicas de la Comisión, establecer relaciones fluidas con las Agencias independientes nacionales y si son auténticamente independientes incluso pueden llegar a recuperar el prestigio perdido por la UE en su capacidad reguladora.

En todo caso, la naturaleza jurídica de estos reglamentos delegados es difícil de precisar pues, como ha señalado F. Balaguer, es “una figura mal perfilada que puede dar lugar a algunas confusiones”⁸², aunque abandonemos los esquemas clásicos de la teoría de las fuentes del derecho, como ya se vio en los debates de la Convención, en los que, como refleja el Informe de la sesión plenaria de 17-18 de marzo de 2003, “algunos convencionales defendieron su carácter no legislativo, mientras que otros preferían que revistiera un carácter legislativo. La cuestión de si un acto delegado puede modificar o desarrollar un acto legislativo está ligada a esas distintas concepciones”⁸³. La balanza parece decantarse hacia su consideración básicamente, con las matizaciones que luego comentaré, como meros reglamentos, subordinados en este caso a la ley europea como también lo están los reglamentos de ejecución. Lo que sí creo es que puede descartarse su asimilación a lo que algún autor como S. Rosado ha denominado como “deslegalización retenida”, “entendido como una autorización que baja de rango, caso por caso, determinados elementos no esenciales de una regulación contenida en una ley europea, permitiendo que sean completadas e, incluso, modificada y que, a la vez, sustrae la regulación «no esencial» del régimen de los actos de ejecución”⁸⁴. En la deslegalización, una ley, sin entrar en la regulación material de un tema, abre dicho tema a la potestad reglamentaria degradando formalmente el rango de la regulación anterior⁸⁵. En la delegación europea, ni la ley delegante es meramente formal ni lo que hace es permitir que a partir de su publicación una materia pueda ser regulada directamente mediante reglamentos.

Argumentaré ahora, por tanto, esa naturaleza básica de reglamentos de los delegados europeos. Por una parte, son caracterizados expresamente por la CEu como actos no legislativos (art. I-35.2). Por otro lado, cuando

⁸² BALAGUER (2004, 77).

⁸³ Informe resumido de la sesión plenaria de la Convención europea, días 17 y 18 de marzo, CONV 630/03, p. 3.

⁸⁴ ROSADO (2004, 359).

⁸⁵ GARCÍA ENTERRÍA en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1993, 268).

“completan” los elementos no esenciales de la ley nos encontraríamos ante una mera remisión normativa en la que hay un puro reenvío formal y en el que la ley de reenvío no se apropia del contenido de la reenviada ni le presta su propia virtud dispositiva. La ley de reenvío se limita “a disponer que el determinado supuesto de hecho sea regulado por la norma remitida, de cuyo contenido concreto se desentiende” conservando ambas normas “su propia autonomía y su respectivo valor”⁸⁶. En esta modalidad puede ser difícil, por las razones ya reiteradas de las dificultades de separar en la UE normación de ejecución, su diferenciación de los reglamentos ejecutivos aunque puede apuntarse su mayor densidad normativa y la exclusión por definición del control mediante los mecanismos de la comitología. En estos casos, los reglamentos delegados servirán para descargar al legislador de la tarea de entrar en detalles excesivamente técnicos en el momento de redactar las leyes y para evitar la comitología y quedar sometido sólo al control de la Unión y no de los Estados⁸⁷.

Sin embargo, es verdad que el art. I-36.1 habla de que los reglamentos delegados pueden “modificar” la ley por lo que tendrían capacidad de modificación de un acto legislativo lo que puede dar lugar a la interpretación de que estamos ante un “acto legislativo” camuflado entre los “no legislativos”, llegándose a decir que son actos reglamentarios en la forma “pero potencialmente legislativos en sustancia al estar habilitados para modificar actos legislativos”⁸⁸. En palabras de F. Balaguer, los reglamentos delegados tendrían una naturaleza híbrida o dual⁸⁹, ya que además de poder completar leyes pueden también modificar determinados elementos de una ley con lo que tendría rango de ley, aunque puede pensarse que lo que hace la ley al delegar es dejar fuera del ámbito de la reserva de ley formal una cuestión no sujeta a reserva de ley material⁹⁰. Esa capacidad de modificación es cierta pero también que lo es de manera muy limitada y en el marco de un complejo normativo compuesto por la ley de delegación y el reglamento delegado en el que la primera autoriza a que el segundo realice modificaciones puntuales de su contenido no esencial. Estaríamos, por lo tanto, hablando en términos estatales de una fuerza de ley activa limitada a aspectos puntuales y sin fuerza de ley pasiva. Mecanismo alejado de la de-

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA en GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1993, 261).

⁸⁷ CARRERA (2003, 1053).

⁸⁸ TIBERI (2003, 238).

⁸⁹ BALAGUER (2004, 67): “son una figura híbrida ente las leyes europeas y los reglamentos europeos”. En el mismo sentido, VAZ (2005, 658).

⁹⁰ Secretaría de Estado para la Unión Europea (2004, 23).

legación legislativa española, ya que en ésta la ley, en el caso más cercano al europeo que es de la delegación mediante bases, no es de aplicación directa a los ciudadanos y el Decreto legislativo tiene plena fuerza de ley activa y pasiva.

5.2. La delegación ha de hacerse siempre por ley (art. I-36.1)

El art. I-36.1 establece nítidamente que la única vía para que se pueda dictar un reglamento delegado es a través de una ley o ley marco. Desde un punto de vista teórico, la puntualización de la Constitución europea (también realizada por la española en el art. 82.2 y por la portuguesa en su art. 168.2) podría parecer superflua si consideramos que la delegación es un mecanismo que normalmente parte del legislativo y va hacia el ejecutivo, con lo que por lógica interna de tal situación no habría más solución que iniciar la delegación por medio de una ley, pero en la UE es importante por la confusión que existe entre legislativo y ejecutivo y, especialmente, por el papel del Consejo.

En todo caso, parece difícil de entender el papel que puede jugar una ley marco de delegación si, de acuerdo, al art. I-33, ha de dejar a los Estados miembros “la competencia de elegir la forma y los medios” para conseguir el resultado fijado en la propia ley marco. Si ya la ley marco regula los elementos esenciales (a sensu contrario de lo dispuesto en el art. I-36.1) y el reglamento delegado los no esenciales y la ejecución ya es, en principio, competencia estatal, no se ve qué papel puede jugar la cadena ley marco europea, reglamento delegado europeo, norma nacional.

5.3. La delegación se otorga a la Comisión (¿o también al Consejo?) (art. I-36.1 en relación con el art. I-35.2)

Hay una cierta indefinición en el destinatario ya que si bien el art. I-36 habla sólo de la Comisión, el art. 35-I dice que “el Consejo y la Comisión, en particular en los casos previstos en los artículos I-36 y I-37” lo que puede dar alguna posibilidad de que el Consejo sea también el destinatario⁹¹ a lo que se añade que, como ha señalado S. Rosado⁹², el Informe Final del

⁹¹ Para R. SCHÜTZE (2005, 14) ha de hacerse una lectura literal e impedir que el Consejo pueda ser el sujeto delegado.

⁹² ROSADO (2004, 367). Este autor extiende la posibilidad, creo que más forzosamente, de reglamentos delegados por el BCE a partir de su mención en el art. I-35 y de la dicción del art. III-185.6.

Grupo IX “Simplificación” hablaba expresamente de que el procedimiento de aprobación de los reglamentos delegados fuera “por la Comisión como regla general, y en casos particulares debidamente justificados, por el Consejo por mayoría cualificada”⁹³. Entiendo, sin embargo, que para no aportar más confusión al sistema de fuentes debe aplicarse por el principio de especialidad el art. I-36 y ser la Comisión la única destinataria⁹⁴. Otra cosa, pero ya, de <<constitutio ferenda>>, es la delegación a las Agencias propugnada en este trabajo.

5.4. La delegación ha de realizarse en los elementos no esenciales de la ley o ley marco (art. I-36.1)

Es decir, que es aceptable la delegación siempre que el núcleo esencial de la materia sea regulado claramente en la ley o ley marco con una regulación sustantiva de la materia lo suficientemente concreta que determine que la normación reglamentaria se ajustará a un proceso perfectamente pautado, sin margen a la libre decisión. Han de analizarse en cada materia los elementos esenciales⁹⁵ y dejar al reglamento delegado aquellos aspectos meramente accesorios o de detalle, estableciendo prolijamente en la ley todos los elementos constituyentes de la materia.

Bien es verdad que resulta complicado definir en abstracto qué pueden ser esos elementos esenciales⁹⁶. El problema puede provenir de la utilización de la antigua jurisprudencia del TJUE en materia de atribución de ejecución a la Comisión en la que no se distinguía entre normación y ejecución administrativa. Por ejemplo, en política agraria en la que el TJUE ha entendido que debe interpretarse extensivamente la ejecución de la Comisión reservando los elementos esenciales al Consejo, pero en otros sectores ha hecho una definición más restrictiva reservando al acto atributivo los criterios para valorar la situación así como el tipo de medidas a tomar por la Comisión y el período de su validez y exigiéndose en todo caso que no haya <<ultra vires>>⁹⁷. Será importante la delimitación del concepto “esencial” especialmente en materia de derechos en los que la limitación sólo puede hacerse por ley (art. I-112.1) por lo que aquí la delegación ha de limitarse extraordinariamente, a diferencia de la situación actual en la que

⁹³ CONV 424/02, p. 11.

⁹⁴ En el mismo sentido, Secretaría de Estado para la Unión Europea (2004, 23).

⁹⁵ VÍRGALA (1991, 111).

⁹⁶ RIDEAU (2004, 307), ROSADO (2004, 364).

⁹⁷ HOFMANN (2003, 9).

en la confrontación del Derecho derivado con el art. 6.2 TUE (respeto a los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario), el TJUE sólo valoraba la vulneración de esos principios sin tener en cuenta si el elemento esencial era regulado mediante un tipo de acto u otro⁹⁸. Esto plantea también el problema de la esencialidad no sólo en los reglamentos delegados sino en los actos ejecutivos en cuanto afecten a derechos⁹⁹.

5.5. La delegación ha de ser siempre expresa y nunca podrá entenderse concedida de modo implícito (art. 1-36.1)

La delegación legislativa ha de ser producto de la expresa voluntad de la ley o ley marco. Por tanto, la delegación ha de ser explícita y la Comisión nunca puede intentar deducir de un determinado precepto que en el mismo se contiene implícitamente una delegación, a pesar de que dicha delegación no figure como tal en la ley o ley marco.

La delegación será explícita no sólo también porque figure en la ley la expresión “delegación” sino también porque acompañen a la misma todos los requisitos que son necesarios para delimitar una delegación en la Constitución europea. Por tanto, la delegación será siempre ilícita, como ya se ha dicho, si se limita simplemente a delegar la potestad de dictar reglamentos delegados en una determinada materia sin ponerle ninguna otra limitación (objetivos, contenido, alcance, plazo, etc.). Por lo mismo, ha de entenderse que existe delegación cuando no aparece esta palabra concreta y se dice, por ejemplo, sin embargo que “se autoriza a la Comisión para completar o modificar elementos no esenciales de esta ley”, pues aunque técnicamente autorización y delegación son términos distintos, en esos supuestos se puede deducir claramente que existe delegación si la llamada «autorización» va acompañada de todos los requisitos que configuran al art. 1-36. Las delegaciones implícitas pueden ser una fuente de abusos y motivo de enfrentamientos constitucionales. Por eso, la declaración de que la delegación sea “expresa” y nunca implícita es coherente con el cúmulo de limitaciones que el art. 1-36 ha construido.

La ley de delegación ha de delimitar “los objetivos, el contenido, el alcance” de la delegación de poderes. Esto implica un doble aspecto, formal (mención expresa en toda ley de delegación de los objetivos, etc.) y

⁹⁸ HOFMANN (2003, 10).

⁹⁹ HOFMANN (2003, nota 65).

también material, es decir, que se establezcan realmente esos criterios que sirven para luego determinar la validez del reglamento delegado¹⁰⁰. La jurisprudencia del TJUE hasta ahora en control de discreción legislativa se ha fijado en criterios formales, por lo que existe la duda de cómo reaccionará en la delegación legislativa, pudiendo seguir el criterio del TCF alemán de que el legislador defina suficientemente la tendencia y programa de la materia delegada, aunque en el caso de la UE puede influir el principio de subsidiariedad de forma que es relevante también si es necesaria la regulación comunitaria. En virtud de la doctrina jurisprudencial alemana cuanto más esencial es una materia más detalladamente debe regular el legislador esa materia, pero por el principio de subsidiariedad requiere la diferenciación del nivel de regulación de acuerdo a los criterios de efectividad y practicabilidad¹⁰¹.

5.6. La ley de delegación ha de fijar la duración de la delegación de poderes (art. 1-36.1)

El plazo temporal para hacer uso de la delegación puede considerarse uno de los elementos clave para impedir la existencia de delegaciones que constituyan lo que se ha venido en llamar “plenos poderes”, al constreñir al beneficiario de la delegación a emitir una norma sobre una materia concreta, pero también en un tiempo concreto y determinado. La limitación para la delegación a un espacio de tiempo acotado es, pues, un factor indispensable en el constitucionalismo actual (por ejemplo, arts. 82.3 Constitución española, 168.2 Constitución portuguesa, art. 76 Constitución italiana), ya que de otra forma supondría la dejación absoluta en manos de la Comisión de un sector del ordenamiento. No nos encontraríamos ante una delegación de potestad, sino ante una transferencia de la función legislativa en un concreto sector del ordenamiento comunitario.

Los problemas relativos al cómputo del plazo de la delegación no han recibido suficiente atención en los ordenamientos con delegación legislativa (por ejemplo, Italia o España)¹⁰², en un tema vital para delimitar la discrecionalidad gubernamental al estar siempre en sus manos un factor, la publicación de las normas, que se considera sin más el determinante para fijar los términos de los plazos. En relación a esto intentaremos contestar a una serie de preguntas: ¿un plazo excesivamente prolongado en el tiempo es

¹⁰⁰ HOFMANN (2003, 11).

¹⁰¹ HOFMANN (2003, 11-12).

¹⁰² VÍRGALA (1991, 114 y ss.).

un plazo que se ajusta al art. I-36.1 de la Constitución?, ¿el <<dies a quo>> comienza con la adopción de la ley de delegación, con su publicación en el DOUE, con la entrada en vigor de la ley de delegación?, ¿el <<dies ad quem>> se corresponde con la fecha de emanación del reglamento delegado, con la publicación en el DOUE, con su entrada en vigor?, ¿qué valor tienen las cláusulas de prórroga de una delegación y qué requisitos han de cumplir?

El primer problema que surge es el de cómo concretar el plazo de la delegación. Un plazo fijo pero muy prolongado puede equipararse a la inexistencia de plazo, al igual que uno que sea tan vago que esté en manos de la Comisión su determinación. En estos supuestos, pensamos que la solución ha de provenir de los siguientes principios:

1) La Constitución europea no admite la inexistencia de un plazo, ya que, al menos, ha de prescribirse un término a partir del cual la Comisión no pueda ejercer la delegación. Este principio que parece una afirmación superflua por lógica, no lo es tanto si miramos la práctica española en la que la Ley 47/1980, en su Disp. Final 1^a, otorgó una delegación para realizar «una mera refundición de las disposiciones vigentes de los tributos afectados por esta ley» sin señalar plazo alguno para esa refundición, lo que automáticamente conducía a la inconstitucionalidad de la ley de delegación por violación del art. 82.3 de la Constitución, lo que no fue planteado en su momento oportuno a través del recurso de inconstitucionalidad ni hasta el momento por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

2) El plazo ha de ser siempre concreto, lo no quiere decir que deba corresponder siempre a una fecha del calendario. Puede ser también un lapso de tiempo computado en días, meses o años, que es lo más corriente, y también es posible señalar el plazo final a través de la verificación de un hecho seguro pero incierto en el tiempo, es decir, un «acontecimiento concreto <<certus an sed incertus quando>> siempre que consista en un suceso verificable con certeza»¹⁰³, lo que ha sido aceptado en Italia por su Tribunal Constitucional¹⁰⁴. Con respecto a esto último se señaló en su día que es posible pero difícil de concebir¹⁰⁵, y, sin embargo, los ejemplos que pueden aportarse son variados: la aprobación de la siguiente ley de presupuestos, la celebración de elecciones europeas. Lo que no caben son los plazos vagos, aleatorios, sin referencia a ningún fenómeno cierto como los

¹⁰³ RECODER (1979, 1674).

¹⁰⁴ VÍRGALA (1991, 117).

¹⁰⁵ VÍRGALA (1991, 117).

de las expresiones «mientras persistan las actuales condiciones económicas» o «plazo más breve posible», etc.¹⁰⁶; ya que en realidad no serían plazos, sino meras muestras de confianza en la Comisión que no encajan en la temporalidad diseñada por la Constitución. Ha de señalarse un momento verificable sin dar lugar a dudas de ninguna clase, pudiendo ser una fecha, un tiempo computable en días, meses o años, o un suceso cierto.

3) Precizando más lo anterior, plazo fijo o verificable, hemos de concluir que todo lapso de tiempo que responda a esas características tampoco puede aceptarse. Una ley de delegación de 2007 que extienda el plazo para su desarrollo por la Comisión hasta el 1 de enero del año 2017, tendrá un plazo fijo y determinado, concretado en cuanto a su término, pero absolutamente rechazable desde el punto de vista de la intención del constituyente europeo. La delegación en el derecho comunitario tiene como objetivo delimitar claramente la potestad que se otorga a la Comisión y de una lectura conjunta del artículo I-36 se deduce que tal situación nunca puede prolongarse en el tiempo de tal forma que la Comisión disponga de un plazo tan largo que prácticamente resulte indefinido.

Sentado el principio de que el plazo ha de existir y ha de ser concreto (aunque no datable), la tarea más importante es la de determinar los momentos inicial y final de ese cómputo. En el supuesto de que el plazo culmine en un momento computado en días, meses o años, hemos de determinar qué momento es el que nos sirve de referencia para decir que ése es el de finalización.

La fecha de entrada en vigor de la delegación tiene importancia ya que a partir de ese momento comienza a correr el plazo para la producción del reglamento delegado. El problema no existe si el término del plazo consiste en una fecha fija del calendario (el dilema se producirá a la hora de fijar el término del plazo), aunque esta situación suele representar una excepción, por ejemplo, en las leyes españolas de delegación. Tampoco plantea problemas la entrada en vigor de la delegación si ésta se pospone a la fecha de publicación de la ley de delegación o a la de entrada en vigor de la ley si ésta consta expresamente en el texto legal.

Los problemas comienzan cuando se utilizan otras formas. La primera puede ser la de fijar un plazo de tiempo sin vincularlo a ningún otro hecho, como, por ejemplo, «plazo de seis meses». La segunda puede ser la fijación de un lapso de tiempo a partir de la entrada en vigor de la ley de

¹⁰⁶ PÉREZ ROYO (1979, 1659).

delegación para establecer el comienzo del plazo, sin que la ley especifique la fecha de esa entrada en vigor¹⁰⁷.

Algunos autores italianos han señalado que el <<dies a quo>> es la fecha de entrada en vigor de la ley de delegación siendo irrelevante el retraso en su publicación¹⁰⁸. Si esta opinión la aplicamos en el derecho comunitario hemos de partir del hecho de que si la ley no ha individualizado el momento de entrada en vigor rige el principio general de la eficacia a los 20 días de la publicación en el DOUE (art. I-39.2).

El plazo de la delegación siempre tiene un final y que es cuando la Comisión ejercita esa delegación. Ese final ha de corresponder con la fecha en que la ley de delegación determinó como término y que puede ser una fecha del calendario, un período computable en días, meses o años, o un suceso determinado. El día en que se cumple ese plazo fijado ha de corresponder con el ejercicio de la delegación por la Comisión. Pero, ese día puede entenderse que se refiere al de aprobación por la Comisión del reglamento delegado, a su publicación en el DOUE o a su entrada en vigor tras la <<vacatio legis>>.

En Italia, la solución a este problema en su sistema constitucional ha tenido diversas respuestas desde la doctrina, habiéndose propugnado la fecha de la deliberación del Consejo de Ministros, la fecha de publicación en el Diario oficial y la fecha de la emanación de la norma. Ha sido esta última postura la aceptada por el Tribunal Constitucional italiano al declarar que el término para el ejercicio de la delegación legislativa debe ser la fecha de la emanación del decreto y no la de la deliberación del Consejo de Ministros ni la de la publicación de la norma¹⁰⁹.

La situación en España, sin embargo, es diferente ya que para determinar ese término del plazo la propia Constitución, lo que no ocurre en Italia, nos da su momento exacto cuando dice que «la delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente» (art. 82.3). Es decir, la norma fundamental se refiere a un momento concreto del proceso de formación de la norma delegada como es la publicación, aunque nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de octubre de 1997) ha entendido como momento final de la delegación legislativa, sin más argumentación, el de la fecha de aprobación del Decreto Legislativo por el Consejo de Ministros, lo que indica que la norma

¹⁰⁷ Que, por ejemplo, es lo más frecuente en Italia: AINIS, 1985: 684-686.

¹⁰⁸ Pueden verse las referencias en VÍRGALA (1991, 121).

¹⁰⁹ VÍRGALA (1991, 125-126).

está ya definitivamente redactada pero no hay medio efectivo de comprobarlo ya que esa aprobación en forma de texto normativo no se recoge en ningún registro oficial. A pesar de esta sentencia, creo que debe propugnarse que el plazo de una delegación legislativa se cumple el día en que el Decreto Legislativo es publicado en el diario oficial. Esta también debería ser la postura a adoptar en el Derecho comunitario, es decir, entender que el plazo ha de computarse hasta el día de la publicación en el DOUE.

Un problema vinculado al plazo de la delegación legislativa es el de su posible prórroga. No contradice al esquema constitucional europeo de delegación, y además no lo prohíbe la Constitución, la prórroga a través de una ley o de una ley marco, según el caso, como permite expresamente el art. 168.2 Constitución portuguesa. Nada impide que si los delegantes consideran que, transcurrido el plazo, sigue siendo conveniente que la Comisión mantenga la posibilidad de emitir un reglamento delegado en la materia, se le conceda a éste otro plazo, al que se aplicarán los mismos requisitos que al primero.

5.7. La emanación del reglamento delegado

La Constitución europea no señala un procedimiento específico de emanación de los reglamentos delegados, por lo que debemos remitirnos a la normativa de elaboración de reglamentos por la Comisión.

La aprobación definitiva de la norma delegada corresponde a la Comisión. El reglamento delegado en su encabezamiento debería siempre hacer referencia a la ley de delegación de la que trae causa y a la autorización constitucional de la misma, como por ejemplo «en virtud de la delegación otorgada por la Ley..., y de conformidad con las previsiones del artículo I-36 de la Constitución...». Aprobado por la Comisión, el reglamento delegado ha de someterse a la firma del Presidente de la Comisión (art. I-39.2 de la Constitución). Firmado el reglamento delegado, debe posteriormente publicarse en el DOUE (art. I-39.2 de la Constitución).

5.8. La delegación puede estar sujeta a determinadas condiciones (art. I-36.2)

La Constitución establece la posibilidad, si así se ha previsto en la ley europea de delegación, de someter a la delegación a determinadas condiciones. La enumeración de estas condiciones no es exhaustiva (“podrán ser las siguientes”) por lo que es el legislador el que decide en cada caso¹¹⁰.

¹¹⁰ HOFMANN (2003, 12-13).

En la elaboración de la Constitución, en un primer momento el Grupo IX “Simplificación” de la Convención proponía que los mecanismos de control pudieran ser¹¹¹:

1) Derecho de revocación (<<call back>>): poder de recuperar la capacidad de legislar en la materia en caso de que se sobrepasara la habilitación (<<ultra vires>>) o cuando fueran cuestiones especialmente delicadas desde el punto de vista político o con importantes repercusiones financieras.

2) Plazo de silencio: el reglamento delegado entraría en vigor si, transcurrido un plazo determinado, el legislador no expresase objeciones.

3) Cláusula de suspensión (<<sunset clause>>): el reglamento delegado tendría una duración limitada, de forma que pasado el plazo, el legislador debería renovar la habilitación.

El texto final ha eliminado el último mecanismo y ha consagrado versiones modificadas de los dos primeros, por lo que ahora el art. I-36.2 cita dos condiciones a título ejemplificativo: la revocación y la formulación previa de objeciones.

La Constitución ha concedido a la Comisión una delegación de poderes por parte del Consejo y del Parlamento, por lo que es lógico que dichos órganos puedan considerar que tal delegación debe desaparecer, bien porque no se considere conveniente o porque el Consejo y el Parlamento piensen que deben regular ellos mismos los elementos no esenciales de la materia. Pero, frente a esto hay que señalar que en este tema juega un papel importante la seguridad jurídica y se debe permitir en lo posible el desarrollo de la maquinaria de la delegación. Para compatibilizar ambos postulados (libertad del delegante/seguridad jurídica), la Constitución ha consagrado lo que se ha denominado como revocación expresa.

Se conoce como revocación o derogación expresa cuando el Parlamento (en este caso, Parlamento y Consejo) considerando que una delegación, no desarrollada todavía por el Gobierno (aquí la Comisión), no responde a sus deseos, procede a la derogación de la ley de delegación, bien parcialmente (para modificar algún apartado de esa delegación), bien totalmente (para posponer la regulación de esa materia o regularla los delegantes directamente). En este supuesto nos encontramos ante una manifestación

¹¹¹ Informe final del Grupo IX “Simplificación” de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 11.

expresa y clara de revocación de la delegación tal como se efectuó en su momento y, por lo tanto, nada debe impedir que el delegante modifique su decisión. Esta es la posición adoptada por la Constitución europea al señalar que “el Parlamento europeo o el Consejo podrán decidir revocar la delegación” (art. I-36.2.a), siempre que así estuviera previsto en la ley europea de delegación.

Por lo anterior, creo que debe considerarse prohibida la denominada revocación tácita que se produce cuando el delegante entra a regular directamente la materia afectada por una previa delegación¹¹². En este caso, no nos encontramos ante la manifestación soberana del delegante de revocar una delegación, sino ante una revocación implícita o tácita al afectar a la materia delegada; revocación tácita que puede provenir en múltiples ocasiones del «olvido» del legislador de que ese tema está sujeto a delegación, lo que ocurre, por ejemplo, cuando lo que se quiere regular es otra materia y se afecta a la delegada sólo tangencialmente. En la revocación tácita, pensamos que debe prevalecer, en principio, la seguridad jurídica y de que debe permitirse a la delegación desplegar todos sus efectos, salvo que el delegante considere que expresamente desea proceder contra esa delegación. Se hace necesaria, por tanto, una regulación también en los reglamentos internos del Consejo y del Parlamento sobre esta cuestión.

En cuanto a quién puede decidir la revocación, la CEu es bastante paradójica ya que no lo atribuye a una ley europea de revocación sino que, al menos literalmente, permite que sean tanto el Parlamento (por mayoría) como el Consejo (por mayoría cualificada) los que lo decidan. Esto plantea diversas hipótesis pues si bien puede ser lógica esa revocación separada si la ley de delegación fue excepcionalmente obra sólo del Parlamento o sólo del Consejo no lo es tanto si fue una ley europea elaborada por el procedimiento legislativo ordinario con participación de ambos órganos. En ese caso, pienso que la revocación sólo puede ser conjunta.

La posibilidad de la formulación previa de objeciones es la segunda condición posible establecida en art. I-36.2 CEu. En un afán por limitar estrechamente la delegación, la Constitución posibilita el que Parlamento o el Consejo formulen objeciones al reglamento delegado de forma que éste “no podrá entrar en vigor” (art. I-36.2.b), con lo que sin introducir por la puerta falsa la comitología sí que permite un control de los órganos legislativos aunque no tenga que producirse en todas las delegaciones ni ser tan complejo ni intrusivo. La ley de delegación ha de fijar esta posibilidad ex-

¹¹² VÍRGALA (1991, 137).

presamente y en un plazo determinado. Parece claro que la ley de delegación obligará a la Comisión a informar al Parlamento y al Consejo también en un plazo determinado de la propuesta de reglamento delegado que esté considerando, ya que éste no puede entrar en vigor si se han formulado objeciones. Se ha seguido, por tanto, el único modelo europeo de control vinculante previo en la emanación de reglamentos. Es el modelo inglés del procedimiento parlamentario “negativo” de control de emanación de reglamentos por el Gobierno, en el que éstos entran en vigor salvo rechazo expreso por el Parlamento¹¹³. En la Ceu también si los órganos legisladores formulan objeciones, la Comisión no puede emitir el reglamento delegado (“no podrá entrar en vigor”). Por ello, discrepo de la opinión de S. Rosado de limitar las “objeciones” a reservas de información, alegación y consulta, ya que “el Legislador europeo no debe tener influencia vinculante alguna para la determinación del contenido no esencial del reglamento, siempre que el Ejecutivo respete los términos de la delegación contenidos en la ley o la ley marco europea. Dicha de otra forma, el Ejecutivo europeo, siempre que respete los términos de la delegación, tiene la facultad discrecional de regular los elementos no esenciales de un ámbito”¹¹⁴. Creo que no hay datos suficientes para mantener tal interpretación restrictiva y las objeciones pueden ser verdaderas impugnaciones del contenido material del reglamento delegado. Otra cosa distinta es que no se sepa muy bien qué hacer cuando se formulen dichas objeciones. En ese caso, por la posición de legisladores del Parlamento y el Consejo parece que no queda más remedio que la Comisión acepte las objeciones de aquellos que hicieron la ley y son interpretes auténticos de los objetivos, contenido y alcance de la delegación, pues, además, en caso contrario, el reglamento delegado no puede entrar en vigor.

Otro problema añadido es que aquí también tenemos la paradoja de que la Ceu no atribuye la formulación de objeciones a un acuerdo conjunto

¹¹³ Junto a ese procedimiento está también el “afirmativo” en el que el reglamento no entra en vigor hasta que una resolución parlamentaria en un plazo de 28 ó 40 días así lo determina: *Statutory Instruments Act* de 1946 y arts. 4.4 y 79 del Reglamento de los Comunes; normativa utilizada especialmente con las delegaciones legislativas con cláusula Enrique VIII, es decir, con capacidad para modificar leyes, lo que es lógico por la concepción inglesa de la soberanía del Parlamento, su monopolio legislativo y el surgimiento de la potestad normativa del Ejecutivo, siempre por delegación parlamentaria, salvo en determinadas facultades propias históricamente de la Corona; con la salvedad, además, de las dificultades de distinguir en Gran Bretaña las delegaciones legislativas, propiamente dichas, de las delegaciones de potestad reglamentaria: VIRGALA (1991, 165-166).

¹¹⁴ ROSADO (2004, 269).

de los legisladores sino que, al menos literalmente, permite que sean tanto el Parlamento (por mayoría) como el Consejo (por mayoría cualificada) los que lo decidan. Igual que antes pienso que si bien puede ser lógica esa formulación separada si la ley de delegación fue excepcionalmente obra sólo del Parlamento o sólo del Consejo no lo es tanto si fue una ley europea elaborada por el procedimiento legislativo ordinario con participación de ambos órganos. En ese caso, pienso que la formulación de objeciones sólo será válida si es conjunta.

En todo caso, “el Tribunal de Justicia mantendría su competencia a tenor del artículo 230 del TCE para pronunciarse sobre toda posible violación de las condiciones establecidas en la habilitación”¹¹⁵.

6. LOS ACTOS EJECUTIVOS

La CEu dedica el art. I-37 a los que denomina “actos de ejecución” consagrando normativamente la situación existente hasta el momento. Sin embargo, ha de decirse que, como es sabido, el principio base en el Derecho comunitario, siguiendo el modelo del federalismo ejecutivo¹¹⁶, es que la adopción de actos de ejecución corresponde a los Estados miembros (art. 10 TCE y ahora art. I-37.1 CEu), y sólo cuando sea necesaria la ejecución por la UE ésta se produce (de acuerdo al principio de subsidiariedad), siendo entonces la regla su adopción por la Comisión, normalmente con control de los Estados miembros (comitología), o excepcionalmente por el Consejo¹¹⁷. Hasta la actualidad, se ha denominado acto de ejecución al que contiene “las medidas de aplicación técnica o efímera” (STJUE de 17 de diciembre de 1970), no pudiendo desconocer el contenido de la norma de base ni derogarla (STJUE de 10 de marzo de 1971)¹¹⁸. El TCE (arts. 202 y 211) permite la atribución de poderes de ejecución y no de alcance general o naturaleza legislativa y “no es fácil precisar qué debe entenderse por ejecución, pero parece que sus límites no deben constreñirse rígidamente”¹¹⁹ y así lo ha entendido el TJUE al señalar que el poder de ejecución debe interpretarse ampliamente hasta el punto de llegar a conferirse “a la

¹¹⁵ Informe final del Grupo IX “Simplificación” de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 11.

¹¹⁶ HOFMANN (2004, 5), SCHÜTZE (2005, 12).

¹¹⁷ Informe final del Grupo IX “Simplificación” de la Convención Europea, CONV 424/02, p. 12.

¹¹⁸ MANGAS y LIÑÁN (2004, 138).

¹¹⁹ MANGAS y LIÑÁN (2004, 139).

Comisión amplios poderes de apreciación y de acción” (STJUE de 30 de octubre de 1975), comprendiendo tanto la elaboración de normas de aplicación como la aplicación de las normas a casos particulares mediante actos de alcance individual (STJUE de 24 de octubre de 1989)¹²⁰.

Pues bien, el art. I-37 CEu sistematiza y consagra lo ya existente atribuyendo la ejecución del Derecho comunitario, como excepción a la habitual por los Estados, a la Comisión, pero, a pesar de las propuestas que ha habido en su momento tanto del Parlamento como de la propia Comisión¹²¹, ésta no posee una potestad ejecutiva propia que, sin atribución expresa, le permita ejecutar un acto legislativo determinado. En caso contrario, acercaría sus poderes a los de naturaleza legislativa al realizarse una interpretación extensiva del término “ejecución” y crearía confusión con el ejecutor normal de la normativa comunitaria: los Estados miembros¹²². Además, también tiene potestad ejecutiva (art. I-37.2) el Consejo “en casos debidamente justificados” (por ejemplo, interviene ejecutando en materias de especial sensibilidad para algunos Estados como el reparto de cuotas pesqueras o la fijación de los precios agrícolas de intervención¹²³) y siempre en materia de PESC.

El tipo de acto a utilizar puede ser tanto un reglamento como una decisión de ejecución, aunque los primeros, como antes se ha dicho, pueden ser, de acuerdo al art. I-33.1 CEu, reglamentos directos (“obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”) y reglamentos marco (obligan “al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios”), que desarrollarían respectivamente a las leyes y a las leyes-marco¹²⁴, pero con el problema de que los segundos tienen también alcance general (a diferencia de las leyes-marco)¹²⁵, pudiendo generar confusión entre los aspectos

¹²⁰ MANGAS y LIÑÁN (2004, 139).

¹²¹ Por ejemplo, Resolución del Parlamento europeo sobre la naturaleza de los actos de la Comunidad de 18 de abril de 1991 A3-0085/91, Opinión de la Comisión de 21 de octubre de 1990 en la fase preparatoria del Tratado de Maastricht: citados por HOFMANN (2004, 5). La Comisión propuso también en 2002 la supresión de esa ejecución por el Consejo para mejorar la transparencia del sistema y para evitar la confusión en el papel del Consejo como legislador: COM (2002) 728 final, de 4 de diciembre de 2002.

¹²² HOFMANN (2004, 5). En sentido contrario, VAZ (2005, 656) que, a pesar de reconocer de que no hay apoyo expreso para ello en la CEu, la deduce del art. I-33 en su párrafo cuarto y en los arts. I-37.2 y I-37.4.

¹²³ CALONGE Y TOMÁS (2004, 381).

¹²⁴ MANGAS (2005, 156).

¹²⁵ CARRERA (2003, 1051).

competenciales y los normativos¹²⁶. Como la CEu no dice cuándo la ejecución ha de ser por un reglamento o por un reglamento marco será de aplicación el art. I-38: procedimiento aplicable o contexto normativo y principio de proporcionalidad¹²⁷. Como ha señalado A. Mangas, “sorprende que el nuevo sistema de actos haya expulsado el nombre de directiva (la más <<popular>> de las normas comunitarias tradicionales) pero ha dejado colar sus <<peores>> características en todos los nuevos modelos y tipos normativos”¹²⁸. En todo caso, parece que tras la creación de la figura de los reglamentos delegados, la práctica de los de ejecución normativos “es presumible que quede enormemente restringida”¹²⁹, ya que sólo se dará en los casos en que “se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión” (que serán las leyes, las leyes-marco pero también las decisiones), lo que conlleva una gran subjetividad en la interpretación de cuándo son necesarias esas condiciones uniformes, lo que dará lugar a divergencias a resolver jurisdiccionalmente¹³⁰.

La función ejecutiva comunitaria, por tanto, “se concibe de una manera extensa, comprendiendo no sólo la potestad normativa sino también la ejecución material directa del derecho comunitario. De ahí que los actos de ejecución puedan contener disposiciones tanto de alcance general como particular y que la doble tipología formal del artículo I-37 sea acorde, al menos teóricamente, en el sentido de reservar el instrumento de la decisión para la adopción de normas de alcance singular y destinar el reglamento para la emisión de las restantes medidas con alcance general”¹³¹. Esto se podría deducir de la descripción general de los actos del art. I-33, pero es cierto que la decisión puede tener también alcance general; así, por ejemplo, en la sentencia 24/10/1989, asunto 16/88, caso Comisión v. Consejo, Rec., p. 3485, n. 11, donde el Tribunal de Justicia dejó claro que el concepto de ejecución comprende tanto la elaboración de normas de aplicación como la aplicación de normas a casos particulares mediante actos de alcance individual, pues el tratado en su actual artículo 202 utiliza el término “ejecución” sin restringirle con precisiones adicionales, de ahí que su interpretación no pueda excluir los actos individuales¹³².

¹²⁶ BALAGUER (2004, 77).

¹²⁷ MANGAS (2005, 156).

¹²⁸ MANGAS (2005, 156).

¹²⁹ Secretaría de Estado para la Unión Europea (2004, 21), ALVES (2004, 709). CARREIRA (2003, 1054) habla de “instrumento excepcional de ejecución”.

¹³⁰ RIDEAU (2004, 314).

¹³¹ CALONGE y TOMÁS (2004, 379).

¹³² FUENTAJA (s/f, nota 3).

En cuanto a la publicación, los reglamentos de ejecución y las decisiones de ejecución sin destinatario o dirigidas a todos los Estados se publican en el DOUE y entran en vigor en la fecha que ellas determinen (o si no, tras la <<vacatio legis>>), pero las restantes decisiones de ejecución se notificarán a los destinatarios y sólo surtirán efecto desde esa fecha¹³³.

El control de estos actos de ejecución parece que seguirá siendo realizado, en primer lugar, a través de la conocida comitología¹³⁴, aunque una vez que entre en vigor la CEu, deberán establecerse en una ley europea “normas y principios generales relativos a las medidas de control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión” (art. I-37.3), lo que lo acerca al actual art. 202 TCE aunque con la importante diferencia de que los reglamentos delegados quedan, como ya se ha visto, fuera de los comitología y de que el Parlamento tendrá mayor participación¹³⁵, por lo que esa futura ley europea puede decantarse hacia una comitología ligera. Por todo ello, choca que E. Linde señale que “la comitología habría sido suprimida por la Constitución, en la medida en la que el artículo I-37 no contiene la habilitación a que se refiere el artículo 202 del TCE”¹³⁶. Lo que sí hay duda es si ahora, al participar el Parlamento en las leyes europeas, eso significará que su presencia en la comitología va a ser permanente respecto a cualquier acto ejecutivo de la Comisión¹³⁷. Sin entrar aquí en la muy estudiada comitología, puede decirse que la misma proviene del antiguo art. 202.3 TCE surgido en el AUE de 1986 por el que el Consejo comenzó a ceder a la Comisión competencias de ejecución, pero desde 1987 (primera decisión comitología) condicionando esa ejecución al dictamen de comités compuestos por representantes de los Estados¹³⁸. Esa decisión se transformó en 1999 (Decisión 1999/468 sobre la Comitología, DOCE, L, 184, de 17 de julio de 1999) por el papel cada vez más importante del procedimiento de codecisión y dentro del mismo del rol del Parlamento: suministro de información al Parlamento sobre el trabajo de los diversos Comités, información por la Comisión de las medidas de ejecución¹³⁹. Por otro lado, nada impide que la Comisión en un reglamento delegado se subdelegue la ejecución mediante reglamentos o decisiones ejecutivas, con lo que el control por el legislador sólo podría producirse

¹³³ CALONGE y TOMÁS (2004, 380).

¹³⁴ CARRERA (2003, 1054).

¹³⁵ HOFMANN (2003, 8).

¹³⁶ LINDE (2004, 883).

¹³⁷ SCHÜTZE (2005, 15).

¹³⁸ CALONGE y TOMÁS (2004, 386).

¹³⁹ CALONGE y TOMÁS (2004, 386-387).

mediante la revocación del acto original de delegación¹⁴⁰. En 2002, y con vistas a la entrada en vigor de la CEu, la Comisión presentó una Propuesta de decisión para modificar la de 1999 en lo relativo a las medidas de ejecución de los actos adoptados por codecisión¹⁴¹.

En cuanto al control judicial, ya existe en la actualidad el de legalidad de los actos de ejecución con respecto a los actos de base (art. 230 TCE), por el que los Estados, las instituciones (y los ciudadanos aunque con las limitaciones conocidas que establece el TJUE) comunitarias pueden presentar el recurso de anulación (por violación del tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución). Así, el TJUE ha anulado actos por violación de normas de derecho derivado con fuerza vinculante de rango superior como los casos de un reglamento de ejecución frente a uno de base¹⁴². También puede utilizarse la cuestión prejudicial de validez, al coincidir los motivos con el recurso de anulación.

En la CEu, el control judicial servirá para que los actos de ejecución respeten a las leyes y a los reglamentos delegados y éstos a esas¹⁴³. Una novedad en este sentido es que el art. III-365.4 CEu en el recurso por anulación presentado por particulares señala que pueden hacerlo también “contra actos reglamentarios que le afecten directamente” (por ejemplo, una prohibición que no requiera medida nacional de ejecución), expresión ésta de “actos reglamentarios” utilizada en toda la Constitución sólo en este artículo y que permitiría recurrir tanto reglamentos delegados como ejecutivos¹⁴⁴ e incluso decisiones para evitar diferencias entre actos no legislativos vinculantes¹⁴⁵. La expresión “afecten directamente” ha de ser más amplia que la de “directa e individualmente” de acuerdo a la práctica seguida hasta ahora por el TJUE, bastando la demostración de que el acto reglamentario produce un padecimiento sin necesidad de adoptar medidas autónomas, aunque no baste el mero hecho de que un acto influya en la situación material del demandante¹⁴⁶. La afectación directa significa que la medida “debe surtir efectos directos en la situación jurídica del particular y no debe permitir ninguna facultad de apreciación a los destinatarios de dicha medida encargados de su aplicación, por tener ésta un carácter meramente auto-

f).
¹⁴⁰ Pueden verse en detalle los tres procedimientos de comitología en FUENTEAJA (s/

¹⁴¹ COM (2002) 719 final de 11 de diciembre de 2002.

¹⁴² MANGAS y LIÑÁN (2004, 468).

¹⁴³ CALONGE Y TOMÁS (2004, 392-393).

¹⁴⁴ CALONGE y TOMÁS (2004, 394-395). Para HOFMANN (2003, nota 30) incluiría todo acto legislativo o de ejecución salvo decisiones y contratos.

¹⁴⁵ RUÍZ-JARABO (2004, 1013).

¹⁴⁶ RUÍZ-JARABO (2004, 1013).

mático y derivarse únicamente de la normativa comunitaria sin aplicación de otras normas intermedias” (STJUE de 13 de mayo de 1971). Por el contrario, afectación individual sería “cuando le atañe debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que la caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, la individualiza de una manera análoga a la del destinatario” (STJUE de 15 de julio de 1963), lo que suelen ser los casos caracterizados por la existencia de un procedimiento administrativo en el marco del que se adopta el acto, por ejemplo, reglamentos actuales que constituyen para sus destinatarios una decisión (imposición de derechos antidumping a varias empresas en un reglamento de ejecución)¹⁴⁷. En los casos de actos de alcance general no adoptados en el marco de un procedimiento administrativo, el TJUE se niega a admitir recursos de particulares¹⁴⁸. Otra cosa es cómo interprete el TJUE la expresión “directamente” o, esto para el resto de actos, “directa e individualmente”¹⁴⁹.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- AINIS, M., 1985, “Promulgazione ed entrata in vigore delle leggi di delega”, *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, pp. 678-727.
- ALONSO GARCÍA, R., 1989, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas, Madrid.
- ALVES, C.M., 2004, “La hiérarchie du droit dérivé unilatéral à la lumière de la Constitution européenne : révolution juridique ou sacrifice au nominalisme?”, *Cahiers de Droit Européen*, núm. 5-6, pp. 691-726.
- ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J. A. y FERNÁNDEZ PÉREZ, B., 1996, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., 1998, *Concepto y régimen del acto administrativo comunitario*, IVAP, Oñati.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., 2004, “El Sistema de fuentes en la Constitución europea”, *ReDCE*, núm. 2, pp. 61-79.
- BAST, J., 2003, “On the Grammar of EU Law: Legal instruments”, *New York University Jean Monnet Working Papers* (www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-05.html), núm. 9/03.
- BOGDANDY, A. v., BAST, J. y ARNDT, F., 2004, “Tipología de los actos en el Derecho de la Unión europea. Análisis empírico y estructuras dogmáticas en una presunta jungla”, *REP*, núm. 123, pp. 9-70.

¹⁴⁷ MANGAS y LIÑAN (2004, 463-464).

¹⁴⁸ MANGAS y LIÑAN (2004, 464).

¹⁴⁹ CALONGE y TOMÁS (2004, 395).

- CALONGE VELÁZQUEZ, A. y TOMÁS ROLDÁN, M. del R., 2004, “Los actos de ejecución en la Constitución europea”, en E. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 371-402.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., 2003, “Simplificación de los instrumentos jurídicos en el Proyecto de Tratado constitucional”, *RDCE*, núm. 16, pp. 1041-1063.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A., “La estructura administrativa europea”, *University of Leeds Jean Monnet European Center of Excellence Online papers* (www.leeds.ac.uk/jmce/p-estruc.htm).
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1993 (6ª ed.), *Curso de Derecho Administrativo. Vol. I.*, Civitas, Madrid.
- HOFMANN, H. H., 2003, A Critical Analysis of the new Typology of Acts in the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe, *European Integration online Papers Vol. 7*, núm. 9, (<http://eiop.or.at/eiop/texte/2003-009a.htm>).
- LENAERTS, K. y DESOMER, M., 2003, “Simplification of the Union’s Instruments”, en *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Bruno de Witte (ed.), San Domenico di Fiesole, Robert Schuman Centre for the Advanced Studies-European University Institute, pp. 107-131.
- LINDE PANIAGUA, E., 2004, “El Consejo de ministros de la Unión Europea”, en E. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 851-891.
- LÓPEZ CASTILLO, A., 2004, “¿Cerrar o cuadrar el círculo?: a propósito de la revisión del <<sistema de fuentes del derecho>> de la UE”, en A López Castillo, *La Constitución de Europa a debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 219-280.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., 2004 (4ª ed.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid.
- MANGAS MARTÍN, A., 2005, *La Constitución europea*, Iustel, Madrid.
- MARTÍNEZ LAGE, S., 1984, *Las fuentes del Derecho comunitario. Iniciación al estudio del Derecho Comunitario europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 71-98.
- MENÉNDEZ, A. J., 2004, “Esperando a la Constitución europea”, *REDC*, núm. 72, pp. 87-120.
- OLIVERA MASSO, P., 2005, “Primacía y supremacía de la Constitución”, en *Constitución europea. Análisis y comentarios*, Garrigues Abogados, La Ley-Recoletos, Madrid, pp. 127-131.
- PÉREZ ROYO, F., 1979, “Relaciones entre normas primarias y normas secundarias en Derecho Tributario”, en AA. VV., *La Constitución y las fuentes del derecho. Vol. III*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 1649-1665.

- RECODER, E., 1979, "La legislación delegada", en AA. VV., *La Constitución y las fuentes del derecho. Vol. III*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 1667-1683.
- REQUENA LÓPEZ, T., "La Decisión europea", *ReDCE*, núm. 2, pp. 81-101.
- RIDEAU, J., 2004, "Presentation des actes juridiques dans la Constiution", en E. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 293-334.
- ROSADO PACHECO, S., 2004, "Los Reglamentos delegados en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa", en E. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 335-370.
- RUIZ-JARABO, D., 2004, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución europea", E. Alvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 983-1015.
- SANTOS VARA, J., 2004, "La simplificación normativa en el proyecto de Constitución europea", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 230, pp. 3-18.
- SCHÜTZE, R., 2005, "Sharpening the Separation of Powers through a Hierarchy of Norms? Reflections on the Draft Constitutional Treaty's regime for legislative and executive law making", *European Institute of Public Administration Working Papers 2005/W/01* (www.eipa.nl/Publications/Summaries/05/FC0501e.pdf).
- SECRETARÍA DE ESTADO PARA LA UNION EUROPEA (Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación), 2004. Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Breve análisis (ww.iceta.org/coeubran.pdf).
- TIBERI, G., 2003, "La semplificazione degli atti dell'Unione Europea e il metodo di coordinamento aperto", *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e hipótesis*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 221-242.
- TIZZANO, A., 2004, "Prime note sul progetto di Costituzione europea. Una Costituzione per L'Europa. Testi e documenti relativi alla Convenzione Europea", *Quaderni Della Revista Il Diritto dell'Unione Europea*, num. 3, pp. 1-42.
- VAZ, M. A., 2005, "O sistema de fontes de direito no Tratado da Constituição europeia (entre a "simplificação" e a "democratização")", *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra-Colóquio ibérico: Constituição europeia. Homenagem ao doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra, pp. 651-663.
- VÍRGALA FORURIA, E., 1991, *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionada de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar los cambios que la Constitución Europea ha propiciado sobre el sistema de fuentes, en concreto, sobre la ordenación reglamentaria. La primera parte del trabajo (epígrafes 1, 2, 3) se ocupa de analizar los rasgos esenciales del sistema de fuentes diseñados por los Tratados y el nuevo sistema de fuentes definido por la Constitución. Subraya cómo con la Constitución se comienza a utilizar una terminología afín al Estado constitucional, algo que no ocurría en los Tratados; se incorpora con mayor intensidad una estructura jerárquica, aunque sin consolidarlo de manera definitiva; variables que hacen ya posible el comienzo de una teoría acabada del sistema de fuentes. En la segunda parte del trabajo, se estudia en concreto el régimen jurídico de cada uno de los actos no legislativos. Se da cuenta así de los actos ejecutivos que nacen directamente de la Constitución, esto es, los reglamentos independientes y las decisiones independientes, mostrando los múltiples supuestos en los que es posible su utilización. Posteriormente se detiene exhaustivamente en el régimen jurídico híbrido de los reglamentos delegados. Y termina con los actos ejecutivos en sentido estricto, el reglamento de ejecución y la decisión de ejecución.

PALABRAS CLAVE: Sistema de fuentes, actos no legislativos, reglamento independiente, decisión independiente, reglamento delegado, reglamento de ejecución y decisión de ejecución.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the changes that the European Constitution has caused on the legal system of sources, in particular, on the frame of regulations. The first part of the work (paragraphs 1, 2, 3) analyzes the essential characteristics of the legal system of sources designed by the Treaties and the new legal system of sources defined by the European Constitution. It emphasizes how the Constitution has started to use a terminology linked to the Constitutional State, which had not been used in the Treaties; the Constitution includes a hierarchic structure with greater intensity, although without consolidating it definitively; all the mentioned variables make now possible the beginning of a finished theory of the legal system of sources. The second part of this work studies the legal regime of each one of the non legislative acts in particular. It analyzes the executive acts that are born directly from the Constitution, like the independent regulations and the independent decisions, showing the manifold situations in which it is possible to use them. Later makes an exhaustive review of the hybrid legal regime of the delegated regulations. It finishes studying the acts considered as strictly executive, the regulation of execution and the decision of execution.

KEY WORDS: Legal system of sources, non legislative acts, independent regulation, independent decision, delegated regulation, executive regulation, decision of execution.