

# EL SOFT LAW COMUNITARIO

Por

RICARDO ALONSO GARCÍA  
Catedrático de la Universidad Complutense

*SUMARIO: I. Introducción.—II. El soft law ad intra.—III. El soft law ad extra.—IV. El soft law en cuanto avance del hard law.—V. El soft law en cuanto alternativa al hard law.—VI. El soft law en cuanto complemento del hard law.—VII. El soft law en cuanto parámetro de interpretación del hard law.—VIII. Los efectos jurídicos del soft law.—IX. La impugnabilidad del soft law.—X. Un significativo ejemplo del alcance del soft law comunitario en el Derecho español: la STC 224/1999, de 13 de diciembre, sobre acoso sexual.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las características esenciales de la Comunidad Europea consiste en contar con su propio aparato político dotado con facultades para generar Derecho, con poderes para producir *normas jurídicas* a través de las cuales ir concretando los objetivos marcados por el Tratado. Tiene lugar, pues, un desapoderamiento de los Estados miembros, que ceden en favor del aparato institucional comunitario la labor de concreción de las opciones abiertas por el Tratado que, de haber seguido los patrones clásicos de Derecho Internacional, les correspondería a ellos puntualizar.

«Para el cumplimiento de su misión —dispone el artículo 249 TCE—, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes en las condiciones previstas en el presente Tratado.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.»

Lo primero que salta a la vista al leer este precepto es la distinción entre instrumentos de intervención vinculantes y no vinculan-

tes. La naturaleza no vinculante de las recomendaciones y los dictámenes no impide, sin embargo, su calificación como instrumentos jurídicos integrantes del ordenamiento comunitario. Forman parte, junto con otros instrumentos —carentes también en principio de fuerza obligatoria— que el aparato institucional comunitario maneja al margen de la tipología del artículo 249 TCE, de lo que los anglosajones denominan *soft law*, término con el que se pretende aludir a «un fenómeno que presenta las características del “Derecho” en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quien el *soft law* se dirige», pero que al ser mencionado produce la sensación de que «algo falta en la naturaleza jurídica o vinculante del Derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana» (1).

Adelantemos, pues, que la ausencia de efectos vinculantes no implica *per se* ausencia de efectos jurídicos (baste, sin ir más lejos, con recordar las palabras del Tribunal de Justicia en *Grimaldi*, 13 diciembre 1989 —322/88—, donde, refiriéndose a las recomendaciones, y tras recordar su falta de fuerza vinculante por imperativo del artículo 249, matizó que «los citados actos no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos»). Así, y como analizaremos, el *soft law* puede servir de parámetro interpretativo del *hard* —o *proper*— *law*; o para atenuar las responsabilidades que pudieran derivar de las infracciones de éste, en cuanto sometido el infractor de buena fe a las pautas marcadas por aquél; o incluso para determinar la entrada en juego de principios generales del derecho dotados, éstos sí, de fuerza jurídica obligatoria (por ejemplo, *non venire contra factum proprium*, o la protección de la confianza legítima como ingrediente de la seguridad jurídica).

Debe también destacarse que los instrumentos de intervención de las Instituciones mencionados en el artículo 249 TCE [que, como he señalado, no agotan la tipología de su actividad, pues a la misma deben añadirse —en el contexto tanto del *soft* como del *hard law*— otros instrumentos de la más variada índole y denominación presentes en la práctica comunitaria (2)] están pensados para producir

(1) TAMMES, «Soft Law», en *International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Ed. Martinus Nijhoff, La Haya, 1983, pág. 187.

(2) Tal práctica, no exenta de críticas sobre todo por lo que se refiere a los instrumentos de alcance vinculante *ad extra* (tanto doctrinales *stricto sensu* —caso, ya en 1983, de JOLIET, *Le Droit institutionnel des Communautés Européennes: Les institutions, les sources, les rapports entre ordres juridiques*, Faculté de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Liège, Lieja, 1983, págs. 184 y ss.— como institucionales —especialmente significativa fue la del Consejo de Estado francés en su *Rapport Public 1992*, Etudes & Documents, núm. 44, La Documentation Française, París, 1993, págs. 22-24—), ha recibido el respaldo del Tribunal de Justicia, como veremos, a través de una consolidada jurisprudencia fundamentada en el análisis del contenido de la actividad en cuestión en detrimento de

efectos *ad extra*, esto es, en la esfera jurídica de los Estados miembros y de los ciudadanos.

A ellos deben añadirse todos aquellos otros destinados *esencialmente* a presidir *ad intra* el funcionamiento del aparato institucional comunitario y a sentar, en su caso, reglas de juego interinstitucionales (y digo *esencialmente* porque, según sostiene el propio Tribunal de Justicia, «nada se opone a que una normativa relativa a la organización interna de la actividad de una Institución genere efectos jurídicos con respecto a terceros»: *Países Bajos v. Comisión*, 30 abril 1996 —58/94—, confirmando la doctrina sentada en *Comisión v. BASF e.a.*, 15 junio 1994 —137/92 P—).

En unos casos, reciben la misma denominación que los enunciados en el artículo 249 [caso de los *reglamentos* internos de las instituciones, órganos y administraciones instrumentales creados en el seno de la Comunidad o de las *decisiones* que prevén su creación misma; caso también de las *directivas* —directrices en la versión española— del Consejo encuadrando la acción exterior de la Comisión (3) o de los *dictámenes* igualmente enmarcados en el propio proceso comunitario decisorio]; en otros, su denominación es formalmente atípica (declaraciones, acuerdos interinstitucionales, *modus vivendi*, códigos de conducta). El alcance jurídico, muy debatido, de estos instrumentos no coincide con el atribuido por el Tratado a los mencionados en el artículo 249, no ya porque, como señalaba, su eficacia se desenvuelva esencialmente en el terreno *ad intra*, sino porque incluso en dicho terreno pueden tener un alcance diametralmente opuesto al previsto para sus homónimos *ex* artículo 249 (piénsese, por ejemplo, en los *dictámenes* emitidos por el Parlamento en el marco del procedimiento conforme, de efectos obligatorios; de hecho, los dictámenes parlamentarios, consultivos y conformes, están contemplados no en el art. 249, sino en el 192).

---

su presentación formal. Con otras palabras, lo esencial para determinar si un instrumento tiene o no naturaleza vinculante estaría, según el Tribunal, no tanto en su cuerpo como en su alma.

(3) En la versión española se utiliza la expresión «directiva» en el contexto del artículo 249 y «directriz» en el de los artículos 133 y 300 (con relación al engranaje interinstitucional en el marco —particular— de la política comercial común y —general— de las relaciones exteriores comunitarias —en concreto, a los efectos de especificar, respectivamente, que la Comisión negociará los acuerdos con terceros Estados u organizaciones internacionales «en el marco de las *directrices* que el Consejo pueda dirigirle» y «de acuerdo con las *directrices* que el Consejo pueda marcarle»—), mientras que en las versiones inglesa, francesa, italiana y portuguesa el término empleado es el mismo —«directiva»— en todos los preceptos mencionados.

II. EL *SOFT LAW AD INTRA*

El artículo 10 TCE dispone: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado».

Así como el precepto transcrito consagra, con carácter general, el principio de cooperación leal de los Estados miembros con la Comunidad, falta en el Tratado precepto similar referido, con el mismo carácter general, a las relaciones interinstitucionales en el seno de la propia Comunidad.

Encontramos, sí, en determinados casos, una remisión del Tratado a las Instituciones para que establezcan entre ellas mecanismos de cooperación (caso del art. 218, que prevé la mutua consulta entre el Consejo y la Comisión, remitiendo a un común acuerdo las modalidades de colaboración, o del art. 193, que remite la determinación de las modalidades del derecho de investigación del Parlamento —a través de comisiones temporales— a un común acuerdo entre éste, el Consejo y la Comisión), e incluso una regulación directa y bastante detallada de la cooperación interinstitucional en el terreno de los procesos decisorios (en concreto, en sus modalidades de codecisión —art. 251— y cooperación —art. 252—, y del procedimiento presupuestario —art. 272—).

Es, sin embargo, cuando el Tratado guarda silencio al respecto, o cuando su regulación particular (caso de los recién mencionados 251, 252 y 272 TCE) presenta lagunas, cuando se plantea la existencia o no de un principio *general* de cooperación interinstitucional que imponga a las Instituciones la obligación de llegar a acuerdos a través de los cuales cubrir las insuficiencias del Tratado.

Planteada la cuestión en estos términos, el Tribunal de Justicia, refiriéndose al procedimiento presupuestario de la Comunidad, tras recordar que el mismo reposaba esencialmente sobre el diálogo institucional, sostuvo en *Grecia v. Consejo*, 27 septiembre 1988 (204/86), que «en el marco de este diálogo prevalecen los mismos deberes de cooperación leal que, como el Tribunal de Justicia ha admitido, rigen las relaciones entre los Estados miembros y las Instituciones comunitarias» (4).

---

(4) La última Conferencia Intergubernamental hizo eco en Niza de esta doctrina en la *Declaración relativa al artículo 10 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*,

El principal problema que plantean los mecanismos de cooperación interinstitucional, plasmados, se insiste, bajo las más diversas formas (declaraciones, acuerdos, *modus vivendi*, códigos de conducta...) y operando en ámbitos variables (pues aun predominando los de naturaleza procedimental, no son pocos los que tienen pretensiones sustantivas —valga como ejemplo significativo de éstos la *Declaración común Parlamento-Consejo-Comisión de 5 de abril de 1977, sobre los derechos fundamentales*—), es el de su alcance *jurídico*, más allá del puramente *político*; problema éste a su vez vinculado con el alcance que se reconozca al *soft law* comunitario.

En la doctrina, encontramos desde quien excluye que tales declaraciones o acuerdos tengan «un lugar en el mundo jurídico», limitando su eficacia —no por ello carecedora de importancia— al terreno político (5), hasta quien afirma que «si las Instituciones están obligadas conforme a Derecho a cooperar, entonces los resultados de tal cooperación deben, necesariamente, tener también fuerza jurídica» (6), pasando por quien sostiene que no es posible dar una respuesta general al problema al ser decisiva la intención de los protagonistas en cada caso, de manera que «si resulta de la voluntad expresa de los autores y de los términos utilizados que no han pretendido vincularse, es difícil ver en su acuerdo algo distinto de un compromiso político», mientras que «si la intención de vincularse es clara, sea unilateral o convencional, el acto debe ver reconocidos sus efectos» (7).

---

en la que recuerda que: «El deber de cooperación leal que se deriva del artículo 10 y que rige las relaciones entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias, rige también las relaciones entre las propias instituciones comunitarias. Por lo que respecta a las relaciones entre las instituciones, cuando en el marco de dicho deber de cooperación leal sea necesario facilitar la aplicación de las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión podrán celebrar acuerdos interinstitucionales. Estos acuerdos no podrán modificar ni completar las disposiciones del Tratado y sólo podrán celebrarse con el consentimiento de las tres instituciones».

(5) Caso de BERNHARDT, «Las fuentes del Derecho Comunitario: la "Constitución" de la Comunidad», en *Treinta años de Derecho Comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1984, pág. 84.

(6) BIEBER, *The Settlement of Institutional Conflicts on the Basis of Article 4 of the EEC Treaty*, «Common Market Law Review», 1984 (3), pág. 521.

(7) JACQUÉ, «La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire», en *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrecht* (eds. BIEBER y RESS), Ed. Nomos, Baden-Baden, 1987, págs. 403-404. No obstante lo cual, no debe olvidarse, como puntualiza el propio JACQUÉ, que «un compromiso político no es un compromiso sin valor, sino un compromiso cuya ruptura no puede ser sancionada en el plano jurídico»; la sanción, en tal caso, será de naturaleza política, de manera que «la víctima de la violación podrá practicar legítimamente represalias de orden político absteniéndose de respetar ciertos de sus compromisos políticos», constituyéndose «el temor a la guerrilla institucional en una de las garantías del respeto de los compromisos políticos».

Por mi parte, y como he sostenido en otro lugar (8), me inclino hacia esta última dirección propuesta por JACQUÉ (que, por lo demás y como veremos a continuación, es hacia la que parece apuntar el Tribunal de Justicia), quien además no descarta la posibilidad de que un compromiso en principio político pueda convertirse con el paso del tiempo, a través de la práctica reiterada, en jurídicamente obligatorio —excluida en todo caso la práctica *contra legem* (9)—, a lo que debería añadirse, creo, la posibilidad de entrada en juego de principios generales del Derecho como el de *non venire contra factum proprium*, el de confianza legítima o, simplemente, el de buena fe, aplicados al terreno de las relaciones interinstitucionales; y ello sin olvidar la también posibilidad de configuración de estas relaciones interinstitucionales como ese *tertium genus* que es el *soft law*, lo que nos situaría en un terreno más próximo a lo jurídico en detrimento de lo político aun en ausencia de obligatoriedad (10).

Sin pronunciarse de modo directo sobre la cuestión, alguna pista ofreció el Tribunal de Justicia al respecto en los asuntos *Advernier v. Comisión* (211/80) y *Andersen v. Parlamento* (262/80), ambos resueltos por sentencias de 19 enero 1984.

En ellos los recurrentes alegaron, entre otros motivos, que la disposición impugnada no había seguido en su elaboración un determinado procedimiento convenido por el Parlamento, el Consejo y la Comisión (en concreto, la *Declaración común de 4 de marzo de 1975, relativa al establecimiento del procedimiento de concertación*), cuya aplicación había sido solicitada por el Parlamento; alegación que fue desestimada por el Tribunal porque los recurrentes no habían razonado la concurrencia en el caso de las condiciones determinantes de la entrada en juego del procedimiento en cuestión, fijadas en la propia Declaración, lo que pareció dejar abiertas las puertas a la posibi-

---

(8) *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 57-58.

(9) Cit., págs. 400-403.

(10) Y en la medida en que estos acuerdos interinstitucionales llegaran a configurarse como *soft law*, su función en el contexto ordinamental interno bien podría asimilarse en muchos aspectos al que desempeña el *soft law* con destino *ad extra*. Así, y como veremos, podría actuar, igual que éste, como avance del *hard law*, como alternativa al *hard law*, como complemento del *hard law* y como parámetro de interpretación del *hard law*. Tal podría ser el caso, como ha advertido MONAR —*Interinstitutional Agreements: The Phenomenon and Its New Dynamics after Maastricht*, «Common Market Law Review», 1994 (4), págs. 693 y ss.—, de acuerdos interinstitucionales entre cuyos protagonistas figura el Parlamento y a través de los cuales éste ha pretendido bien potenciar su papel en ámbitos en los que las correspondientes reformas del Tratado no habrían satisfecho sus expectativas de aumento de prerrogativas (lo que nos situaría en un contexto de alternativa al *hard law*), bien —coexistiendo en su caso con la función recién mencionada— preparar el camino para futuras reformas en una determinada dirección (lo que nos situaría en un contexto de avance del *hard law*).

lidad de reconocer efectos jurídicos a la misma, invocables, además y en su caso, por terceros.

Posteriormente, en *Consejo v. Parlamento*, 3 julio 1986 (34/86), y *Grecia v. Consejo*, 27 septiembre 1988 (204/86), el Tribunal se limitaría, en lo concerniente a la clasificación de los gastos del Presupuesto, a remitir a las partes, sin mayores puntualizaciones, al método de negociación instituido por la *Declaración común Parlamento-Consejo-Comisión de 30 de junio de 1982, relativa a diferentes medidas dirigidas a garantizar un mejor desarrollo del procedimiento presupuestario* (11).

Hubo que esperar hasta *Comisión v. Consejo*, 19 marzo 1996 (25/94), donde el Tribunal, sin mayores disquisiciones, anuló una Decisión del Consejo por vulneración de un *Arreglo entre la Comisión y el Consejo sobre la preparación de las reuniones, declaraciones y votaciones en el seno de la FAO —Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación—*, de cuyos términos dedujo el Tribunal «que las dos Instituciones han pretendido vincularse recíprocamente», advirtiendo al respecto que el Consejo, por su parte, no había discutido su alcance en ningún momento del procedimiento (FJ 49) (12).

---

(11) Actualmente sustituido por el *Acuerdo Interinstitucional Parlamento-Consejo-Comisión de 6 de mayo de 1999, sobre la disciplina presupuestaria y la mejora del procedimiento presupuestario*.

(12) Y eso que no habían faltado en la doctrina quienes, como SACK, se habían pronunciado sobre la naturaleza no vinculante del Arreglo —*The European Community's Membership of International Organizations*, «Common Market Law Review», 1995 (5), pág. 1256—.

Concretamente, el Tribunal consideró que la Decisión en cuestión, al atribuir a los Estados miembros el derecho de voto en el seno de la FAO en una materia que en lo esencial era competencia de la Comunidad (la promoción del cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por buques pesqueros que faenan en alta mar), vulneró el apartado 2.3 *in fine* del Arreglo, según el cual:

«Cuando un punto del orden del día se refiera a materias que contengan elementos que sean competencia tanto de los Estados miembros como de la Comunidad, el objetivo que se ha de perseguir será el de lograr una posición común. Si se puede alcanzar una posición común:

- la Presidencia expresará la posición común cuando el asunto pertenezca fundamentalmente a un sector que no sea competencia exclusiva de la Comunidad. Los Estados miembros podrán intervenir para apoyar y/o completar la declaración de la Presidencia. Los Estados miembros votarán de conformidad con la posición común;
- la Comisión expresará la posición común cuando el asunto pertenezca fundamentalmente a un sector de competencia comunitaria exclusiva. Los Estados miembros podrán intervenir para apoyar y/o completar la declaración de la Comisión. La Comisión votará de conformidad con la posición común.»

Apenas un mes después, en *Países Bajos v. Consejo*, 30 abril 1996 (58/94), tras confirmar que los acuerdos interinstitucionales no escapaban de su doctrina conforme a la cual «es posible ejercitar un recurso de anulación en lo que respecta a todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, que tienden a producir efectos jurídicos», entró el Tribunal en el análisis del contenido del *Código de Conducta, adoptado de común acuerdo por el Consejo y la Comisión el 6 de diciembre de 1993, relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión*, con el fin de resolver si reconocerle o no como portador de tales efectos jurídicos, pronunciándose negativamente al respecto al considerar que constituía «la expresión de una mera coordinación voluntaria» (FJ 7) (con palabras del Abogado General Tesauró, y tal y como había sostenido con carácter principal el propio Gobierno neerlandés, se trataba de «un acuerdo de carácter esencialmente político»).

A la luz de los mencionados pronunciamientos, podemos concluir afirmando que: 1) el Tribunal admite inequívocamente como principio que los acuerdos interinstitucionales pueden producir efectos jurídicos, incluidos efectos de naturaleza vinculante; y 2) que en la determinación de cuáles sean en cada caso los efectos —políticos o jurídicos— de cada acuerdo habrá que prestar especial atención a sus términos [asumido que las más de las veces, como advierte HUIBAN, las Instituciones intentarán moverse en el terreno de la indefinición, evitando encorsetamientos rígidos —normalmente de la mano del Derecho— que a la larga podrían menoscabar la puesta en práctica misma del principio de cooperación leal interinstitucional (13)].

---

Asumido por las propias partes que la materia en cuestión era de competencia mixta y que se había alcanzado una posición común al respecto, el Tribunal consideró que dicha posición común, al versar en lo esencial sobre una competencia comunitaria, debía haber sido expresada y votada por la Comisión de conformidad con el segundo subapartado, el cual fue vulnerado al optar el Consejo por el sistema de votación del primer subapartado.

(13) «Les accords inter-institutionnels dans l'Union Européenne», en *Problèmes actuels de Droit Communautaire*, Ed. Panthéon/Assas-Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1998, pág. 146. La propia HUIBAN, adentrada en la búsqueda de la intención de vincularse o no jurídicamente, considera que «es evidente que una tal intención de vincularse —que puede deducirse de las disposiciones mismas del acuerdo o de declaraciones realizadas al respecto por las Instituciones— no se puede encontrar en acuerdos formulados en condicional o que prevean simplemente orientaciones vagas para el futuro»; y advierte, por otro lado, que «en ciertos ámbitos necesitados más que otros de la concertación entre las Instituciones sería más fácil descubrir una voluntad por parte de éstas de vincularse» (págs. 149-150). De hecho, es probable que en *Comisión v. Consejo* (25/94), recién citado, tuviera un importante peso en la determinación del Tribunal a la hora de admitir la eficacia vinculante del *Arreglo sobre la preparación de las reuniones, declaraciones y votaciones en el seno de la FAO* que el terreno sobre el que versaba estuviera conectado con la —como recuerda el propio Tribunal (FJ 48)— varias veces por él proclamada «exigencia de una uni-



### III. EL SOFT LAW AD EXTRA

Comencemos por destacar que el artículo 249 TCE, al referirse a las recomendaciones y los dictámenes, se limita a declarar su naturaleza no vinculante (a diferencia de lo que sucede con los instrumentos vinculantes, cuyas particulares características se encarga el mismo precepto de detallar).

La primera consecuencia de tal falta de concreción conceptual es precisamente la falta de claridad a la hora de distinguir cuándo debe recurrirse a las recomendaciones y cuándo a los dictámenes. Según CORTESE, las recomendaciones implicarían una invitación a actuar en un determinado sentido (estaríamos, pues, ante manifestaciones de voluntad), mientras que los dictámenes se limitarían a enunciar el punto de vista de su autor respecto de la legitimidad u oportunidad de decisiones ajenas (serían, en consecuencia, manifestaciones de

---

dad de representación internacional de la Comunidad», que implicaría, especialmente en ámbitos de competencia mixta, el deber de las Instituciones y de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para garantizar una «estrecha cooperación tanto en el proceso de negociación y de celebración como en la ejecución de las obligaciones contraídas». Así lo considera ADAM, quien, por otro lado, critica —con cierta razón— que el Tribunal se ahorrra la más mínima aclaración acerca de la naturaleza del Consejo —en cuanto Institución representativa de los intereses de los Estados miembros— a la hora de afirmar que «el punto 2.3 del Arreglo celebrado entre el Consejo y la Comisión constituye la aplicación, en el seno de la FAO, de la obligación de cooperación entre la Comunidad y sus Estados miembros» (FJ 49) —*Sul diritto di voto della Comunità Europea in seno alla FAO per l'adozione di accordi in materia di pesca*, «Il Diritto dell'Unione Europea», 1997 (1/2), pág. 182—.

Debe reiterarse, por lo demás, la potencial aptitud de los mecanismos de cooperación interinstitucional para moverse también en el terreno de los efectos jurídicos no vinculantes propio del *soft law*. Sirva a título de ejemplo la ya mencionada *Declaración común sobre los derechos fundamentales* (1977), manifestación de una cooperación interinstitucional en la que, además de las Instituciones formalmente implicadas (Parlamento, Consejo y Comisión), también jugó un papel protagonista el propio Tribunal de Justicia tanto en su origen como en su ulterior andadura. En efecto, subrayada por las Instituciones firmantes «la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», sucede que la misma había sido ya proclamada poco antes, en términos muy similares a la Declaración, por el Tribunal (particularmente en *Nold v. Comisión*, 14 mayo 1974 —4/73—). Es más, el objetivo de la Declaración, ya apuntado por la Comisión en su *Informe sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario transmitido al Parlamento y al Consejo el 14 de febrero de 1976*, fue confirmado por dicha Institución días más tarde al contestar a la pregunta de un parlamentario («DOCE», 1977, C 168): conferir «mayor legitimación al poder judicial, aportando el apoyo de las tres Instituciones responsables en materia legislativa y administrativa», permitiendo al mismo tiempo, «en caso de duda, una interpretación conforme a los derechos fundamentales de los actos jurídicos por ellas adoptados». Y apenas dos años después, el Tribunal hacía a su vez eco de la Declaración en *Hauer*, 13 diciembre 1979 (44/79), confirmando y reforzando el papel de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y del Convenio Europeo de Derechos Humanos como especial fuente de inspiración en la configuración pretoriana de los derechos fundamentales comunitarios.

juicio). La propia CORTESE, sin embargo, admite que si se deja a un lado la actividad consultiva incardinada en el proceso decisorio comunitario, que es el terreno natural de los dictámenes, la frontera entre ambos instrumentos se difumina (14); lo que viene a ser la regla general si se asume, como asumo, que los dictámenes contemplados por el artículo 249 no son los propios de la función consultiva en el proceso decisorio comunitario, sino instrumentos destinados a incidir fuera del marco institucional comunitario (15).

Por lo demás, puede señalarse que los dictámenes *ad extra* son escasos en la práctica comunitaria, habiéndose generalizado, por lo que a la Comisión se refiere, el recurso a unos instrumentos atípicos denominados *comunicaciones*, a través de las cuales pretende, las más de las veces, presentar de manera *sistemática* los principios que presiden un determinado sector, aportando precisiones, generalmente de la mano de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia de Luxemburgo, a partir de las cuales ofrecer a las Administraciones nacionales y a los operadores económicos un marco de referencia claro y coherente (16).

---

(14) *Le raccomandazioni nel Diritto de la CEE*, «Rivista di Diritto Europeo», 1989 (3/4), págs. 355-356.

(15) Prueba de ello es que si el artículo 249 estuviera pensando en la función consultiva presente en el proceso decisorio comunitario, debería haber incluido —lo que no hace— entre las Instituciones con capacidad para emitir dictámenes al Parlamento considerado individualmente (i.e., no sólo conjuntamente con el Consejo), por no hablar de los órganos comunitarios por naturaleza consultivos (i.e., el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social).

Por otro lado, el artículo 211, al enunciar las funciones que el Tratado encomienda a la Comisión, distingue perfectamente entre la formulación de recomendaciones y dictámenes (segundo inciso) y la participación en la formación de los actos del Consejo y del Parlamento (tercer inciso).

Tampoco deben entenderse incluidos entre los dictámenes a que se refiere el artículo 249 los de alcance claramente individual que emite la Comisión en el marco de un proceso por incumplimiento (art. 226 TCE), actos éstos de trámite incardinados en un procedimiento de naturaleza jurisdiccional (en su fase precontenciosa, pero que determinan, como es sabido, el desenvolvimiento ulterior del procedimiento, incluida su fase propiamente contenciosa). De hecho, también distingue perfectamente el recién mencionado artículo 211 entre la formulación de recomendaciones y dictámenes (como acabamos de ver, segundo inciso) y la función de velar por la correcta aplicación del Derecho Comunitario (primer inciso).

Obvio es, finalmente, que quedan también fuera del artículo 249 los dictámenes del Tribunal de Justicia emitidos en el marco del control previo de los tratados internacionales (art. 300.6 TCE).

(16) Junto con las mencionadas *comunicaciones interpretativas* [que pueden también tener destino *ad intra*, caso de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia «Kalanke»* —COM (96) 88 final—] cabe destacar otros instrumentos igualmente atípicos integrantes también, en ocasiones, del *soft law* comunitario. Es el caso de los *memoranda*, los cuales, amén de su función de respaldo de borradores normativos, desempeñan a veces un papel prácticamente idéntico a las comunicaciones interpretativas. Valga como ejemplo el *Memorandum de la Comisión sobre los derechos adquiridos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas* —COM (97) 85 final—, que lleva precisamente por subtítulo «Criterios interpretativos so-

Precisado que mientras las recomendaciones pueden proceder tanto del Consejo como de la Comisión, las comunicaciones son un instrumento propio de la Comisión, y que aquéllas se publican como regla general en la *Serie L* del «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», mientras que es la *Serie C* el lugar natural de éstas en cuanto actos atípicos, es momento de detenerse en el análisis de las variantes que presenta el *soft law* comunitario.

---

bre la aplicación de la Directiva 77/187/CEE del Consejo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo».

Es el caso, también en ocasiones, de los *códigos de conducta* destinados a orientar el comportamiento de las autoridades públicas nacionales y operadores privados (distintos, pues, de los códigos de conducta cuyos efectos se desenvuelven esencialmente en el marco interinstitucional comunitario, y de aquellos otros que, aunque así denominados, se enmarcan formalmente en reglamentos participando de la fuerza vinculante propia de éstos, como el Reglamento 2299/89/CEE del Consejo, por el que se establece un código de conducta para los sistemas informatizados de reservas de viaje). Valga también como ejemplo el *Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas de 1 de diciembre de 1997*, adoptado por Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo; forma ésta la de las *resoluciones* del Consejo (completada con la intervención a título intergubernamental —no supranacional— de los Estados miembros en ámbitos, como el recién mencionado, considerados de competencia mixta —comunitaria y nacional—) que, junto con sus *declaraciones, conclusiones* y demás posiciones atípicas, pueden también integrar, con distinto alcance en función de su contenido, el *soft law* comunitario.

Y es que, en definitiva, todos estos instrumentos atípicos no dejan de presentarse, como señala ANTONIOLI refiriéndose en particular a las comunicaciones *in genere* [i.e., no sólo las interpretativas (existiendo diversas clasificaciones al respecto, incluida la del Abogado General Tesauro en *Francia v. Comisión, 20 marzo 1997 —57/95—*)], como «una vasta constelación en la que, en realidad, puede vislumbrarse una suma de actos cuyo objeto se muestra —a menudo— como voluble y cuyos efectos parecen —a veces— inciertos en el ordenamiento comunitario y, más aún, en los ordenamientos nacionales» —*Le comunicazioni della Commissione fra Diritto comunitario e Diritto interno*, «Rivista di Diritto Pubblico Comunitario», 1995 (1), pág. 42—.

Sin ir más lejos, puede advertirse que las referidas *resoluciones* del Consejo pueden en ocasiones actuar a modo —según acabamos de ver— de *soft law* y en otras como *hard law* [valga como ejemplo la *Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo en relación con la libre circulación de mercancías de 7 de diciembre de 1998* —publicada en la *Serie L* del «Diario Oficial»—, en la que se conviene, entre otras cuestiones, en que «los Estados miembros acuerdan garantizar la existencia de vías de recurso rápidas y eficaces para toda persona que haya sido perjudicada a consecuencia de una infracción del Tratado provocada por obstáculos de los contemplados en el artículo 1 del Reglamento (CE) 2679/98» y se comprometen «a adoptar todas las medidas razonables y proporcionadas para informar a las personas afectadas por una infracción del Tratado de estas características acerca de la existencia de tales recursos y del procedimiento que han de seguir para hacer valer sus derechos»].

Dicho todo lo cual, es de resaltar la práctica consolidada desde la primera ampliación de las Comunidades de incorporar en la Primera Parte de los Tratados de Adhesión, dedicada a los «Principios», un precepto —art. 3.3— en el que se establece que «los nuevos Estados miembros se hallan en la misma situación que los Estados miembros respecto de las declaraciones, resoluciones u otras posiciones adoptadas por el Consejo, así como respecto de aquellas relativas a las Comunidades Europeas adoptadas por los Estados miembros; por consiguiente, respetarán los principios y orientaciones que se desprenden de las mismas y adoptarán las medidas que puedan resultar necesarias para asegurar su aplicación» (ello en el bien entendido, como señalaría el Tribunal en *Hurd, 15 enero 1986 —44/84—*, que el mencionado precepto «no atribuye sin embargo ningún efecto jurídico adicional a los actos a los que se aplica»).

Aunque pueden encontrarse diversas y extensas clasificaciones doctrinales al respecto, por mi parte, y concentrándonos en el *soft law* con destino *ad extra*, creo que pueden agruparse en torno a las cuatro funciones esenciales que puede estar llamado a desempeñar, a saber: en cuanto avance del *hard law*, en cuanto alternativa al *hard law*, en cuanto complemento del *hard law* y en cuanto parámetro de interpretación del *hard law*.

#### IV. EL *SOFT LAW* EN CUANTO AVANCE DEL *HARD LAW*

En primer lugar, puede el *soft law* ser *remedio* en momentos no idóneos, desde un punto de vista político, económico o incluso técnico, para una intervención de la Comunidad con carácter imperativo en un determinado sector; actuando como preparación —política, económica o técnica— de intervenciones imperativas futuras, vía *hard law* (17).

Más allá, pues, de abrir un compás de espera enmarcado en un contexto voluntario de referencia común, el recurso al *soft law* puede servir para explorar, antes de una intervención de naturaleza imperativa, posibles reacciones de las autoridades públicas nacionales y de los operadores privados, obteniendo así la Comunidad una más completa visión del desenvolvimiento de los intereses en juego que puede resultar esencial a los efectos de una mejor eficacia futura, llegado el caso, del *hard law* (18).

(17) Así lo destaca CORTESE, cit., págs. 378-379.

(18) Ejemplos al respecto no faltan, pudiendo mencionarse, a título indicativo, la apertura del mercado de las telecomunicaciones, que arranca con dos Recomendaciones del Consejo de 1984 cuyas respectivas rúbricas son bien significativas: la *Recomendación relativa a la puesta en marcha de la armonización en el campo de las telecomunicaciones* (84/549/CEE), y la *Recomendación relativa a la primera fase de apertura de los contratos públicos de telecomunicaciones* (84/559/CEE). O la armonización operada en el sector bancario, codificada en la *Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio*, en cuyos orígenes desempeñaron un papel importante las *Recomendaciones sobre grandes riesgos de las entidades de crédito* (87/62/CEE) y *sobre el establecimiento de un sistema de garantía de depósitos* (87/63/CEE). A ellas hacen expresa referencia las exposiciones de motivos de la *Segunda Directiva del Consejo para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE* (89/780/CEE), y de la *Directiva del Consejo sobre supervisión y control de las operaciones de gran riesgo de las entidades de crédito* (92/121/CEE), pudiendo leerse en esta última: «... considerando que las orientaciones comunes sobre la supervisión y control de los riesgos de las entidades de crédito fueron inicialmente introducidas por medio de la Recomendación 87/62/CEE de la Comisión; que tal instrumento se eligió porque permitía adaptar de forma gradual los sistemas existentes y establecer nuevos sistemas sin causar, por ello, perturbaciones en el sistema bancario de la Comunidad; que, habiendo concluido esta primera fase, conviene ahora adoptar un acto vinculante aplicable a todas las entidades de crédito de la Comunidad...».

Cabe añadir que esta «técnica de sondeo» puede utilizarse no sólo para facilitar el despegue de iniciativas comunitarias llamadas a transformarse en *hard law*, sino también para facilitar el paso, allí donde ya existe regulación comunitaria armonizadora, hacia una regulación unificadora (19).

Finalmente, debe también destacarse que el recurso inicial al *soft law* ha sido práctica tradicional en el desenvolvimiento de la Comunidad en sectores en que resultaba dudosa su competencia para intervenir, sembrando por la vía de decisiones políticas de naturaleza programática el terreno para ulteriores intervenciones de naturaleza vinculante (20).

## V. EL *SOFT LAW* EN CUANTO ALTERNATIVA AL *HARD LAW*

Admitida en todo caso la posibilidad del recurso al *soft law* en cuanto «opción positiva» y no sólo en cuanto «segunda mejor opción» frente al *hard law* (21), el *soft law* se presentará como «remedio» cuando no se den las circunstancias necesarias para ulteriores intervenciones de naturaleza imperativa (22). Y junto a condiciona-

(19) Cfr. CORTESE, cit., págs. 377-378.

(20) Ejemplo paradigmático es la política medioambiental, incorporada al abanico competencial comunitario con el Acta Unica Europea. Según nos informa ORTUZAR ANDECHAGA, las intervenciones de la Comunidad en esta materia, progresivamente impregnadas de naturaleza imperativa, arrancan de una comunicación de la Comisión de 22 de julio de 1971 —SEC (71) 2616 final— en la que se consideraba la calidad de los recursos naturales y de las condiciones de vida como elementos integrantes de la noción de desarrollo económico —*El Medio Ambiente en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea: aspectos jurídicos*, «Noticias CEE», 1989 (53), pág. 80—.

(21) HOWELLS, «Soft Law in EC Consumer Law», en *Lawmaking in the European Union* (eds. CRAIG y HARLOW), Ed. Kluwer Law International, Londres-La Haya-Boston, 1998, pág. 330.

(22) Valga como ejemplo la política seguida por las Instituciones comunitarias en materia de acoso sexual (cfr. BEVERIDGE y NOTT, «A Hard Look at Soft Law», en *Lawmaking in the European Union*, cit., págs. 297 y ss.). En 1984, el Consejo adoptó la *Recomendación relativa a la promoción de acciones positivas a favor de las mujeres* (84/635/CEE), en la que invitaba a los Estados miembros a adoptar acciones tendentes a potenciar «el respeto de la dignidad de las mujeres en el lugar de trabajo». Dos años más tarde decidió en una reunión informal solicitar de la Comisión una exploración al respecto, a resultados de la cual un informe de 1987 (*Informe Rubenstein*) recomendó la adopción de una Directiva sobre la prevención del acoso sexual en el trabajo. A pesar de las críticas del Parlamento por la debilidad del *soft law* frente al *hard law*, el Consejo optó finalmente por adoptar una *Resolución relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo* (90/C 157/02) en la que invitaba a los Estados miembros a adoptar medidas al respecto (en concreto: elaborar campañas de información y mentalización para trabajadores y empresarios dirigidas a combatir conductas no deseadas de naturaleza sexual y otros comportamientos basados en el sexo que pudieran afectar a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo; recordar a los empresarios su responsabilidad a la hora de garantizar un entorno laboral excluyente de tales conductas; desarrollar medidas en el sector público a los efectos de servir como ejemplo para el privado; y facilitar a los interlocutores sociales la inclusión de cláusulas adecuadas al respecto en los correspondientes convenios colectivos) y a la

mientos que pueden tener un carácter coyuntural, existen otros de tipo jurídico, que giran en torno al principio comunitario de atribución de competencias, cuya intensidad puede aumentar gradualmente hasta hacer del *soft law* la única intervención posible por parte de la Comunidad.

Tal es el caso de los condicionamientos que derivan de los principios de subsidiariedad (23) y proporcionalidad, incorporados al Tratado por la reforma de Maastricht, y que fueron objeto de un Protocolo particular en la reforma de Amsterdam (24).

Dichos principios, previstos en el artículo 5 TCE, fueron ya desde un primer momento vinculados por la Comisión —*El principio de subsidiariedad: Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, SEC (92) 1990 final, 27 octubre 1992*— al hecho de que «a la hora de aplicar una competencia, si la Comunidad puede elegir entre varios modos de acción, debe escoger, a eficacia igual, aquel que deje más libertad a los Estados miembros, a los particulares y a las empresas»; partiendo de tal premisa, la Comisión llegaría a la conclusión de que «la principal elección con relación al principio de subsidiariedad es aquella que se refiere a la elección entre acto vinculante y no vinculante», lo que debería traducirse en «un recurso más sistemático a la *recomendación* bajo reserva, sobre la base de la experiencia, y particularmente en caso de resultados insatisfactorios, de recurrir a una reglamentación».

Esta filosofía sería asumida poco tiempo después por el Consejo Europeo en sus *Conclusiones de Edimburgo (12 diciembre 1992)*, en las que puede leerse: «siempre que sea posible, se optará por medidas no vinculantes, como las recomendaciones», debiendo también

---

Comisión a elaborar un código de conducta que constituyera «una orientación basada en los ejemplos y prácticas ejemplares de los Estados miembros en materia de iniciación y continuación de acciones positivas destinadas a crear una atmósfera de trabajo en la que hombres y mujeres respeten mutuamente su integridad humana»; llamamiento éste que sería atendido de inmediato por la Comisión, que adoptó un año después la *Recomendación relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (92/C 27/04)* acompañada de un *Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual*, respaldados la una y el otro apenas un mes más tarde por la *Declaración del Consejo relativa a la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido el código práctico encaminado a combatir el acoso sexual (92/C 27/01)*.

(23) Cfr. precisamente con relación al acoso sexual las preguntas escritas del eurodiputado Kristoffersen a la Comisión y al Consejo (E-2226/97, 98/C 21/144 y E-2227/97, 98/C 102/18).

(24) Valga a título de ejemplo la reciente *Recomendación de la Comisión sobre la tasa máxima de alcoholemia permitida para los conductores de vehículos de motor (2001/C 48/02)*, adoptada según explica su Exposición de Motivos al no prosperar, por las objeciones de algunos Estados miembros fundadas en el principio de subsidiariedad, una propuesta de Directiva sobre niveles armonizados de la tasa de alcoholemia cuyo objetivo era establecer un límite máximo de 0,5 mg/ml en toda la Comunidad —COM (88) 707 final y COM (89) 640 final—.

considerarse, «cuando proceda, el uso de códigos de conducta voluntarios» (25).

Mayor intensidad aún en la caracterización del *soft law* como única alternativa posible al *hard law* (pues no debe olvidarse, como recalca el *Protocolo de Amsterdam sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, que «la subsidiariedad es un concepto dinámico» que «permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada») presentan aquellos preceptos del Tratado referidos a las nuevas políticas incorporadas en Maastricht (educación, formación profesional, juventud, cultura y salud pública), que excluyen expresamente «toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros», abriendo la posibilidad, también expresamente, de intervenir a través de recomendaciones (26).

Por lo demás, debe también recordarse que, según se señaló en el apartado anterior, no es infrecuente el recurso al *soft law* en sectores en los que resulta más que dudosa su competencia para intervenir siquiera a título no vinculante (27).

---

(25) El Parlamento Europeo, por su parte, ha lamentado la tendencia de la Comisión «de perseguir soluciones fáciles, en nombre de los principios de subsidiariedad o de proporcionalidad, creando actos jurídicos de índole "blanda", en perjuicio de un control riguroso de la aplicación del Derecho comunitario por los Estados miembros» (*Resolución sobre la adaptación de la legislación existente al principio de subsidiariedad*, A3-0187/94), subrayando el riesgo de crear «un Derecho de naturaleza incierta, menos vinculante ("soft law") y menos seguro, que se traduce en una armonización ficticia y una incorporación aleatoria a los ordenamientos jurídicos nacionales» (*Resolución sobre los informes de la Comisión al Consejo Europeo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, A4-0155/97).

(26) Por lo que respecta en concreto a la salud pública (art. 152 TCE), debe tenerse en cuenta que la reforma de Amsterdam ha abierto la posibilidad de intervenciones armonizadoras por parte de la Comunidad en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública, y a los efectos de establecer altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y derivados de la sangre.

Precisado lo cual, debe insistirse en que en los mencionados sectores el recurso al *soft law* resulta inevitable por expresa exclusión de técnicas armonizadoras vía *hard law*. No sucede lo mismo en otros terrenos, en los que el *soft law* inicialmente previsto (por ejemplo, para mantener en niveles razonables los derechos o cánones de los transportistas por el cruce de fronteras —art. 77 TCE—) podría verse desplazado por *hard law* adoptado sobre la base del artículo 308 TCE.

La prohibición del recurso al *hard law*, por otro lado, es a efectos armonizadores, lo que no impide su utilización, como recuerda LENAERTS refiriéndose a la educación y a la formación profesional, a efectos de crear obligaciones para los Estados miembros relacionadas, por ejemplo, con el intercambio de información o la celebración de consultas —*Education in European Community Law after Maastricht*, «Common Market Law Review», 1994 (1), págs. 37-38—.

(27) Valga como ejemplo el *Código de Conducta en el ámbito de la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros en materia de lucha contra el uso indebido de pres-*

## VI. EL *SOFT LAW* EN CUANTO COMPLEMENTO DEL *HARD LAW*

El *soft law* puede también en ocasiones actuar como complemento del *hard law* en presencia de condicionamientos, incluidos los jurídicos, que dificulten o impidan una intervención completa vía imperativa (28).

En tales supuestos, el Tribunal de Justicia, como veremos, ha acentuado su particular aptitud para servir de herramienta privilegiada en la resolución de litigios en los que esté involucrado el *hard law* al que complementen (asunto *Grimaldi*) (29).

---

*taciones de la seguridad social y el fraude en las cotizaciones a nivel transnacional y contra el trabajo no declarado y el trabajo temporal transnacional, de 22 de abril de 1999, adoptado por Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, dirigido a fomentar, como recuerda su exposición de motivos, la cooperación bilateral y el intercambio de información entre los Estados miembros en las materias no cubiertas por el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia que se desplazan dentro de la Comunidad, y de la Directiva 96/71/CE del Parlamento y del Consejo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.*

Bien significativo de las dudas competenciales que rodean la intervención comunitaria al respecto resulta no ya el recurso a la fórmula mixta Consejo-Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, sino incluso la ausencia en tales casos de una referencia en la exposición de motivos a la base jurídica —i.e., al correspondiente precepto del Tratado— que ampara la intervención en cuestión.

(28) Valga como ejemplo la *Recomendación 89/214/CEE de la Comisión, relativa a las normas que habrán de cumplirse en las inspecciones efectuadas en establecimientos donde se manipulen carnes frescas aptas para los intercambios intracomunitarios*, adoptada, como explica su exposición de motivos, para facilitar una interpretación detallada de las normas técnicas contenidas en la Directiva 64/433/CEE del Consejo, relativa a los problemas sanitarios en materia de intercambios comunitarios de carnes frescas (en particular, de las normas técnicas contenidas en su Anexo I).

O la actividad desplegada por las Instituciones comunitarias en materia de acoso sexual a la que se hizo referencia en el apartado anterior, en la que tanto la Comisión como el Consejo recuerdan expresamente que conductas no deseadas de naturaleza sexual y otros comportamientos basados en el sexo que pudieran afectar a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo «pueden ser, en determinadas circunstancias, contrarias al principio de igualdad de trato tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo». De hecho, las recientes Directivas del Consejo 2000/43/CE y 2000/78/CE, relativas, respectivamente, a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, han incorporado expresamente la figura del acoso —relacionado con la raza, etnia, religión, discapacidad, edad u orientación sexual— en su vertiente discriminatoria.

(29) Lo que, como advierten DINE y WATT, puede a su vez servir para estimular, en aquellos supuestos en que no está claro el alcance del propio *hard law* que el *soft law* viene a completar, la activación del mecanismo prejudicial para una aclaración del alcance de aquél por el Tribunal de Justicia —*Sexual Harassment: Hardening the Soft Law*, «European Law Review», 1994 (1), pág. 108—.



## VII. EL *SOFT LAW* EN CUANTO PARÁMETRO DE INTERPRETACIÓN DEL *HARD LAW*

El *soft law*, finalmente, puede ser utilizado como herramienta de seguridad jurídica, para proporcionar a las Administraciones y operadores privados un marco de referencia presidido por la claridad y coherencia en la aplicación del *hard law* comunitario; marco de referencia que bien puede adquirir tintes «preventivos» en sectores particularmente conflictivos —actual o potencialmente— dada la complejidad de su regulación o, sencillamente, la presencia de intereses en juego especialmente sensibles, que reclamarían una intervención por la vía del *soft law* a los efectos de orientar la conducta de Administraciones y operadores privados en dirección considerada por la Comunidad como compatible con el ordenamiento comunitario. De hecho, tal función de naturaleza «preventiva» fue expresamente reconocida por la Comisión en su *Libro Blanco sobre la consecución del mercado interior* —COM (85) 310 final—, en el que avanzó su intención de un recurso «sistemático» a las denominadas *comunicaciones*, que «servirán de guía a los poderes públicos en lo que se refiere a sus obligaciones, y a los ciudadanos comunitarios en lo que se refiere a los derechos que les asisten» (punto 155) (30).

Estas comunicaciones interpretativas están basadas las más de las veces, como adelanté, en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: mientras que éste se limitaría, como regla general, a establecer principios en relación con casos concretos, la Comisión, partiendo de los mismos, llevaría a cabo una labor de reordenación y generalización, abstracción hecha de su origen casuístico (31).

---

(30) Para MATTERA, estas intervenciones de tipo preventivo estarían amparadas por el primer inciso del artículo 211 (pues el cumplimiento de la función de velar por la aplicación del Derecho Comunitario exigiría tanto acciones de represión como de prevención) junto con el artículo 10 (pues en virtud del principio de cooperación leal «la Comisión ha de indicar a los Estados miembros las medidas que deben adoptar para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que les impone el Derecho Comunitario —primer párrafo— y evitar poner en peligro la realización de los fines del mismo —segundo párrafo—») (*El Mercado Único Europeo: sus reglas, su funcionamiento*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 73). Considera, por otro lado, que para poder cumplir con su función general de «guía» para los sectores concernidos, las comunicaciones interpretativas deben reunir tres características: «situarse en el marco de las competencias específicas que el Tratado confiere a la Comisión; tener un contenido suficientemente claro e informativo para que los sectores afectados puedan extraer las líneas de conducta a seguir; y ser exteriorizadas bajo una forma pública y oficial (publicación en el "DOCE", serie C)» —*La communication interpretative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de transparence et délibération*, «Revue du Droit de l'Union Européenne», 2000 (2), págs. 302-303—.

(31) En este sentido, REALE, *Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità Europee*, «Rivista di Diritto Europeo», 1993, pág. 511.

La propia Comisión ha considerado por lo demás —consideración, como veremos, corroborada por el Tribunal de Justicia— que sus comunicaciones pueden servir de instrumento *orientativo* para los jueces nacionales mismos, asumiendo, eso sí, que la última palabra al respecto reside en el Tribunal, supremo intérprete —y con efectos *vinculantes*— del ordenamiento jurídico comunitario (32).

### VIII. LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL *SOFT LAW*

De lo expuesto se sigue, ante todo, que el *soft law* carece de efectos jurídicos *vinculantes* frente a terceros; pero de esto no cabe deducir, como hace SNYDER, que estemos ante instrumentos potencialmente aptos para producir tan sólo «efectos prácticos» (33).

---

Valga como ejemplo la *Comunicación interpretativa de la Comisión referente a la aplicación de las reglas del mercado interior al sector de las ferias y exposiciones* (98/C 143/02), en cuya introducción puede leerse: «Aunque cada Estado miembro sea competente para determinar las condiciones que rigen la organización de una feria o exposición, así como las condiciones de participación en la misma como expositor, las medidas nacionales que se adopten para plasmar estas exigencias deben, no obstante, ser compatibles con los principios derivados del Derecho Comunitario, especialmente los referentes al funcionamiento del mercado interior. Sin embargo, no siempre se respetan estos principios, como muestran varios casos que han sido sometidos a la Comisión. Con arreglo al principio de subsidiariedad, la Comisión no prevé proponer iniciativas legislativas en este ámbito. En cambio, a raíz de los distintos contactos mantenidos con los operadores del sector de ferias y exposiciones y a petición de éstos, la Comisión considera necesario recordar y clarificar la situación del Derecho Comunitario aplicable, según se desprende del Tratado CE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por lo demás, es la Comisión quien, en virtud de los derechos y deberes que le atribuye el Tratado de Roma (art. 155 —actual 211—), debe velar por que la eliminación de los obstáculos que afecten a la organización de esta actividad económica sea una realidad al servicio de la Europa de los ciudadanos». Y poco más adelante: «Al publicar la presente Comunicación, la Comisión aboga por la transparencia y clarificación de las normas comunitarias por cuya observancia debe velar. Se ofrece a todos los interesados, ya sean administraciones nacionales u operadores económicos, un instrumento de referencia que especifica el marco jurídico en el que los operadores económicos del sector tienen garantizado el ejercicio de las libertades fundamentales que les confiere la normativa del mercado interior».

(32) Aunque no referida específicamente a las comunicaciones, sino a la participación de la Comisión en la elaboración de reglas nacionales, recordemos cómo en *Bosman*, 15 diciembre 1995 (415/93), el Tribunal de Justicia declaró contraria a la libre circulación de trabajadores (art. 39 TCE) la regla denominada 3+2, que preveía la posibilidad de que cada asociación nacional de fútbol limitara a tres el número de jugadores extranjeros que podía alinear un club en cada partido de Primera División de los campeonatos nacionales por ella organizados, más dos jugadores que hubiesen jugado durante un tiempo ininterrumpido de cinco años en el país de la asociación en cuestión, tres de ellos en categorías juveniles; y lo hizo rechazando expresamente el argumento de la UEFA en el sentido de que la Comisión había participado en la elaboración de dicha regla, siguiendo el Tribunal las Conclusiones del Abogado General Lenz, para quien «la Comisión no tiene la facultad ni está en la situación de modificar mediante sus negociaciones el ámbito de aplicación o el significado de las disposiciones del Tratado», pues «la interpretación vinculante de dichas disposiciones compete exclusivamente al Tribunal de Justicia».

(33) *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, «The Modern Law Review», 1993, pág. 32, y «Soft Law and Institutional

En efecto, ¿no es un efecto jurídico su utilización como parámetro de interpretación del *hard law*?; ¿no es un efecto jurídico su utilización para acentuar o atenuar la aplicación del *hard law*?; ¿no es, en fin, un efecto jurídico su utilización para configurar variantes del *hard law* mismo, como los principios generales del Derecho, o determinar su posible entrada en juego, impregnándose en tal caso de la vinculatoriedad de éstos?

Vayamos por partes.

La utilización del *soft law* como parámetro de interpretación fue asumida por el Tribunal de Justicia en *Grimaldi*, 13 diciembre 1989 (322/88): negada la obligación de aplicar directamente una *recomendación* como consecuencia de su naturaleza no vinculante, el Tribunal sostuvo que ello no podía conducir a considerar las recomendaciones «como carentes en absoluto de efectos jurídicos», afirmando a continuación que «los tribunales nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante» (FJ 18) (34).

---

Practice in the European Community», en *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël* (ed. MARTIN), Ed. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1994, pág. 198 (una versión casi idéntica, en European University Institute, Working Paper Law núm. 93/5).

(34) Asumido que la doctrina *Grimaldi* resulta en principio aplicable a otras variantes de *soft law*, adviértase la diferencia de matiz entre el alcance interpretativo de éste y el del *hard law*, que en su vertiente de directivas se traduce en que «al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado —actual 249—» (*Marleasing*, 13 noviembre 1990 —106/89—, FJ 8).

Mientras que *Marleasing* impone la búsqueda de una interpretación concurrente, de modo que siendo ésta posible no puede ser descartada por el juez nacional al aplicar el Derecho interno, *Grimaldi* se limita a imponer al juez la obligación de no obviar la existencia de la recomendación, lo que nos sitúa no en el terreno de la obligada interpretación concurrente —tanto de su búsqueda como, si encontrada, de su plena operatividad—, sino cuanto más en el de la motivación sobre su posible descarte en la aplicación del Derecho interno. En ningún caso se podría, pues, concluir —como hace, por ejemplo, KLABBERS— sosteniendo que *Grimaldi* estaría equiparando en última instancia, siquiera «a efectos prácticos», las recomendaciones con instrumentos jurídicamente vinculantes —*Informal Instruments before the European Court of Justice*, «Common Market Law Review», 1994 (5), pág. 1014—.

Dicho lo cual, la puerta sigue abierta a otros posibles matices, pues no hay que olvidar que el Tribunal enfatizó en *Grimaldi* el hecho de que la recomendación ilustre «acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación» —lo que parece acentuar su fuerza interpretativa con relación al Derecho nacional adoptado en voluntaria ejecución de la recomendación (frente a su fuerza interpretativa respecto del Derecho nacional a ella *preexistente*)— o tenga por objeto «completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante» —lo que también parece acentuar su fuerza

En relación, en segundo lugar, con el posible alcance del *soft law* a los efectos de acentuar la aplicación del *hard law*, creo, en la línea apuntada por WELLENS y BORCHARDT (35), que aquél puede servir, por ejemplo, para controlar con especial meticulosidad el respeto por los Estados miembros del principio de cooperación leal para con la Comunidad (art. 10 TCE); con otras palabras, no considero que pueda ni deba darse el mismo tratamiento al control de una actividad nacional ejercitada en un terreno competencial comunitario absolutamente virgen de intervención comunitaria, que al de una actividad nacional ejercitada igualmente en un terreno competencial comunitario sobre el que existe intervención, por muy suave que ésta sea.

Y otro tanto puede decirse con relación al posible alcance del *soft law* a los efectos de atenuar la aplicación del *hard law*. De hecho, en este caso contamos con doctrina del Tribunal de Justicia que parece apuntar hacia tal dirección en materia de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario. Baste resaltar al respecto que el Tribunal admite que la calificación de una infracción del Derecho Comunitario como «suficientemente caracterizada», imprescindible para generar la responsabilidad de los Estados miembros desde la perspectiva del ordenamiento comunitario, puede verse debilitada o incluso negada si el Estado infractor ha sido inducido a la infracción por las Instituciones comunitarias al acomodar su comportamiento a las pautas por éstas marcadas bajo la forma, en su caso, de *soft law*. Así, en *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, 5 marzo 1996 (46 y 48/93), el Tribunal enunció (FJ 56), entre los factores a tomar en consideración a los efectos de calificar una infracción como «suficientemente caracterizada», «la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho Comunitario» (36).

---

interpretativa a medida que mayor sea su ligazón con el *hard law*—. Por otro lado, parece claro que la publicidad o no del *soft law* puede también desembocar en una mayor o menor intensidad de su fuerza interpretativa; y otro tanto podría decirse de la presencia o no de doctrina del Tribunal de Justicia en su respaldo, o del contexto mismo de su procedencia (así, el Tribunal suele otorgar poco valor, por no decir ninguno, a las *declaraciones* que acompañan en muchas ocasiones a reglamentos o directivas cuando no se reflejan de algún modo —debido normalmente a discrepancias en la negociación— en la normativa adoptada: *Antonissen*, 26 febrero 1991 —292/89—).

(35) *Soft Law in European Community Law*, «European Law Review», 1989 (4), pág. 310.

(36) Y en *British Telecommunications*, 26 marzo 1996 (392/93), con relación a la infracción del artículo 8 de la Directiva 90/531 cometida por el Reino Unido, llegó a la conclusión de que la misma, a la que calificaría finalmente de «error», no podía considerarse como «suficientemente caracterizada» al referirse a la vulneración a un precepto «impreciso» que «admitía razonablemente, además de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en la presente Sentencia, la interpretación que de él dio, de buena fe, el Reino

Parece claro, pues, que intervenciones comunitarias vía *soft law* pueden —y de hecho deben— ser tomadas en consideración para determinar si existe, y en qué grado, o no, responsabilidad de los Estados miembros frente a los particulares por los posibles daños y perjuicios que a éstos hayan ocasionado comportamientos infractores de las autoridades públicas.

Por lo que respecta, finalmente, a la posible incidencia del *soft law* en la configuración de variantes del *hard law* mismo, como los principios generales del Derecho, baste con traer de nuevo a colación la responsabilidad de los Estados miembros por las infracciones del Derecho Comunitario, considerada por el Tribunal en el recién citado asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame* como «una expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado» (FJ 29). En dicho asunto, el Abogado General Tesauro no dudó, al configurar el régimen del mencionado principio de responsabilidad, en manejar instrumentos por definición no vinculantes e incluso ajenos al ordenamiento jurídico comunitario, a saber, las *Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa* (80) 2 y 84 (15), relativas, respectivamente, al *ejercicio de poderes discrecionales por la Administración y a la responsabilidad pública* (37).

---

Unido basándose en argumentos no carentes en absoluto de pertinencia»; interpretación que, compartida «por otros Estados miembros, no era manifiestamente contraria al texto de la Directiva ni al objetivo perseguido por ésta». A ello había que añadir también, en lo que aquí interesa y como otra causa atenuante a tener en cuenta, que el Reino Unido «no disponía de ninguna indicación resultante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en cuanto a la interpretación controvertida, sobre la que la Comisión tampoco se había pronunciado cuando se adoptaron las normas —infractoras— de 1992» (FF.JJ. 43-44). En este caso, pues, bien pudo ser la ausencia de *soft law* la que actuó a modo de factor atenuante de la responsabilidad del Estado infractor.

(37) Consejo de Europa en cuyo seno se firmó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 1950), manejado tradicionalmente por el Tribunal de Justicia, recordemos, como mera «fuente de inspiración» a la hora de configurar los derechos fundamentales propios del ordenamiento jurídico comunitario, lo que nos situaría ante un supuesto de *hard law* entre los Estados miembros de la Unión Europea utilizado como *soft law* en el contexto de la Unión Europea misma.

También en el terreno de los derechos humanos puede traerse a colación la reciente *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (2000/C 364/1), solemnemente proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en Niza el 7 de diciembre de 2000, llamada por el momento a jugar también el papel de fuente privilegiada de inspiración —puede verse al respecto mi análisis en «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», 2000 (209), p. 3 y ss.— tanto en el marco de la Unión como de los Estados miembros: baste aquí con mencionar su utilización pionera por nuestro Tribunal Constitucional, antes incluso de su proclamación en Niza, en el asunto 292/2000, de 30 de noviembre, a los efectos de concretar el haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto del derecho fundamental a la protección de datos personales (cfr. arts. 18.4 CE y 8 de la Carta); por lo que respecta a Luxemburgo, cfr. las Conclusiones de los Abogados Generales Alber y Mischo en los asuntos, pendientes de resolución, *TNT Traco* (340/99) y *D y Suecia v. Consejo* (122 y 125/99 P).

Sucede, además, que la presencia de *soft law* puede también determinar la entrada misma en juego de principios generales del Derecho dotados, éstos sí, de fuerza jurídica vinculante respecto del propio autor del *soft law*, impregnándose de la fuerza obligatoria propia de éstos. Piénsese, por ejemplo, en la posible entrada en juego de principios como el de *non venire contra factum proprium* o el de protección de la confianza legítima, que impedirían a las Instituciones comunitarias apartarse sin más del marco de referencia establecido vía *soft law* (38).

Todas estas precisiones, en fin, ponen sobre la mesa la cuestión de la posible impugnabilidad del *soft law*.

### IX. LA IMPUGNABILIDAD DEL *SOFT LAW*

Recordemos ante todo que el Tribunal de Justicia ha consolidado una doctrina en torno a la naturaleza vinculante o no vinculante de la actividad comunitaria analizando el contenido de la misma en detrimento de su forma (39).

---

(38) Así lo sostiene la mayor parte de la doctrina (valga como ejemplo —ya en 1979— MELCHIOR, «Les communications de la Commission-Contribution à l'étude des actes communautaires non prévues par les Traités», en *Mélanges F. Dehousse. Volume II*, Ed. Labor-Nathan, Bruselas-París, 1979, pág. 254), aunque la cuestión no está clara en la jurisprudencia (así, el Tribunal sostuvo en *Deufil v. Comisión*, 24 febrero 1987 —310/85—, FJ 25, que «el hecho de que los hilos de polipropileno no estuvieran incluidos en el código de ayudas, no ha podido generar en la parte demandante una confianza legítima de suficiente entidad como para impedir a la Comisión que, en la decisión en virtud de la cual declaraba la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común, dirigiera un mandamiento a las autoridades alemanas para que éstas ordenaran su restitución»).

Por mi parte, creo que, desde luego, no puede descartarse *ab initio* la posible entrada en juego de los mencionados principios generales del Derecho en el marco del *soft law*; dicho lo cual, la referida entrada en juego y su concreto alcance dependerán del contexto y de las circunstancias particulares del caso en cuestión. Por ejemplo, no me parece que *a priori* quepa sostener que la Comisión pueda activar un proceso por incumplimiento apartándose sin más de una comunicación interpretativa si el Estado supuestamente infractor se ha atenido religiosamente a la misma; activación que, en cambio, cabría plantearse si —y una vez que— la interpretación mantenida por la Comisión ha quedado posteriormente desautorizada por el Tribunal de Justicia.

(39) Jurisprudencia ésta que arranca de *Comisión v. Consejo* —asunto AETR—, 31 marzo 1971 (22/70), donde el Tribunal declaró admisible el recurso (finalmente desestimado) interpuesto contra una *deliberación* del Consejo relativa a la negociación y a la conclusión por los Estados miembros del Acuerdo europeo sobre el trabajo de los conductores de vehículos que efectúan transportes internacionales por carretera (como también admitió —y en este caso estimó— el recurso interpuesto contra una *decisión* del Consejo por la que se atribuía a los Estados miembros el derecho de voto en el seno de la FAO para adoptar el Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que faenaran en alta mar: *Comisión v. Consejo*, 19 marzo 1996 —25/94—), y que el Tribunal ha ido confirmando en el marco de una serie de recursos interpuestos por Francia a lo largo de los años noventa contra actividad atípica de la Comisión de la más variada índole: 9 octubre 1990 (366/88) (a propósito de unas instrucciones internas de servicio sobre ciertas modalidades administrativas y técnicas que

No es momento ni lugar para analizar las, en mi opinión, incoherencias de una tal doctrina llevada hasta sus últimas consecuencias, que conducen al reconocimiento de efectos vinculantes de un instrumento en función de su contenido para, a continuación, anularlo por defectos de forma o competencia (40) —incoherencias que, sin em-

---

deben aplicar los agentes autorizados por la Comisión para la toma de muestras y el análisis de productos efectuados en el marco de la gestión y del control del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agraria); 13 noviembre 1991 (303/90) (a propósito de un código de conducta en materia de control financiero de las intervenciones de carácter estructural); 16 junio 1993 (325/91) (a propósito de una comunicación relativa a la aplicación del Tratado y de una directiva a las empresas públicas del sector de fabricación); y 20 marzo 1997 (57/95) (a propósito de una comunicación sobre un mercado interior de los fondos de pensiones).

(40) Y es que, por mi parte, no alcanzo a entender cómo puede reconocerse fuerza imperativa a un instrumento en el que estén ausentes las exigencias formales para tener fuerza imperativa para, a continuación, declararlo ilegal, en el sentido amplio de la expresión, precisamente como consecuencia de la ausencia de dichas exigencias.

Así, si un instrumento normativo que pretende, por ejemplo, imponer obligaciones a los particulares, no ha sido publicado, es que, sencillamente por faltar tal publicación, no puede reconocerse como portador de tales obligaciones. Como tampoco se puede reconocer fuerza vinculante frente a terceros, cualquiera que sea su contenido, a un instrumento formalizado como recomendación, precisamente porque ésta tiene expresamente vedada la posibilidad de generar tales efectos vinculantes. Con palabras del Abogado General Mischo en *Grimaldi*: «Es cierto que, con arreglo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia, no es la calificación del acto lo que importa sino su contenido y su alcance. ¿Impone esta consideración el examen de la verdadera naturaleza de las disposiciones de una recomendación...? No lo creo. Claro está que es preciso verificar si el acto, con independencia de su denominación, no hace otra cosa que recomendar a sus destinatarios la actuación de una determinada forma. Pero no creo que se imponga llevar más lejos este análisis. Efectivamente, por claras, incondicionales, precisas e inequívocas... que puedan ser las disposiciones materiales de una recomendación, ésta, por definición, no impone ninguna obligación en cuanto al resultado a alcanzar».

No creo que en tales supuestos el punto de partida deba ser reconocer, en función del contenido, efectos jurídicos vinculantes a la actividad impugnada, para, a continuación, anularla por insuficiencias formales para producirlos, sino más bien negar de entrada la posibilidad de efectos vinculantes como consecuencia de tales insuficiencias y proceder a la anulación de la actividad por vulneración del principio de seguridad jurídica, esto es, por introducir incertidumbre en la vida jurídica a través de una actividad que puede llegar a crear la *apariencia* de vinculatoriedad careciendo de las exigencias imprescindibles para tenerla.

Habría, pues, que responder afirmativamente la cuestión planteada por el Abogado General Tesauo en *Francia v. Comisión*, 20 marzo 1997 —57/95— (como había propuesto el propio Tesauo en *Francia v. Comisión*, 9 octubre 1990 —366/88—), a saber, la de «determinar si puede considerarse que la inexistencia de un mínimo de formas sustanciales hace que haya de considerarse que el acto de que se trate, independientemente del resultado de la determinación concreta de su contenido, no está destinado a producir efectos jurídicos» (se sobreentiende, vinculantes); lo que no comparto, sin embargo, es la continuación del razonamiento de Tesauo: «... de manera que deba declararse la inadmisibilidad del recurso dirigido a obtener su anulación, precisamente porque las obligaciones derivadas, en su caso, de dicho acto, serían, en cualquier caso, inoponibles a los administrados y a los Estados miembros». Tal inadmisibilidad fue precisamente la que propuso con carácter principal en el asunto recién citado 366/88, en el que sostuvo que «no considero que tal solución sea contraria al requisito de garantizar a los administrados (y a los Estados miembros) una adecuada tutela jurisdiccional», pues «el problema debe resolverse de raíz, en la medida en que, en ningún caso y desde ningún punto de vista, la Comisión puede —en el caso— pretender el cumplimiento de obligaciones que, por derivar del acto de referencia —unas instrucciones internas de servicio—, serían inexistentes para terceros». Ello por que, independientemente de que a veces puedan ser los propios poderes públicos naciona-

bargo, abren las puertas al control jurisdiccional por el Tribunal en el marco de recursos de anulación *ex* artículo 230 TCE (41)—.

Interesa, en cambio, destacar que admitido —como hizo el Tribunal en *Grimaldi*— que la ausencia de efectos vinculantes no excluye *per se* ausencia de efectos jurídicos, y admitido igualmente —también en *Grimaldi*— que la exclusión del recurso de anulación no conlleva exclusión de impugnación por vías indirectas, en particular vía prejudicial de validez (42), parece claro que el *soft law* puede ser objeto de control jurisdiccional indirecto. Con otras palabras, la ausencia de re-

---

les los interesados a efectos internos en rodear la actividad comunitaria de aires vinculantes [como denuncia el Consejo de Estado francés en su Informe antes citado de 1992, pág. 24 —denuncia a su vez criticada por cuanto poco rigurosa por GAUTIER, *Le Conseil d'Etat français et les actes «hors nomenclature» de la Communauté Européenne*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», 1995 (1), págs. 27-29—], el principio de seguridad jurídica puede aconsejar la intervención del Tribunal para hacerlo efectivo. Por otro lado, como he venido insistiendo, ausencia de efectos vinculantes no implica *per se* ausencia de efectos jurídicos que puedan incidir en la esfera de los administrados. Es más, como veremos a continuación, opino que es precisamente la exclusión de su impugnabilidad lo que el Tribunal pretende combatir con su doctrina, centrada ante todo en el análisis de fondo de la actividad comunitaria: como resumió el propio Tesoro en *Francia v. Comisión*, 16 junio 1993 (325/91), «de la jurisprudencia en la materia se desprende que, para la admisibilidad del control jurisdiccional, parece poco importante la forma externa que reviste el acto, procediendo comprobar los efectos y el contenido del mismo».

En definitiva, no creo que la forma deba, *por definición*, ocupar un lugar cronológicamente secundario en el análisis acerca de la posible naturaleza vinculante del instrumento normativo sometido a examen; antes al contrario, aquélla puede ser determinante a los efectos de excluir la mencionada naturaleza, sin necesidad de entrar en la indagación del contenido.

(41) Y es que el trasfondo de la referida doctrina del Tribunal de Justicia probablemente se encuentre en las limitaciones del control jurisdiccional que apunta el Tratado, ligadas a la imposibilidad de recurrir en anulación *recomendaciones y dictámenes* (art. 230 TCE), es decir, instrumentos por definición no vinculantes (art. 249). Llevada tal exclusión hasta sus últimas consecuencias, implicaría que un instrumento no vinculante por motivos de forma no podría ser judicialmente recurrido y, en su caso, expulsado del ordenamiento, por muy contrario que fuera al principio de seguridad jurídica al generar incertidumbre como consecuencia de un contenido con, por emplear expresiones del Abogado General Tesoro, *vocación o voluntad* de vinculatoriedad, incapaz sin embargo de ser corroborada conforme a Derecho.

Vistas así las cosas, bien podría pensarse que, a través del reconocimiento de efectos vinculantes por razón del contenido, el Tribunal estaría abriendo las puertas para, admitida la impugnación, proceder a un control sobre la base de reglas competenciales, formales y sustantivas (como hizo en *Francia v. Comisión*, 20 marzo 1997 —57/95—, en un contexto en que la Comisión, tras fracasar en el Consejo las negociaciones para adoptar un instrumento vinculante, retomó parte de las medidas contenidas en su propuesta, manteniendo además un tono imperativo, en un instrumento de *soft law* —en una operación calificada por Tesoro como de «maquillaje»—).

Sucede, no obstante, que, como veremos, quizás existan otras vías jurídicamente más coherentes y, me atrevería a decir, satisfactorias para posibilitar el acceso al control jurisdiccional a los efectos de permitir la plena operatividad de la, en sentido amplio de la expresión, legalidad comunitaria.

(42) Según *Grimaldi*, «a diferencia del artículo 173 (actual 230), que excluye el control del Tribunal de Justicia sobre aquellos actos cuya naturaleza jurídica sea la de una recomendación, el artículo 177 (actual 234) atribuye al Tribunal de Justicia competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, acerca de la validez y la interpretación de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad sin excepción alguna».



conocimiento de efectos vinculantes de un determinado instrumento en función de su contenido podría, si acaso, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal, determinar la inadmisibilidad de su control en un contexto de impugnación directa, pero no indirecta. E incluso en el marco de la impugnación directa, cabría plantearse si las restricciones que expresamente rodean la activación del recurso de anulación —referidas a las recomendaciones y dictámenes— no deberían ser objeto de una lectura restrictiva, permitiendo (43) la impugnación de instrumentos no vinculantes, pero portadores de efectos jurídicos, distintos de las recomendaciones y los dictámenes (44).

(43) Frente a lo que algunos parecen asumir —no sin cierta razón, habida cuenta de los derroteros que sigue la doctrina del Tribunal de Justicia— como imposible —caso de LECLERC, *Les Communications de la Commission et le Marché Interieur*, «Cahiers de Droit Européen», 1998 (1-2), pág. 169—.

(44) Así, y aun partiendo de la exclusión por el artículo 230 TCE de la posibilidad de recurrir en anulación recomendaciones y dictámenes, no creo que sea inexorable una lectura extensiva de la exclusión, menos aún desde la suprema perspectiva de vigencia del Estado de Derecho. Con otras palabras: ¿por qué no interpretar restrictivamente el artículo 230, abriendo la posibilidad de la impugnación de cualesquiera otros instrumentos que no sean recomendaciones o dictámenes, máxime si se trata precisamente de instrumentos atípicos que por ello mismo requieren de un control jurisdiccional especialmente metódico por cuanto no previstos expresamente por el ordenamiento jurídico?; ¿por qué no desconectar la expresa exclusión de las recomendaciones y dictámenes de la ausencia de su vinculatoriedad proclamada por el artículo 249, permitiendo así que otros instrumentos carentes de efectos vinculantes pero no por ello de efectos jurídicos —algunos de ellos de decisiva incidencia en la esfera de los administrados— sean susceptibles de control jurisdiccional directo, sobre todo si se admite, como veremos a continuación, que cualquier instrumento dotado de efectos jurídicos, sean o no vinculantes, puede ser objeto de control jurisdiccional indirecto —en el contexto de una cuestión prejudicial de validez, o con ocasión de la impugnación de un acto de aplicación que permita activar la excepción de ilegalidad—?

Con relación a esta posibilidad de desvincular la noción de «obligatoriedad» de la de «efectos jurídicos» para permitir el control jurisdiccional directo de instrumentos no necesariamente vinculantes en sentido estricto, que parece hoy por hoy descartada por el Tribunal, podrían recordarse las palabras del propio Tribunal en *Comisión v. Consejo*, 31 marzo 1971 (22/70), donde consideró que «... al excluir únicamente las Recomendaciones o Dictámenes —que carecen de efecto obligatorio, según el último párrafo del artículo 189 (actual 249)— de los actos contra los cuales los Estados miembros y las Instituciones pueden interponer recurso de anulación, el artículo 173 (actual 230) considera como actos susceptibles de recurso todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones y que tienen por objeto producir un efecto jurídico»; efecto jurídico que, puntualizo por mi parte, no tendría por qué identificarse con efecto vinculante, pues, como el Tribunal admitió en *Grimaldi*, la ausencia de efectos vinculantes de las recomendaciones no puede conducir a considerarlas «como carentes en absoluto de efectos jurídicos» (máxime si se tiene en cuenta, como siguió razonando el Tribunal, que «dicho recurso —de anulación— tiene la finalidad de garantizar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164, el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado» y que «sería contrario a dicho objetivo interpretar restrictivamente los requisitos de admisibilidad del recurso limitando su alcance a las categorías de actos contempladas por el artículo 189», por lo que «deben ser susceptibles de recurso de anulación todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, destinadas a producir efectos jurídicos»).

Y también podría traerse a colación *Francia v. Comisión*, 9 octubre 1990 (366/88), en un terreno tan movedizo como es el de las *circulares internas*: tras proclamar que «en principio, las instrucciones internas únicamente producen efectos en el interior de la Adminis-

No parece, sin embargo, que el Tribunal esté muy dispuesto a seguir por este último derrotero; como he señalado, su jurisprudencia nos muestra una concentración de esfuerzos en el análisis de fondo —dejando la forma en un plano secundario— precisamente para poder asumir una obligatoriedad jurídica —más que dudosamente asumible en muchas ocasiones desde una perspectiva formal— que conllevaría la admisibilidad del recurso de anulación; con otras palabras, el Tribunal se esforzaría por encontrar en todo caso vestigios de *hard law* precisamente porque su premisa sería la inimpugnabilidad vía directa de todo aquello que no pudiera ser considerado como tal, incluido el *soft law*.

Por otro lado, y esta puntualización afecta de manera especial a los instrumentos interpretativos, esa misma jurisprudencia nos muestra en ocasiones una conceptualización —particular y discutible— de los «efectos jurídicos», que parece girar en torno a su independencia respecto de cualquier otro instrumento de intervención (efectos jurídicos, en expresión del Tribunal, «propios» o «nuevos») como *condictio sine qua non* para la admisibilidad del recurso de anulación; también con otras palabras, a medida que el *soft law* presente una mayor conexión con el *hard law*, conexión evidente cuando se utiliza para aclarar el alcance de éste, menor aún será la posibilidad de recurrir aquél directamente, habida cuenta de que, según el Tribunal, sería el *hard* —y no el *soft*— *law* el verdadero portador de los efectos jurídicos impugnables (45).

---

tración sin que generen ningún derecho u obligación para terceros», por lo que «no pueden constituir actos lesivos susceptibles, como tales, de recurso de anulación» (FJ 9), el Tribunal admitió y estimó el recurso interpuesto contra unas *Instrucciones internas de servicio* (sobre ciertas modalidades administrativas y técnicas que debían aplicar los agentes autorizados por la Comisión para la toma de muestras y el análisis de productos, efectuados en el marco de la gestión y del control del FEOGA) al considerar que «el acto controvertido no se limita a aclarar las normas contenidas en el Reglamento 729/70, sino que va más allá de lo que dispone el texto de dicho Reglamento, ya que atribuye a la Comisión, independientemente de los Estados miembros, la facultad de tomar muestras y establece las modalidades de su intervención» (FJ 23), lo que implicaría la producción de «efectos jurídicos nuevos» en relación con los del referido Reglamento en un contexto de incompetencia de la Comisión «para adoptar disposiciones que vayan más allá de lo que dispone el Reglamento 729/90». El Tribunal, pues, procedió a la anulación por incompetencia de las Instrucciones en cuanto portadoras de efectos jurídicos no previstos en el Reglamento, evitando referirse a la naturaleza o no vinculante de dichos efectos (a diferencia del Abogado General Tesauro, bien explícito al sostener que «nos encontramos ante un acto de naturaleza reglamentaria, en la medida en que, partiendo de la premisa de que la Comisión está facultada para la toma de muestras, independientemente de los Estados miembros, dicho acto regula las modalidades de su ejercicio, modalidades que introducen obligaciones a cargo de los Estados miembros, y más aún de los operadores, cuyas obligaciones no contempla el Reglamento 729/70», por lo que «no se trata de instrucciones a los funcionarios, sino de la alteración de la situación jurídica de los terceros que no son sus destinatarios aparentes» que resultan lesionados en sus intereses).

(45) Baste con comparar, en el ya referido terreno movedizo de las circulares inter-

Doctrina ésta discutible porque: 1) los instrumentos interpretativos se supone que están destinados como regla general a traer consigo un efecto jurídico por definición *propio* consistente, ni más ni menos, en aportar *in abstracto* seguridad jurídica —aportación que en el caso de las interpretaciones incorrectas no es ya que desaparezca sin más, sino que acarrea la aparición de su contrario, i.e. la inseguridad jurídica—; y 2) las interpretaciones en cuestión, que —se insiste— pueden por hipótesis —y aquí está la gravedad de la cuestión— ser absolutamente incorrectas, quedan exentas del control jurisdiccional directo cuando lo cierto es que, entre otras cosas, se asume que pueden jugar un papel determinante, también ni más ni menos, en el desenvolvimiento *in concreto* del régimen de responsabilidad de los poderes públicos frente a los ciudadanos (46).

X. UN SIGNIFICATIVO EJEMPLO DEL ALCANCE DEL SOFT LAW  
COMUNITARIO EN EL DERECHO ESPAÑOL:  
LA STC 224/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, SOBRE ACOSO SEXUAL

Un buen ejemplo de los efectos desplegados por el *soft law* en el Derecho español, y de rango constitucional, lo constituye la *STC 224/1999, de 13 de diciembre*.

Sabido es que el Derecho Comunitario, sin constituir canon di-

---

nas, los asuntos *Francia v. Comisión*, 9 octubre 1990 (366/88), y *España v. Comisión*, 6 abril 2000 (443/97).

En el primero, como vimos en la nota anterior, el Tribunal admitió y estimó el recurso interpuesto contra unas *Instrucciones internas de servicio* al considerar que producían «efectos jurídicos nuevos» en relación al Reglamento 729/70.

En el segundo, en cambio, consideró que «las *orientaciones internas* —referentes a las correcciones financieras netas en el marco de la aplicación del artículo 24 del Reglamento 4523/88— indican las líneas generales basándose en las cuales la Comisión proyecta, con arreglo al artículo 24 del Reglamento de coordinación, adoptar ulteriormente decisiones individuales cuya legalidad podrá impugnar el Estado miembro afectado ante el Tribunal de Justicia según el procedimiento previsto en el artículo 173 (actual 231) del Tratado» (FJ 33), sin que se pueda considerar «que tal acto de la Comisión, que sólo refleja la intención de ésta de seguir cierta línea de conducta en el ejercicio de la competencia que le ha sido conferida por el artículo 24 del Reglamento de coordinación, esté destinado a producir efectos jurídicos propios».

(46) Puede no resultar suficiente en este contexto de la responsabilidad pública el argumento que suele manejar el Tribunal de que las exclusiones de impugnación directa no tienen por qué acarrear indefensión habida cuenta de las posibilidades de defensa que abren las vías de impugnación indirecta. Ello porque, como sugiere el propio Tribunal, el voluntario sometimiento de un Estado miembro a un parámetro de conducta trazado vía interpretativa por las Instituciones comunitarias que resulta ser contrario al *hard law* (parámetro que en cuanto tal, y a la luz de su doctrina, estaría excluido del recurso de anulación) puede desembocar en una exención de la responsabilidad del Estado infractor, desnudando al particular afectado de posibilidades indemnizatorias (desnudez que resulta agravada si se asume, como parece hacer el Tribunal, la imposibilidad de plantear un traslado de la responsabilidad a las propias Instituciones comunitarias).

recto de constitucionalidad, puede ser utilizado como parámetro de interpretación de los derechos fundamentales plasmados en el texto constitucional (47): ya hace diez años, el Tribunal Constitucional sostuvo en el *asunto 28/1991, de 14 de febrero*, que el contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española «habrá de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el artículo 10.2 de la Constitución», añadiendo a continuación que las normas de Derecho Comunitario «podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el artículo 10.2».

Pues bien, he aquí que el Tribunal Constitucional, en el *asunto 224/1999*, no dudó en utilizar precisamente *soft law* comunitario (48) como parámetro de interpretación a los efectos de fijar el contenido y alcance del derecho fundamental a la intimidad personal; concretamente, a los efectos de «determinar si una trabajadora, como consecuencia de la conducta libidinosa del empresario, ha visto vulnerados sus derechos fundamentales y concretamente el que le garantiza la intimidad personal en el artículo 18.1 de la Constitución española, pues en éste se inscribe el derecho a la protección del trabajador con-

---

(47) Y también, dicho sea de paso, del bloque de constitucionalidad *in genere*, lo que revaloriza el alcance del artículo 93 CE más allá de su función orgánico-procedimental: valga como ejemplo la *STC 330/1994, de 15 de diciembre*, en la que el Tribunal trajo a colación, bien que subrayando «a los estrictos efectos argumentativos», precisamente *soft law* comunitario (en concreto, una *Recomendación* de la Comisión —92/48/CEE— sobre los *mediadores de Seguros*) en un contexto de delimitación de las competencias estatal y autonómica en la ordenación de los seguros —cfr. mi trabajo junto con GARCÍA DE ENTERRÍA en *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung* (coord. SCHWARZE), Ed. Nomos, Baden-Baden, 2000, págs. 330 y ss.—.

(48) Específicamente, la *Resolución* del Consejo relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (90/C 157/02) y la *Recomendación* de la Comisión relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (92/C 27/04), acompañada de un *Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual* —instrumentos ambos a los que ya me he referido *supra* y que tienen su precedente, como también indiqué, en el *Informe Rubenstein*, analizados entre nosotros por DEL REY GUANTER (*Acoso sexual y relación laboral*, «Relaciones Laborales», 1993, I, págs. 228 y ss.) y LOUSADA ARCHENA (*El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Ed. Comares, Granada, 1996, págs. 31 y ss.)—.

El *Informe Rubenstein* —que, publicado en 1988 por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas bajo el título *The Dignity of Women at Work: A Report on the Problem of Sexual Harassment in the Member States of the European Communities*, puede verse sintetizado por MULAS en «Documentación Laboral», 1987 (22), págs. 133-138— recomendaba a la Comisión la adopción de una Directiva sobre prevención del acoso sexual en el trabajo, sentando al respecto una serie de principios inspiradores —cfr. PÉREZ DEL RÍO, *El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social*, «Relaciones Laborales», 1990, (II), págs. 186 y ss.—. Escogida la vía del *soft law* a través de los mencionados instrumentos, la Comisión (DG V A-3-Unidad de Igualdad de Oportunidades) encargaría posteriormente al propio Rubenstein y a De Vries una Guía para aplicar el Código de Conducta, publicada bajo el título *Cómo combatir el acoso sexual en el trabajo* (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1994).

tra el conocido también como “acoso sexual” en el ámbito laboral por cuanto se trata de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad en desdoro de la dignidad humana (art. 10.1 CE), sin olvidar tampoco la conexión que en ocasiones puede trabarse con el derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de su sexo cuando tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, puedan afectar, todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres (art. 14 CE)» (FJ 2).

Para averiguar si se ha producido o no un atentado a la intimidad personal, el Tribunal decide, con sus propias palabras, «iniciar el razonamiento jurídico desde el concepto que, según terminología acuñada en la jurisdicción laboral, se conoce como “acoso sexual en el trabajo”», situándose así en el terreno del Estatuto de los Trabajadores —art. 4.2.e)—, «donde se proclama su derecho a que sea respetada su intimidad y a recibir la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales, gestuales y físicas de tendencia libidinosa» (49).

Conectado así el artículo 18.1 CE con el 4.2.e) ET, el Tribunal trae a colación el *soft law* comunitario para reforzar la inclusión en lo prohibido del «acoso sexual ambiental»: «En el ámbito de esta salvaguardia —sostiene el Tribunal—, queda prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otras condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual [que] consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la mujer y del hombre en el trabajo)» (FJ 3).

(49) El artículo 4.2.e) del Estatuto (introducido por la Ley 3/1989, de 3 de marzo) establece el derecho a la protección del trabajador, textualmente, «frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual». Considero, contra la opinión de DEL REY GUANTER —«Derecho fundamental infringido y conducta de la víctima en el acoso sexual», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo XVII (dir. ALONSO OLEA y MONTOLYA MELGAR), Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 336—, que el Tribunal sí que parte en su razonamiento de una referencia inmediata al Estatuto; cuestión distinta es que el Tribunal realice una relectura de lo que literalmente dice el Estatuto, considerada por LOUSADA ARCHENA plenamente correcta por cuanto: «a) se incluyen, además de las “ofensas verbales o físicas”, las “gestuales”; b) se habla de “tendencia libidinosa”, no “de naturaleza sexual”, lo que, superando ambigüedades semánticas, permite distinguir la finalidad carnal del acoso sexual frente al acoso por razón de sexo» —*El concepto de acoso sexual laboral según la Sentencia de 13 de diciembre de 1999 del Tribunal Constitucional*, «Relaciones Laborales», 2000 (3), pág. 76—.

Y utilizado el *soft law* para delimitar el radio de acción del acoso sexual en el trabajo —ampliado en los términos expuestos al acoso «ambiental» (50)— en conexión con el derecho a la intimidad personal, el Tribunal Constitucional vuelve a acudir a la *Recomendación de la Comisión 92/131/CEE* a los efectos de configurar uno de los elementos esenciales —y delimitar su concreta operatividad— de la conducta de acoso sexual, a saber, su naturaleza unilateral e indeseada: «Es cierto que la configuración constitucional del acoso sexual como atentado a la intimidad personal del trabajador (art. 18.1 CE), protege exclusivamente frente a comportamientos de significado libidinoso que no sean asumidos por la persona destinataria de los mismos. En tal sentido, como se sigue del código de conducta adjunto a la Recomendación de la Comisión ya citada, lo que distingue el acoso sexual del comportamiento amistoso es que aquél es unilateral e indeseado, y el otro, voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la libre opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo». Consecuencia de ello, concluye el Tribunal, «parece razonable que, salvo casos extremos, una señal de carácter no querido de tal conducta por parte de su destinataria sea conveniente para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto», sin que tal señal, sin embargo, deba llevarse hasta el extremo de «imponer al eventual afectado por un acto de acoso sexual la carga de reaccionar con carácter inmediato y con una contundencia incompatible con la interpretación predicada por la sobredicha Recomendación» (FJ 4).

Así las cosas, puede recordarse a este respecto que el *Informe Rubenstein* definía el acoso sexual como «toda conducta verbal o física de connotación sexual, cuyo autor sabe o debería saber que es ofensiva para la víctima»; expresión «sabe o debería saber» que, como se ha advertido (51), resulta clave al establecer «una relación de alternitud entre lo indeseado —“cuyo autor sabe... que es ofensiva para la víctima” porque ésta se lo ha manifestado expresamente— y lo ofensivo —“cuyo autor... debería saber que es ofensiva para la víctima” de acuerdo con el valor de la dignidad de las personas, aunque nada le dijese la víctima—».

La Resolución del Consejo y la posterior Recomendación de la

---

(50) Modalidad ésta de acoso en la que, insiste el Tribunal, «hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo». Como dice MOLERO MANGLANO, esta «tergiversación ambiental» estaría exigiendo al trabajador «que, en el marco de su relación profesional, tenga que ocuparse, preocuparse y atender relaciones y atenciones absolutamente ajenas a tal ambiente» —*El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999*, «Actualidad Laboral», 2000 (15), pág. 249—.

(51) LOUSADA ARCHENA, *El concepto de acoso sexual laboral...*, cit., pág. 70.

Comisión, sin embargo, hicieron pivotar el concepto de acoso sobre la naturaleza indeseada de la conducta, forzando en última instancia la necesaria reacción por parte de la víctima a los efectos de —como señala la Recomendación— «indicar claramente que la considera [la conducta] ofensiva».

Según LOUSADA ARCHENA, cuando el legislador de 1989 introdujo en el Estatuto la referencia específica al acoso sexual identificándolo, sin más precisiones, con «[las] ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual», se inspiró en la filosofía del *Informe Rubenstein* (52).

De asumirse esta tesis, flaco favor parecería haber hecho el Tribunal Constitucional a una interpretación generosa del artículo 18.1 CE en conexión con el 4.2.e) del ET al recurrir en cuanto parámetro interpretativo a un *soft law* comunitario inspirado, como hemos visto, en una filosofía más restrictiva que la que se desprende del *Informe Rubenstein*.

Hay que destacar, en todo caso, que el Tribunal Constitucional no se olvida del elemento de objetivación presente en la *Recomendación*, la cual, tras señalar que «la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva», matiza que, ello no obstante, «un único incidente puede constituir acoso sexual si es lo suficientemente grave» [de hecho, el propio Tribunal comunitario de Primera Instancia ha considerado, refiriéndose a la *Recomendación*, que cuando los hechos imputados no se corresponden con «una manera corriente de expresar un interés sexual», no es necesario que las víctimas muestren claramente que el comportamiento en cuestión es indeseado: *D v. Comisión*, 26 enero 1995 —549/93—, FJ 77 (53)]; matización ésta que parece asumir el Tribunal Constitucional al puntualizar que en «casos extremos» puede no exigirse la reacción de la víctima, lo que parece abrir las puertas, ante situaciones extremadamente graves objetivamente consideradas (54), a focalizar la atención sobre lo que se «debería saber», descargando a la víctima de la

---

(52) «El término —ofensas— comprende, por su amplitud, lo ofensivo subjetivo, o, si se quiere, lo indeseado, y lo ofensivo objetivo, en relación de alternatividad: tan antijurídico es uno como otro... al utilizar un amplio término, como es el de “ofensas”, comprensivo de lo ofensivo subjetivo y objetivo, eludiendo el hacer pivotar el concepto sobre el carácter indeseado, nuestro legislador quiso alcanzar una consecuencia jurídica semejante a la recogida en el *Informe Rubenstein*, cuya existencia, desde luego, no pudo desconocer» (*El concepto de acoso sexual laboral...*, cit., pág. 71).

(53) Confirmado por el Tribunal de Justicia en casación por auto *D v. Comisión*, 11 enero 1996 (89/95 P).

(54) Que no tendrían por qué implicar necesariamente presencia de la coacción a la que LOUSADA ARCHENA parece reconducir los mencionados «casos extremos» (*El concepto de acoso sexual laboral...*, cit., pág. 78).

prueba acerca del carácter indeseado de la conducta y trasladando al autor del presunto acoso la prueba acerca del carácter de-seado, o cuanto menos consentido, de un comportamiento objetivamente repudiable (descarga de la prueba que incluso, más allá de los «casos extremos», podría darse, en función de cada concreta situación, en ausencia, sin más, de cualquier equívoco o ambigüedad: «parece razonable —sostiene el Tribunal— que, salvo casos extremos, una señal de carácter no querido de tal conducta por parte de su destinataria sea conveniente para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto»; luego, a *contrario sensu*, si no existe riesgo de equívoco o ambigüedad en función de las circunstancias concretas, puede desaparecer lo «conveniente» —que no, por lo demás, «necesario» o «imprescindible»— de la señal).

Por otro lado, debe también recalcarse que, fuera de tales «casos extremos», el Tribunal hace una lectura en sí misma generosa para la víctima del Código de Conducta anexo a la *Recomendación*, al sostener que se opone a exigir de la víctima una reacción inmediata y contundente o, con palabras de la sentencia recurrida en amparo y anulada, una «negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario».