

# ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL SISTEMA NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

*Profesor de Derecho Administrativo de la UNED*

## I

El sistema normativo debiera ser un campo abonado para la gobernabilidad, ese concepto poliédrico que sobrevuela desde hace más de una década sobre la Unión Europea; y la gobernabilidad del sistema normativo va a ser el objeto de estas páginas. Pues, no cabe duda de la necesidad de que los instrumentos jurídicos de la Unión sean los necesarios para expresar de modo preciso las relaciones entre los poderes y, además, sean los adecuados para llevar a cabo las misiones de la Unión. Esto es, nos preguntamos si el sistema normativo de la Unión es óptimo o no. Y responder a esa pregunta exige aclarar otra previa ¿óptimo para qué? Y la respuesta a esta segunda pregunta solo podría obviarse en el caso de que participáramos de la peregrina idea de que existen sistemas normativos óptimos desligados de las circunstancias de lugar y tiempo.

De manera que para contestar si el sistema normativo de la Unión es óptimo es preciso que nos pronunciemos sobre los rasgos definitorios de la Unión; esos que nos permitan determinar cuáles son los objetivos que debe cumplir el susodicho sistema normativo. La primera dificultad que tiene establecer los rasgos definitorios de la Unión es el *carácter abierto*, desde varias perspectivas, de la misma. Ese carácter abierto hace que la Unión sufra constantes alteraciones en lo relativo a sus instituciones, a sus competencias y a sus instrumentos jurídicos. La última muestra de apertura la tenemos en el acuerdo alcanzado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros en el otoño de 2010 de proceder a reformar de nuevo los Tratados, cuando todavía no se ha cumplido un año de vigencia del Tratado de Lisboa.

La Unión, por otra parte, se podría decir que *es un proceso dinámico* en que la línea recta es infrecuente y las oscilaciones, los avances y retrocesos son lo más frecuente de su historia. Esas oscilaciones se ha pretendido explicarlas mediante los

conceptos de supranacionalidad e intergubernamentalidad. Esto es, la Unión se regiría por movimientos oscilantes y, a la vez, contradictorios. Uno le conduciría hacia el modelo federal y el otro hacia una organización internacional convencional. Pero, además se advertirán otros movimientos en su devenir, tendencias centrípetas y tendencias centrífugas. De manera que la Unión, que en los primeros tiempos se mostraba indiferente a la organización interna de los Estados, presta cada vez más atención a las organizaciones subestatales de carácter regional o local. La Unión, por otra parte, se ha estado expandiendo hasta el Tratado de Lisboa, aunque el ritmo frenético expansivo desde el Acta Única hasta el Tratado de Amsterdam ha remitido sensiblemente. Si hubiera que poner un ejemplo que representara el proceso constructivo europeo lo más sencillo sería parangonarla con la concepción contemporánea de las galaxias. Abierta, expansiva, turbulenta... En fin, que la Unión sea un proceso en que conviven principios de diferente naturaleza supone una dificultad considerable para el diseño de los instrumentos jurídicos necesarios que deben realizar dichos principios o, dicho de otro modo, los instrumentos jurídicos de la Unión deben dar respuesta a principios contradictorios.

Los reglamentos, decisiones, directivas, recomendaciones y dictámenes son los instrumentos jurídicos clásicos de la Unión desde su fundación, y responden a algunos de los caracteres básicos que la acompañan desde sus inicios. En efecto, el reglamento se ha caracterizado como una norma supranacional porque es susceptible de producir efectos directos en sus destinatarios finales sin la intermediación de los Estados miembros. Y esta caracterización es aplicable, igualmente, a las decisiones a las que, sin embargo, no se ha reconocido carácter normativo, expresamente, hasta el Tratado de Lisboa. Las directivas, por el contrario, salvo cuando excepcionalmente tienen efectos directos, serían normas intergubernamentales en la medida en que se dirigen solamente a los Estados miembros que deben transponerlas a sus ordenamientos jurídicos para que produzcan efectos en sus destinatarios finales. Las recomendaciones son, salvo en algunas excepciones, disposiciones de carácter intergubernamental, mientras que los dictámenes son actos no obligatorios, salvo excepciones, que por lo general sirven como instrumentos de relación, colaboración, e incluso de control entre instituciones.

Es decir, desde sus orígenes en el sistema normativo originario se advierten caracteres contradictorios y, sin embargo, se ha llevado a cabo una tarea pedagógica desde la Unión, y desde amplios sectores doctrinales, de caracterización de la Unión como una organización supranacional. Y esa caracterización no es posible aceptarla porque lejos de aclarar dificultad de comprensión de los principios en que se fundamenta la Unión y, en consecuencia, dificulta la valoración de sus instrumentos jurídicos.

Al margen del análisis que haremos del sistema normativo, en que más adelante nos centraremos, siguen existiendo políticas exentas del control del Tribunal de Justicia, como es el caso de la política exterior, aunque no deja de ser menos cierto que el Tratado de Lisboa ha consagrado la incursión limitada del Tribunal en dicha política. La política exterior y de seguridad común es un ejemplo de política que nace

con caracteres extremos intergubernamentales, como es el de que predomine la toma de decisiones por unanimidad, aunque desde el Tratado de Lisboa se advierte la contaminación por técnicas supranacionales. Y lo mismo puede decirse de otras políticas que siendo consideradas como supranacionales se ven recientemente penetradas por técnicas intergubernamentales; como resultado del incremento de competencias del Consejo Europeo. Y, lo que todavía es más significativo, y desconcertante, el Tratado de Lisboa ha confirmado la caracterización de los Estados miembros y los Parlamentos nacionales como órganos legislativos de la Unión.

La circunstancia de que la Unión se pueda caracterizar como un proceso supone que los Estados ven también alteradas sus posiciones respectivas en el sistema integrado por la Unión y los Estados miembros, particularmente en lo que concierne a sus competencias, pero también en lo relativo a su organización. Los trasvases de competencias no son solo fruto de la modificación de los Tratados sino de técnicas internas que el Tratado de Lisboa ha consagrado. Así, por ejemplo, el concepto de competencia compartida convierte en flexible el ámbito competencial de la Unión y de los Estados miembros. En efecto, la Unión puede ejercer una competencia compartida, en cuyo caso los Estados quedan excluidos de la competencia en cuestión, pero la Unión puede, igualmente, no ejercer la competencia o dejar de ejercerla en cuyo caso los Estados miembros pueden ejercer la competencia en cuestión. Así, el mapa competencial, habida cuenta de que la mayoría de las competencias reguladas en los Tratados son compartidas por la Unión y los Estados miembros, se aleja de toda rigidez. La flexibilidad competencial que se ha instalado definitivamente con el Tratado de Lisboa, sin embargo, tiene deficiencias muy acusadas, al no haberse regulado procedimientos claros en lo que concierne a cómo debe dejar de ejercer una competencia la Unión y en qué condiciones puede ser ejercida dicha competencia, en su caso, por los Estados miembros. Pero, al margen de la técnica de las competencias compartidas, como un mecanismo para ampliar o reducir las competencias de la Unión, se observa que el incremento de competencias por la Unión a través de los Tratados se ha saldado con una mayor intervención de los Estados miembros en el funcionamiento de la Unión a través de los gobiernos, de los parlamentos nacionales y regionales y de las organizaciones subestatales. Es decir, no se ha producido, sin más, un incremento de las competencias de la Unión ejercidas por sus instituciones clásicas, en detrimento de los Estados miembros, sino que los Estados miembros, a cambio de dichas cesiones, han incursionado en el funcionamiento ordinario de la Unión hasta el punto de que a algunos efectos se puedan considerar a los gobiernos de los Estados miembros, a los parlamentos nacionales y regionales y a las organizaciones subestatales órganos de la Unión.

El proceso contrario, sin embargo, no ha tenido lugar. Veamos un ejemplo significativo. Resulta obvio que cuando la Unión legisla puede invadir competencias de los Estados miembros no transferidas a la Unión. Y fundamentalmente, aunque no exclusivamente, el recurso de anulación es el mecanismo ordinario para combatir las incursiones ilegales de la Unión en el ámbito competencial de los Estados miembros. Sin embargo, el citado recurso no se ha considerado suficiente por los Estados

miembros que a partir de un proceso que se inicia en el Tratado de la Unión, y que culmina en el Tratado de Lisboa, han convertido a los parlamentos nacionales en guardianes de las competencias de sus respectivos Estados frente a las competencias de la Unión. Es decir, los Estados se han dotado de un doble mecanismo de control del ejercicio por la Unión de sus competencias: a través de los gobiernos que pueden interponer el recurso de anulación de actos de la Unión; y a través de los parlamentos nacionales que disponen de un mecanismo que les permite suspender en origen la tramitación de la legislación de la Unión. Es decir, los Estados miembros se han dotado de mecanismos de control del Derecho de la Unión *ex ante* y *ex post*. ¿Puede justificarse esta doble intervención de los Estados miembros? A mi juicio, así como el control en sede jurisdiccional está del todo justificado, el control por los parlamentos nacionales, en la medida en que se trata de un control político, resultado del equilibrio de fuerzas en las cámaras nacionales, me parece del todo desafortunado, capaz de poner en crisis la construcción europea desde criterios político-partidarios. Pero además, la incursión de los Estados miembros a través de sus parlamentos nacionales no se ve compensada ni por un control ulterior de carácter jurisdiccional, ni por la posibilidad de que se reconozca a la Unión una paralela competencia de injerencia en la labor legislativa de los parlamentos nacionales. ¿Acaso los parlamentos nacionales no pueden invadir competencias de la Unión? Es decir, en la medida en que se considerara justificado que los parlamentos nacionales pudieran interferir en el procedimiento legislativo de la Unión, estaría justificado que la Unión pudiera interferir en los procedimientos legislativos de los Estados miembros para evitar la invasión de éstos en las competencias de la Unión. Sin embargo esto no sucede. Si los Estados miembros invaden competencias de la Unión, ésta solo dispone de instrumentos jurisdiccionales frente a las incursiones de los Estados miembros.

Los Estados siguen siendo protagonistas principales de la Unión en la que actúan como tales (iniciativa legislativa, recursos ante el TJUE), a través del Consejo Europeo, a través del Consejo de la Unión, a través de sus parlamentos nacionales y regionales y a través de comités como el de las Regiones. Los avances intergubernamentales, que son muchos, han coincidido con el incremento de las competencias por el Parlamento Europeo entre las que destaca su participación en la legislación de la Unión a través del procedimiento de codecisión, convertido ahora en procedimiento legislativo ordinario.

Una vez más hay que decir que la Unión es un diseño original, inasimilable al de las organizaciones internacionales conocidas hasta la fecha. Con el paso de las décadas, la Unión se aleja de las nítidas concepciones federales o confederales conocidas. La Unión como instancia de poder es un conjunto institucional intervenido profundamente por los Estados miembros en sus varias manifestaciones orgánicas e institucionales. La Unión no es una instancia en que las instituciones estén separadas de los Estados, sino que es un conjunto que integra Instituciones y Estados. Un conjunto en que la participación de unas y otros no es episódica sino una constante, un carácter estructural, un rasgo constitutivo que se ha ido acentuando con el tiempo.

Por eso considero que la Unión puede caracterizarse como una *organización intraestatal*, una suerte de tercer género que toma elementos supranacionales e intergubernamentales en una situación que es inestable, en la medida en que la posición de los operadores no solo depende del modelo normativo y competencial sino de la mayor o menor intensidad de la utilización de los instrumentos que se ponen a disposición de los distintos operadores.

El modelo no me parece satisfactorio. Y esto por una razón fundamental: porque difícilmente puede ser eficiente. A mi juicio en un espacio compuesto (como es el europeo, integrado por tres instancias de poder: la Unión Europea; las instituciones centrales de los Estados miembros; y las instancias subestatales de los Estados miembros, regionales y/o locales) las distintas instancias deben ejercer sus competencias con claridad y responsabilidad, con sujeción a reglas y a la supervisión política y jurisdiccional. Esto es, de acuerdo con los postulados de la división de los poderes, en que las responsabilidades de las diferentes instancias deben estar separadas y claras. Por el contrario el modelo que rige en la actualidad en la Unión se caracteriza por la difuminación de responsabilidades y por la ausencia de claridad. En particular, en el nivel de la Unión las instancias estatales intervienen en la Unión, sin embargo la Unión no puede intervenir en los niveles estatales. El sistema no solo es desequilibrado sino que desdibuja la Unión Europea y la responsabilidad de las distintas instancias; más que movido por la eficiencia el modelo parece resultado de las flaquezas de la Unión imposibilitada de defenderse frente a los Estados.

Sin embargo, partiendo de las anteriores consideraciones, trataremos de analizar si el sistema normativo actual es eficiente, desde el mismo modelo, situados en el lugar y tiempo actuales y, por tanto, considerando que el carácter óptimo del modelo no puede tener otra consideración que la coyuntural.

## II

De manera que voy a examinar algunos de los aspectos del sistema normativo desde la perspectiva intraestatal que lo caracteriza, tal y como se ha ido decantando en las últimas décadas, aunque dicho modelo suponga una desviación esencial de los objetivos trazados por los fundadores, que, probablemente, concibieron como fin de trayecto de la Unión el modelo federal. Los aspectos que vamos a analizar, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, serán aspectos que conciernen a: quiénes son los titulares de la iniciativa legislativa; quiénes son los titulares de la potestad legislativa; y cuáles son los instrumentos y los procedimientos legislativos.

Es bien sabido que en la Unión Europea no existe una rígida separación entre los poderes legislativo y ejecutivo, afirmación particularmente válida en lo que concierne al poder legislativo que llamaremos primigenio, es decir; poderes normativos que derivan directamente de los Tratados y no de actos que tienen su origen en los mismos.

En los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas la *iniciativa legislativa* correspondía en exclusiva a la Comisión, es decir ni el Consejo ni al Parlamento Europeo disponían de dicha potestad. Esta configuración de la iniciativa es de gran originalidad, si se compara con los regímenes constitucionales de los Estados miembros en que las cámaras disponen de la iniciativa legislativa salvo en contadas excepciones (como es el caso de la iniciativa para la elaboración de los presupuestos generales) y en que los respectivos ejecutivos, que en alguna medida pueden equipararse al Consejo de la Unión, también tienen otorgada la potestad de iniciativa legislativa. Así, se optó por construir un equilibrio entre las instituciones muy estimable que integraba las tendencias supranacionales e intergubernamentales. El poderoso Consejo no podía, ni puede en la actualidad (salvo en el marco del TUE), tomar la iniciativa para elaborar actos comunitarios. Y, además, la Comisión cuando le traslada al Consejo una propuesta de acto comunitario ejerce un considerable control a lo largo de la tramitación del mismo. La posición preeminente de la Comisión en lo relativo a la propuesta de iniciativas de actos comunitarios se explica por su misión de defensa del interés de la Unión, a diferencia del Consejo, integrado por representantes de los Estados miembros que velan por sus intereses respectivos. De manera que el Consejo, desde los Tratados originarios de los años 50 del siglo XX, tiene que tramitar las propuestas de la Comisión, guardiana de los Tratados, que conserva importantes privilegios durante la tramitación de la misma (derecho a retirar la propuesta, exigencia de unanimidad del Consejo para modificar la propuesta, etc.). La privación de la potestad de iniciativa al Consejo, representante de la vertiente intergubernamental de la Unión se compensaba con la privación de dicha potestad al Parlamento que representa la vertiente supranacional de la Unión. De manera que ni para el Consejo ni para el Parlamento; la potestad de iniciativa se otorgaba a la Comisión equidistante de los anteriores.

Sin embargo, la posición de la Comisión Europea no se ha mantenido inalterada en las sucesivas reformas de los Tratados. La primera modificación de su posición tiene lugar con el Tratado de la Unión que excluye de algunos ámbitos a la Comisión y que da entrada a otros operadores de la iniciativa; en particular al Consejo en el marco de la política exterior y de seguridad común. En efecto, la inclusión en el Tratado de la Unión de dos nuevos pilares, el de la política exterior y de seguridad común y el de la política policial y judicial en materia penal supuso la exclusión de la Comisión, que lejos de tener la potestad de iniciativa quedaba relegada a una función difusa, particularmente en el marco de la política exterior; la de estar asociada a los trabajos de la Unión en el marco de dicha política. Y, finalmente, con el Tratado de Lisboa se produce una transferencia de las competencias de la Comisión al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, órgano este que se integra doblemente en la Comisión (como vicepresidente) y en el Consejo (como presidente de su formación de Asuntos Exteriores). Una nueva figura híbrida de futuro incierto. Sin embargo, la potestad de iniciativa que tiene el Alto Representante no es a título de vicepresidente de la Comisión, sino en su vertiente de presidente del Consejo de Asuntos Exteriores, de manera

que la Comisión ha sido, simplemente, excluida de la política exterior y de seguridad común.

Además, el mayor protagonismo del Parlamento Europeo, que se convierte en algunas materias en colegislador con el Consejo, vendrá a alterar los privilegios de la Comisión en el procedimiento legislativo. En efecto, se le atribuirá la potestad de iniciativa al Banco Central Europeo, al mismo nivel que a la Comisión, en los ámbitos concernidos por sus competencias y se reconocerán potestades de iniciativa a los Estados miembros, al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Cuentas. El Tratado de Lisboa vendrá a confirmar la pérdida por la Comisión del monopolio de la iniciativa al expresar el TUE en su artículo 17.2: «Los actos legislativos de la Unión sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa. Los demás actos se adoptarán a propuesta de la Comisión cuando así lo establezcan los Tratados». Es decir, en el estricto ámbito de los actos legislativos, los Tratados otorgan la potestad de propuesta a otras instituciones, y al margen de los actos legislativos la facultad de propuesta de la Comisión tiene que estar prevista expresamente por los Tratados. No resulta sorprendente esta limitación de competencias de la Comisión llevada a cabo por el Tratado de Lisboa, que ha formalizado de modo expreso lo que se había ido introduciendo subrepticamente en reformas anteriores de los Tratados o en prácticas anteriores. No es mi propósito tratar aquí los frecuentes desbordamientos del derecho de los Tratados mediante prácticas que se consagran, por ejemplo, en instrumentos como los acuerdos interinstitucionales, solo dejo nota de uno más de los caracteres singulares de la Unión.

De manera que la potestad de propuesta de actos de la Unión la tienen en la actualidad, además de la Comisión, en el marco del TFUE, los Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Banco Central Europeo, el Tribunal de Cuentas y el Banco Europeo de Inversiones. Se trata, en todo caso, y al margen de la Comisión, de atribuciones de la potestad de iniciativa limitada, a excepción del caso del BCE, que afecta a una materia relevante como la monetaria, en que comparte dicha competencia con la Comisión. Donde no ha conseguido entrar la Comisión ha sido en el marco de la política exterior y de seguridad común, en que las funciones de la Comisión se atribuyen al Consejo y al Alto Representante, política que sigue dibujándose como una política intergubernamental exenta, salvo excepciones, del control del Tribunal de Justicia.

Aunque el Parlamento Europeo y el Consejo no tuvieran la potestad de iniciativa en la configuración primigenia de la Unión podían intervenir en la configuración del calendario legislativo de la Comisión. Así, antes del Tratado de Lisboa, el Consejo y el Parlamento podían dirigirse a la Comisión instándola a que hiciera propuestas exigidas por los Tratados. Y, en el caso de que la Comisión no atendiera el requerimiento de las instituciones en cuestión, éstas podían acudir al Tribunal de Justicia planteando un recurso por omisión. El mecanismo parece adecuado, porque ninguna potestad, tampoco la de iniciativa, debe quedar fuera del control jurisdiccional; en particular cuando la ausencia del ejercicio de la potestad de iniciativa vulnera los Tratados. Pero, más allá de las previsiones de los artículos 225 y 295 del TFUE el *Acuerdo*

*marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea*, firmado el 20 de octubre de 2010 por ambas instituciones y publicado en el Diario Oficial el 20 de noviembre de 2010, pone de evidencia el retroceso sufrido por la Comisión a favor del Parlamento. Resulta evidente que el Parlamento Europeo investido de legitimidad democrática al no poder ganar competencias en relación con el Consejo ha comenzado (pues creo que estamos al principio de un proceso) a ganar competencias a la Comisión; porque el citado Acuerdo no es equilibrado, sino especialmente desequilibrado a favor del Parlamento.

La Unión podría haber evolucionado en la línea de convertir a la Comisión en la única institución con potestad de iniciativa (con la excepción del BCE en el ámbito monetario), es decir, manteniendo el equilibrio primigenio entre las instituciones. Pero no ha sido así. Tampoco se ha dado el paso de conceder al Parlamento una amplia potestad de iniciativa para proponer actos de la Unión (las que se le han reconocido las tenía ya antes del Tratado de Lisboa), pues este paso hubiera supuesto un fortalecimiento considerable de lo supranacional sobre lo intergubernamental que los Estados miembros no están dispuestos a aceptar todavía. La opción que consagra el Tratado de Lisboa es la de trasladar a la potestad de iniciativa de actos de la Unión la extrema complejidad del sistema institucional de la Unión. Se priva a la Comisión del monopolio de propuesta en el marco del TFUE, y se excluye a la Comisión de la política exterior y de seguridad común, en que la facultad de propuesta se comparte entre el Consejo y el Alto Representante. Y se da entrada a los Estados miembros, entre otros operadores, al ejercicio de la potestad de propuesta.

La proliferación de operadores de propuestas de actos de la Unión exigiría la coordinación de dichos operadores. Y dicha coordinación está ausente en los Tratados. La única técnica de coordinación se deduciría del artículo 295 del TFUE, al que antes hemos hecho referencia, que prevé acuerdos interinstitucionales entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión. Acuerdos que pueden ser de gran utilidad, pero el citado precepto se ha olvidado de los demás titulares de la potestad de iniciativa, del Banco Central Europeo, del Alto Representante, de los Estados miembros, e incluso del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Cuentas. Es decir, debiera asumirse la caracterización intraestatal de la Unión y aplicarla al sistema normativo hasta sus últimas consecuencias, lo que sin embargo no se ha hecho, pues ello supondría arbitrar un mecanismo de coordinación de todos los operadores de la potestad de propuesta, de manera que se obtuviera un alto grado de eficiencia en las tareas legislativas de la Unión.

La iniciativa legislativa ciudadana introducida por el Tratado de Lisboa en el Tratado de la Unión es una muestra más de que la reforma de los Tratados adolece de defectos considerables. Así, sería comprensible, como sucede en los regímenes constitucionales de los Estados miembros, que hubieran quedado exentos de la iniciativa ciudadana algunas materias. Es decir, parece razonable que se cree en los ciudadanos el derecho a proponer iniciativas con carácter general salvo excepciones expresas. Sin embargo, se ha optado por un tipo de iniciativa que se conecta



con el ámbito competencial de la potestad de propuesta de la Comisión, cuando la Comisión es solo uno de los titulares de dicha potestad. De manera que se ha reducido extraordinariamente el derecho de los ciudadanos a intervenir en la actividad de la Unión.

### III

Los *operadores legislativos* se han incrementado a imagen y semejanza de los operadores de la potestad de iniciativa de actos de la Unión. Antes del Tratado de la Unión de 1992, los únicos operadores legislativos principales eran la Comisión y el Consejo. Con el TUE se produce el hecho relevante de la incorporación del Parlamento a las tareas legislativas como colegislador, faceta que se irá incrementado, cualitativa y cuantitativamente, con las sucesivas reformas del procedimiento de co-decisión, convertido finalmente en procedimiento legislativo ordinario que ha ampliado el ámbito material de su precedente. Y, además, con el TUE emerge un nuevo operador, el Banco Central Europeo, con competencias normativas propias no subordinadas a ninguna otra Institución.

Desde el Acta Única Europea no solo se institucionalizará el Consejo Europeo sino que éste irá incrementando sus competencias, particularmente en el marco de la política exterior y de seguridad común. Y, además, al margen de la política exterior los gobiernos de los Estados miembros intervendrán directamente en la producción de actos de la Unión de gran trascendencia (por ejemplo el nombramiento de los miembros del Tribunal de Justicia).

Es decir, con las sucesivas reformas de los Tratados los operadores legislativos se han incrementado de modo extraordinario. Pero lo han hecho en dos direcciones la supranacional y la intergubernamental y, particularmente, en detrimento de la Comisión Europea. Así, la incorporación del Parlamento Europeo como colegislador con el Consejo de la Unión ha supuesto el desplazamiento de la primera línea de la Comisión. Difícilmente podía haber sido de otro modo, porque el equilibrio entre lo supranacional (representado antes por la Comisión y después por el Parlamento) y lo intergubernamental (representado por el Consejo) se hubiera roto si la Comisión hubiera mantenido los mismos poderes que en sus inicios. Sin embargo, esta impresión que considero acertada debe matizarse.

La creación de los actos legislativos y los procedimientos legislativos por el Tratado de Lisboa debe observarse desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, en relación con los actos legislativos la Comisión ha mantenido su potestad de propuesta, aunque la participación de la Comisión en el procedimiento se ha limitado considerablemente, sobre todo si la comparamos con la posición de la Comisión en los procedimientos de consulta. Pero, no debe llegarse a la conclusión de que en los Tratados vigentes los actos legislativos ocupen una posición jerárquicamente superior a la de los demás actos de la Unión. Así, el TFUE mantiene dos subsistemas normativos paralelos. Por una parte, el de los actos legislativos y demás actos derivados de

los mismos (actos delegados, actos de ejecución y actos ejecutivos). Y por otra parte, el de los actos del Consejo y la Comisión derivados directamente de los Tratados y no subordinados a los actos legislativos.

Así, el Parlamento y el Consejo, actuando conjuntamente, serían los titulares de la potestad legislativa, los titulares de los actos legislativos. Pero se trata de una mera apariencia, ya que el Consejo y la Comisión en materias de gran relevancia (normas sobre la competencia, económicas, monetarias...) siguen teniendo la competencia de dictar actos de la Unión que, aunque no se puedan denominar actos legislativos, tienen la misma fuerza que éstos, y en caso alguno están subordinados a los mismos.

Pero, además, debe tenerse en cuenta como otro elemento distorsionante del esquema inicial de operadores de actos de la Unión, esto es, el renovado papel del Consejo Europeo. En efecto, éste ha incrementado sus competencias en detrimento del Consejo. Pero, el reparto de competencias entre Consejo Europeo y Consejo no se puede entender, solamente, como un mero ajuste de competencias de las dos instituciones intergubernamentales. Así, considero que el Tratado de Lisboa supone un corte sustancial con la situación anterior, en particular por la creación de la figura del Presidente permanente del Consejo Europeo. La creación de esa nueva figura podría haber servido para introducir ingredientes supranacionales en un contexto intergubernamental, pero tal riesgo se ha neutralizado con la incursión del COREPER a las tareas del Consejo Europeo, así como manteniendo las presidencias rotativas semestrales de los Estados miembros del Consejo. Así, el resultante final ha sido el de incrementar el peso de los caracteres intergubernamentales sobre los supranacionales. La Comisión no se visualiza como la institución preeminente de antaño, con un peso igual al del Consejo Europeo y el Consejo, sino como una institución auxiliar, y el Parlamento Europeo ha ganado posiciones, fundamentalmente, en relación con la Comisión. Y, el Banco Central Europeo, aunque se trate de una Institución de perfil supranacional, se ha convertido en un serio competidor de la Comisión. De manera que el actual equilibrio institucional es, en definitiva, un desequilibrio institucional por la predominancia de lo intergubernamental sobre lo supranacional.

#### IV

Los Tratados vigentes albergan dos tipos de normas, unas heredadas de los Tratados anteriores al Tratado de Lisboa y otras posteriores a éste, que traen causa, con algunas modificaciones, en la *non nata* Constitución Europea. La transformación de las leyes europeas y leyes marco europeas de Constitución Europea en actos legislativos ha introducido confusión, porque los actos legislativos no son otra cosa que actos adoptados por un procedimiento de los que se califican de legislativos, y dichos actos legislativos convivirían con otros actos normativos al mismo nivel que los actos legislativos, a los que no estarían subordinados. De manera que es incorrecto, como dice el artículo 16 del TUE, que la función legislativa corres-

ponda conjuntamente al Consejo y al Parlamento Europeo: La función legislativa corresponde, también, singularmente al Consejo, a la Comisión y al Banco Central Europeo.

La cuestión que debemos plantearnos, pues ese es el objeto de este trabajo, es la de qué repercusiones tiene este doble sistema normativo. Por un lado los actos legislativos, producidos por el Parlamento y el Consejo, el Parlamento con el Consejo o el Consejo con el Parlamento, por un procedimiento legislativo (ordinario o especial), a propuesta de la Comisión, con carácter ordinario, y en algunos supuestos a propuesta de un grupo de Estados miembros, a propuesta de otras instituciones (Parlamento, Banco Central Europeo, Tribunal de Justicia) o del Banco Europeo de Inversiones. A los actos legislativos están subordinados los actos de la Unión que dicte la Comisión como actos delegados, actos de ejecución de los mismos o actos ejecutivos (estos últimos pueden dictarlos, también, órganos y organismos de la Unión). Y, por otro lado, los actos singulares del Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo. Así, el Consejo puede dictar actos de la Unión al margen de los anteriores, no subordinados a los mismos, por sí mismo, en el ámbito del Título V del TUE, o en el marco del TFUE a propuesta de la Comisión. En el ámbito del TUE el Consejo puede dictar, también, actos de ejecución. Y en el marco del TFUE el Consejo puede otorgar a la Comisión la adopción de actos de ejecución, que en todo caso tendrá la potestad de dictar actos ejecutivos (estos últimos pueden dictarlos también órganos u organismos de la Unión). La Comisión puede dictar actos normativos derivados directamente del TFUE, no subordinados ni a actos legislativos ni a actos del Consejo o del Banco Central Europeo, y viceversa. Además, los Gobiernos de los Estados miembros pueden dictar actos ejecutivos, como, por ejemplo, el acto de designación de los miembros del Tribunal de Justicia.

¿Estamos ante cambios sustanciales o, simplemente, ante meras modificaciones formales y equívocas? A mi juicio, los cambios no han sido sustanciales. En efecto, el procedimiento legislativo ordinario es, con ligeras modificaciones, el procedimiento de codecisión. Los procedimientos legislativos especiales existían, sin dicha denominación, en los Tratados precedentes. Y los actos de la Unión derivados de los Tratados, también existían en los Tratados precedentes. A salvo de los actos delegados que son la novedad más sobresaliente, las demás novedades son formales y equívocas. Sin embargo, aunque en lo relativo a los actos no se aprecien cambios sustanciales, sí lo son los demás procedimientos de producción de actos de la Unión, al margen de los procedimientos legislativos. Así, y al margen de las novedades en lo que se refiere a la potestad de iniciativa, a la que antes me referí, se aprecian dos cambios significativos. Por una parte, en lo que se refiere a los procedimientos de elaboración de actos legislativos, la incorporación de los parlamentos nacionales en las tareas legislativas de la Unión. Y por otra parte, en los procedimientos no legislativos la mayor participación de órganos consultivos de la Unión. Con el Tratado de Lisboa y con la excepción de algunos ámbitos materiales (en que Consejo, política exterior, o el Consejo y la Comisión o el Banco Central Europeo, política económica y monetaria, excluyen la intervención de

otras instituciones u órganos de la Unión) en los procedimientos de elaboración de actos de la Unión se ha intensificado la participación del Parlamento Europeo y de los Comités, fundamentalmente, aunque no exclusivamente, de las Regiones y Económico y Social. Se puede decir, sin apenas matizaciones, que los procedimientos de elaboración de actos de la Unión, tanto en las fases previas a la adopción de la potestad de iniciativa como en las posteriores hasta su promulgación, son un ejemplo paradigmático de elaboración coral y de transparencia. Transparencia que se ha incrementado sustancialmente al estipularse por el Tratado de Lisboa el carácter público de las deliberaciones del Consejo en lo concerniente a los actos legislativos.

Volviendo sobre las competencias de la Comisión Europea y la afirmación que hicimos (de que ha sido desplazada del ejercicio de la función legislativa), hay que señalar que dicho desplazamiento lo es más en apariencia formal que en la realidad. En efecto, la Comisión ha perdido formalmente el monopolio de la potestad de iniciativa con el Tratado de Lisboa, pero en realidad el monopolio lo había perdido desde el Tratado Maastricht (entre otras causas por la irrupción del BCE) y, además, siendo cierto que la Comisión no puede dictar actos legislativos, aunque mantiene la potestad ordinaria de proponerlos, esto mismo sucedía con los actos tramitados por el procedimiento de codecisión antes del Tratado de Lisboa.

Sin embargo, curiosamente, ha sido el Tratado de Lisboa el que ha compensado las pérdidas formales que antes hemos señalado, otorgando a la Comisión su nueva competencia para dictar actos delegados y consolidando su competencia para aprobar actos de ejecución; auténtico poder reglamentario. Es pronto para vaticinar si van a proliferar los actos de delegación del Parlamento Europeo y el Consejo, así como de actos de ejecución de actos legislativos. Pues ello no depende del TFUE sino del peso político de las tres instituciones concernidas. El Consejo y el Parlamento Europeo pueden optar por limitar los poderes de la Comisión minimizando en número y contenido los actos de delegación, y constriñendo la operatividad de los actos de ejecución, o, por el contrario, disminuir la densidad normativa de sus actos legislativos cediendo poder normativo a la Comisión que se encargaría de su cumplimentación a través de actos delegados y actos de ejecución. Todo dependerá del juego de fuerzas, del singular equilibrio entre las instituciones que depende no solo del Derecho sino del peso político de los diferentes titulares de las instituciones, como acredita la historia de la Unión.

En todo caso, la pérdida de poder normativo de la Comisión, en forma de actos legislativos, se ha compensado con el incremento de poder por el Parlamento Europeo, considerado por numerosos autores como el gran vencedor en todas las reformas de los Tratados que han tenido lugar hasta nuestros días. Pero esta apreciación debe ser matizada. Un considerable número de autores han postulado en las últimas décadas que el Parlamento Europeo debía aproximarse, en lo que a sus competencias normativas se refiere, a los parlamentos de los Estados miembros. Y es innegable que se ha producido una aproximación del Parlamento Europeo a los modelos nacionales parlamentarios. Dicha aproximación se ha producido en

relación con el Consejo y con la Comisión, pero de modo bien diferenciado. En relación con el Consejo el Parlamento Europeo ha incrementado paulatinamente su posición de colegislador de actos legislativos y de dictaminador de otros actos de la Unión. Pero el Parlamento Europeo no ha avanzado en lo relativo al control del Consejo, en particular en el ámbito de la política exterior y de seguridad común. Tal control sería, en la actualidad, incompatible con el carácter intraestatal de la Unión, en que las fuentes de legitimidad son: en primer lugar los Estados (Consejo Europeo y Consejo) y; en segundo lugar, los pueblos y los ciudadanos (Parlamento Europeo). El Parlamento no puede controlar al Consejo pues sus fuentes de legitimidad son paralelas, aunque se ha creado una apariencia de control ligero a través de las comparecencias del Consejo y del Consejo Europeo ante el Parlamento.

Finalmente, en lo relativo a los actos de la Unión, debemos prestar atención a los actos atípicos. Por de pronto debe decirse que el Tratado de Lisboa ha consagrado la existencia de actos atípicos sin regularlos. Nos interesa diferenciar dos modalidades de actos atípicos. Unos de carácter netamente intergubernamental, por ejemplo las resoluciones del Consejo, acordados en el seno de la Unión sin habilitación alguna ni de los Tratados ni del Derecho derivado. Y otros que tienen lugar en el marco del propio Derecho derivado, en ejercicio de competencias que pueden entenderse como implícitas, como son, por ejemplo, las comunicaciones de la Comisión en ejercicio de sus competencias.

Cuando se ha postulado con insistencia, tanto en documentos oficiales como por los autores, que el Derecho derivado debía simplificarse, una de las opciones que podían vislumbrarse era: o bien la supresión de los actos atípicos o la regulación de los mismos, en los Tratados y por cada una de las instituciones. Pero ninguna de estas opciones ha seguido el Tratado de Lisboa que, por el contrario, ha potenciado los actos atípicos. Y no solo esto sino que la vertiente intergubernamental desregulada se ha visto incrementada de modo extraordinario. Durante la crisis financiera, que todavía sufre la Unión, los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en Consejo Europeo han ido mucho más allá de lo previsto en los Tratados, adoptando acuerdos al margen del Derecho de la Unión desde las instituciones de la Unión; aunque algunos de los acuerdos adoptados se hayan consumado, finalmente, a través de instrumentos de la Unión o convencionales del Derecho internacional. Pero esta circunstancia no hace sino evidenciar que en la actualidad se ha producido en la Unión el contagio de las prácticas de organizaciones internacionales informales del tipo de las G-8 y G-20. Esto es, los Estados tras crear un sistema jurídico que es insuficiente y falto de agilidad para afrontar situaciones de crisis agudas, en aras de una supuesta agilidad y eficacia, en que las garantías democráticas están ausentes, adoptan decisiones, de formas variadas, al margen del Derecho de la Unión. A mi juicio, una cosa es utilizar instrumentos excepcionales en situaciones excepcionales y cosa bien diferente es convertir lo excepcional en normal que es lo que ha sucedido. Pero, al margen de la crítica de la proliferación de actos atípicos, particularmente los que ni están regulados ni derivan expresa o implícitamente de competencias o

de actos típicos, los actos atípicos no pueden olvidarse a la hora de valorar el sistema normativo de la Unión.

La valoración general de los actos de la Unión es negativa en algunos de sus aspectos. La terminología utilizada, particularmente la de actos legislativos, es confusa e inapropiada. Confusa en la medida en que denominaciones y contenidos no son equivalentes, pues crea la apariencia de que se estaría situando en la cúspide del Derecho derivado de la Unión a los actos legislativos, cuando esto es incierto, como hemos señalado más atrás. Y confusas siguen siendo las denominaciones de reglamento, directiva y decisión que responden a la primitiva historia de la Unión. Nada debiera haber impedido adoptar las denominaciones de los sistemas normativos de los Estados miembros de leyes y reglamentos de diferentes tipos. Por lo demás, es confusa, pese a la reforma llevada a cabo por el Tratado de Lisboa, la terminología que se utiliza en el TUE en relación con la política exterior y de seguridad común. Y resulta del todo inapropiada la proliferación desmesurada de actos atípicos exentos de regulación en los Tratados y en el Derecho derivado, que permite poner en cuestión que la Unión esté regida por el Derecho.

Sin embargo, la proliferación de operadores y tipos de actos y procedimientos en el sistema normativo responde con bastante fidelidad a la configuración intraestatal de la Unión. Pero, justamente la composición coral de los operadores de la Unión, que deriva de su compleja estructura intraestatal, es un factor que difícilmente añade transparencia y eficiencia a los procedimientos de adopción de actos de la Unión. En particular, la participación de los Estados miembros y de los parlamentos nacionales en los procedimientos de elaboración de actos legislativos, como custodios del principio de subsidiariedad, puede desestabilizar el ya maltrecho sistema de equilibrios de la Unión. Y dicha participación lejos de aportar legitimación democrática, como se ha pretendido, lo que hace es incrementar el carácter intraestatal de la Unión y dificulta su gobernabilidad.

\* \* \*

**RESUMEN:** Si el Tratado de Lisboa pretendía un mayor fraccionamiento del poder normativo de la Unión, para reflejar el mayor peso del principio intergubernamental sobre el principio supranacional, creo que este objetivo se ha conseguido. La imagen de la Unión dirigida de modo equilibrado por tres instituciones (Consejo, Comisión y Parlamento) nunca fue un fiel reflejo de la realidad, pero no dejaba de ser una aspiración en medio del camino hacia una decidida configuración federal de la Unión. Pero, tras el Tratado de Lisboa, la imagen de los tres poderes se difumina. La Unión se parece más a un coro sin dirección en que muchos, demasiados, operadores compiten sin resultado por dirigirla. El coste de dicho desequilibrio puede ser el de acercarse a los límites de la ingobernabilidad de la Unión.

**PALABRAS CLAVE:** Potestad de iniciativa, operadores legislativos, actos de la Unión, procedimientos de producción de actos, gobernabilidad, carácter intraestatal de la Unión.

**ABSTRACT:** If the Lisbon Treaty meant a greater fragmentation of normative power of the Union, to reflect the greater weight of the first Intergovernmental Panel on supranational principle, I believe that this objective has been achieved. The image of the Union addressed in a balanced way by three institutions (Council, Commission and Parliament) was never a true reflection of reality, but it was still an aspiration in the path toward a strong federal setup of the Union. But after the Lisbon Treaty, the image of the three powers is blurred. The Union is more like a choir without direction in which many, too many, operators competing without result by direct. The cost of this imbalance may be approaching the limits of the lawlessness of the Union.

**KEY WORDS:** Power of initiative, operators legislative acts of the Union acts production processes, governance, intrastate character of the Union.