

ESPERANDO A LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ

«Hemos tenido mucho tiempo para la reflexión y la descripción de las cosas. Pero ha llegado la hora de la acción, siempre arriesgada y azarosa»

ALTIERO SPINELLI: *La Sfida Europea*, conferencia pronunciada en la Università degli Studi di Padova, 27 mayo 1982.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. EL PROCESO DE LAEKEN: ¿UN PROCESO CONSTITUYENTE?—II. EL PROYECTO DE TRATADO CONSTITUCIONAL COMO MARCO DE LA VIDA DEMOCRÁTICA: A) *El ámbito de lo constitucional*. B) *La vida democrática de la Unión*. C) *Transparencia y sistema de Fuentes del Derecho*. D) *El procedimiento legislativo: apariencias y realidades*. E) *El papel de los parlamentos nacionales*.—III. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

¿Es el «Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa» (el Tratado constitucional, por decirlo brevemente) *la* constitución de la Unión Europea, o bien se trata de *un* Tratado internacional que refunde los múltiples y dispersos tratados de las diversas Comunidades Europeas?

La duda, como es obvio, la fomenta el propio nombre del texto, calculadamente ambiguo, de modo y manera que pueda eludirse tener que optar por una u otra alternativa. Los responsables de esta denominación a buen seguro estimarán que la ambigüedad es el precio que había de pagarse para lograr el

acuerdo, tanto entre la inmensa mayoría de los miembros de la Convención que preparó el primer borrador del texto, como entre todos y cada uno de los representantes nacionales en la Conferencia Intergubernamental (en adelante, CIG) que aprobó el proyecto definitivo. Y a buen seguro habrán pensado que la generalidad y la abstracción son características de las normas constitucionales ¿No implica ello una ineludible ambigüedad? La falta de precisión y exactitud permiten forjar acuerdos amplios y eludir la resolución detallada de las múltiples cuestiones políticas, jurídicas y económicas asociadas con la redacción de las normas constitucionales. Lo mismo, deben de haber creído, puede aplicarse a la propia caracterización de la ley fundamental. Un *Tratado constitucional* será bienvenido por los más federalistas, que verán en él una constitución, al mismo tiempo que por los euroescépticos, que creerán reforzada su tesis de que la Unión es una organización internacional como otra cualquiera.

Quizá buena parte de ese argumento sea acertado e incluso brillante. Sin embargo, no es seguro que sea del mismo calibre la ambigüedad de las normas constitucionales y la relativa a la propia condición del texto constitucional, entre otras cosas porque esta última condiciona el propio ejercicio de redacción. Y no es lo mismo escribir una constitución que un tratado. Ni tampoco aprobar una constitución que ratificar un tratado. En cualquier caso, las consecuencias que se derivan de una u otra opción son tan formidables que hacen ineludible que el dilema constitución o tratado se plantee pese a la fórmula Tratado constitucional, que la ambigüedad no nos deje satisfechos siquiera temporalmente (aunque estemos resignados a no deshacernos completamente de ella). Y ello explica también por qué una buena parte del tiempo y de las energías empleadas en el debate sobre el Tratado constitucional se han dedicado a resolver este dilema. Hasta el punto de que el objeto de este artículo habrá de parecer un tanto desgastado al lector.

Sin embargo, un análisis siquiera somero de las discusiones en torno a la constitucionalidad del Tratado constitucional pone de relieve que en la mayor parte de los casos, más que aclarar, se *prejuza* la cuestión sin ofrecer criterios para determinar qué sea una constitución, qué texto merezca la dignidad propia de una constitución, qué garantice la condición de *norma suprema* del ordenamiento jurídico, su carácter vinculante para los poderes públicos y los ciudadanos, su valor simbólico como *fundamento* del patriotismo y lealtad constitucionales. O, a lo sumo, se discute la cuestión centrándose exclusivamente en el procedimiento de ratificación del texto. Los escépticos defienden que sólo la ratificación unánime permitirá la entrada en vigor del Tratado constitucional, *ergo* nos encontramos ante un Tratado. Los optimistas creen que las disposiciones adicionales apuntan a una ratificación mayoritaria, *ergo* lo que eventualmente entrará en vigor será una constitución.

Este artículo trata de establecer los criterios básicos que permitan determinar la constitucionalidad o internacionalidad del Tratado constitucional, más allá de los prejuicios, contrastando el proceso de escritura del Tratado constitucional, y sus contenidos sustantivos, con la concepción democrático-deliberativa del proceso constituyente y de la propia constitución. No es éste el lugar para ocuparme detalladamente de qué sea la teoría de la democracia deliberativa (1), ni para desarrollar un diseño democrático-deliberativo de un proceso constituyente (2). Pero sí es necesario indicar cómo ha de concebirse la relación entre legitimidad democrática, constitución, leyes y procedimiento legislativo desde una perspectiva democrático-deliberativa. La Constitución desempeña un papel fundamental en todo ordenamiento jurídico democrático. Por una parte, la ley fundamental da forma y valor jurídico a los principios y valores que sustentan a la democracia como forma política; es por ello que los derechos fundamentales son una parte esencial de toda constitución democrática, en tanto que los mismos establecen las bases que aseguran la autonomía pública y privada de los individuos, y por tanto, su condición de ciudadanos (3). Por otra, la Constitución refleja las decisiones fundamentales de la comunidad

(1) Pueden verse, entre otros, JÜRGEN HABERMAS: *Between Facts and Norms*, The MIT Press, Cambridge, 1996; «Why Europe needs a Constitution?», 11 (2001), *New Left Review*, págs. 5-26; «Constitutional Democracy, A Paradoxical Union of Contradictory Principles?», 29 (2001), *Political Theory*, págs. 766-781; «Toward a Cosmopolitan Europe», 14 (2003), *Journal of Democracy*, págs. 86-100; JOSHUA COHEN y JOEL ROGERS: *On Democracy. Towards a Transformation of American Society*, Penguin, New York, 1983; «Economic Basis of Deliberative Democracy», 6 (1989), *Social Philosophy and Policy*, 25-50; «Procedure and Substance in Deliberative Democracy», en SHEYLA BENHABIB (ed.): *Democracy and Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1996, págs. 95-119; JAMES BOHMAN: *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*, The MIT Press, Cambridge, 1996; «Deliberative Democracy and Effective Social Freedom: Capabilities, Resources and Opportunities», en JAMES BOHMAN y WILLIAM REGH (eds.): *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*, The MIT Press, Cambridge, 1997, págs. 321-348; «The Coming of Age of Deliberative Democracy», 6 (1999), *The Journal of Political Philosophy*, págs. 400-425.

(2) Véanse MAURIZIO FIORAVANTI: *Constitución: De la Antigüedad a Nuestros Días*, Trotta, Madrid, 2001; BRUCE ACKERMAN: *We The People*, Harvard University Press, Cambridge, 1991 (volume 1) y 1997 (volume 2); CARLOS SANTIAGO NINO: *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven (hay traducción al castellano, Gedisa, Barcelona, 1999). Véanse igualmente BRUCE ACKERMAN: «The Storrs Lectures: Discovering the Constitution», 94 (1984), *The Yale Law Journal*, págs. 1013-1072; BRUCE ACKERMAN: «Constitutional Politics /Constitutional Law», 99 (1989), *Yale Law Journal*, págs. 453-547; BRUCE ACKERMAN y NEAL KATYAL: «Our Unconventional Founding», 62 (1995), *The University of Chicago Law Review*, págs. 475-573.

(3) ROBERT ALEXY: «Discourse Theory and Human Rights», 9 (1996), *Ratio Juris*, págs. 209-235.

política en lo que concierne a su estructura institucional y a su configuración socio-económica. La legitimidad democrática reforzada del procedimiento de elaboración de la constitución (del proceso constituyente) fundamenta la primacía de la constitución en el sistema de fuentes de un ordenamiento jurídico democrático y la vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos, incluido el propio legislador. La dignidad democrática de la constitución exige que ésta sea marco de la vida política de la comunidad y excluye que la Constitución sea sustituto o alternativa de la política. A mayor detalle sustantivo de la ley fundamental, menor será el margen de decisión política del legislador ordinario. Pero si esto es así, los derechos políticos de los ciudadanos se habrán vaciado de contenido al haber perdido su objeto (4). Es por ello que la salud democrática de una comunidad política depende directamente de la estructura del procedimiento político por excelencia, el procedimiento legislativo mediante el que se delibera sobre y se deciden las leyes (5). Los procesos legislativos han de estructurarse como *procesos deliberativos* en los que la toma de decisiones se efectúe mediante *el voto por mayoría*, y en los que las deliberaciones de los públicos institucionales recojan los debates y consideraciones de los públicos generales (6). La profundidad y calidad de la deliberación que precede a la decisión definitiva sobre el contenido de las leyes es determinante de su legitimidad democrática. Y ello tanto por razones puramente normativas como pragmáticas (7).

(4) NINO: *Supra*, nota 2.

(5) FRANCISCO LAPORTA: «El Ámbito de la Constitución», 24 (2001), *Doxa*, págs. 459-484.

(6) Véanse NANCY FRASER: «Rethinking the public sphere. A contribution to the critique of actually existing democracy», en CRAIG CALHOUN (ed.): *Habermas and the Public Sphere* (The MIT Press, Cambridge, 1992), págs. 109-142; ERIK ODDVAR ERIKSEN y JOHN ERIK FOSSUM: «Democracy through Strong Publics in the European Union?», 40 (2002), *Journal of Common Market Studies*, págs. 401-424; «Conceptualising European Public Spheres: General, Segmented and Strong Publics», Working Paper ARENA 3/04; y HAUKE BRUNKHORST: «Globalising Democracy without a State: Weak Public, Strong Public, Global Constitutionalism», 31 (2002) *Millennium: Journal of International Studies*, págs. 675-690.

(7) En primer lugar, sólo si el proceso legislativo se estructura de modo que puedan contrastarse las diversas opiniones y preferencias sobre el contenido de las leyes, o lo que es lo mismo, sólo si la deliberación sobre las razones de las leyes es parte central del proceso legislativo será posible justificar a los perdedores en la votación final por qué han de cumplirlas. Sólo en ese caso la autoridad de las leyes no derivará sólo de los votos en su favor (del puro número), sino de las razones que subyacen a esos votos. Y también porque un proceso deliberativo en el que participa una amplia mayoría de la ciudadanía es el proceso con mayor probabilidad de conducir a decisiones correctas (a lo que pueden estimarse como decisiones correctas *Inter-subjetivamente*). Los procesos que institucionalizan la democracia deliberativa cuentan con lo que suele denominarse un *privilegio epistemológico*, i.e. maximizan la posibilidad de elección de las nor-

La opción por la concepción democrático-deliberativa se basa fundamentalmente en que es aquella que se corresponde más estrechamente con la idea de constitución común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea. En efecto, la dignidad que se reconoce a la constitución en los ordenamientos jurídicos nacionales deriva de la legitimidad democrática reforzada de las normas constitucionales y de la consagración constitucional del carácter democrático del proceso legislativo ordinario (por ejemplo, infra-constitucional). Si la Constitución alemana, italiana o húngara son consideradas como fundamento de los respectivos ordenamientos jurídicos, si es posible proceder al control de la constitucionalidad de las leyes aprobadas por los parlamentos democráticamente elegidos de la República alemana, italiana o húngara, es porque los ciudadanos alemanes, italianos o húngaros se reconocen, en una mayoría muy considerable, como autores de las normas constitucionales. Y también porque las normas constitucionales alemanas, italianas o húngaras estructuran un procedimiento legislativo democrático que hace posible que los alemanes, húngaros o italianos tengan la posibilidad de participar en el proceso de deliberación y toma de decisión sobre sus leyes. Por ello, la «constitucionalidad», la «dignidad constitucional» se fundamenta

mas *públicamente correctas* [cfr. JOSHUA COHEN: «An epistemic conception of democracy», 97 (1986), *Ethics*, págs. 26-38]. Ni lo primero ni lo segundo puede afirmarse en el supuesto de que el procedimiento legislativo sea visto como una mera agregación de preferencias. En tal caso, la única razón que podrá ofrecerse a los perdedores es su condición de minoría, la cual, como han puesto de relieve distintos estudios politológicos, es notablemente contingente. La calidad de la deliberación depende crucialmente de la existencia de una relación estrecha y dinámica entre los las instituciones públicas, o públicos institucionalizados, donde se reúnen los representantes elegidos por los ciudadanos, y los públicos generales, o las distintas asociaciones y movimientos sociales que se corresponden con lo que suele denominarse *sociedad civil* o, en cierto sentido, con la propia idea de esfera pública. Tanto la agenda como el contenido de las deliberaciones de los públicos generales han de verse influidos por los debates y reivindicaciones de los públicos generales.

En segundo lugar, un proceso legislativo estructurado de forma deliberativa es extremadamente eficaz socialmente, porque fomenta la toma en consideración de todos los datos y argumentos potencialmente relevantes, a la vez que permite la consideración y revisión crítica de tales argumentos.

Ello no es óbice para que existan razones de peso por las que el proceso de deliberación haya de limitarse en el tiempo, y no prolongarse indefinidamente hasta que todos los argumentos y datos relevantes hayan sido expuestos y contrastados. En efecto, todo procedimiento legislativo tiene una finalidad práctica, y no meramente teórica (como es el caso de los discursos científicos puros), cual es la de establecer normas comunes de acción que permitan resolver los conflictos sociales y coordinar la acción de los ciudadanos con el objetivo de asegurar la realización de ciertas finalidades sociales y el aseguramiento de ciertos bienes públicos. La toma de decisiones mediante votos mayoritarios no es por tanto una mera limitación *exterior* a la democracia deliberativa, sino que viene impuesta por razones normativas, internas a la propia democracia deliberativa.

en la legitimidad democrática del proceso constituyente y en la definición de un proceso legislativo democrático en la constitución.

Si esto es así, podemos afirmar que el Tratado Constitucional de la Unión Europea habrá de contar con una dignidad democrática semejante a la propia de las constituciones nacionales si se cumplen, y sólo si se cumplen, dos condiciones básicas: (1) que los ciudadanos europeos puedan reconocerse como sus autores; (2) que la norma fundamental de la Unión establezca un procedimiento legislativo democrático, a través del cual sea posible la articulación de la voluntad general de los ciudadanos europeos.

El artículo está estructurado en dos partes, que se corresponden con las dos condiciones que acabo de citar. En la primera, consideraré si el proceso por el que se ha venido elaborando y se procederá a ratificar el proyecto de Tratado Constitucional se corresponde con un modelo constituyente democrático. En la segunda parte, analizaré la cuestión de si el Proyecto de Tratado Constitucional redundará en la democratización del proceso de toma de decisiones europeo, del procedimiento legislativo de la Unión Europea. Para ello, consideraré en detalle cinco cuestiones, que no son las únicas posibles, pero sí quizá las más decisivas: 1) el ámbito de lo constitucional en el proyecto; 2) los derechos políticos que se conceden a los ciudadanos europeos en tanto que tales; 3) la transparencia del proceso legislativo y la estructura del sistema de fuentes del derecho comunitario; 4) la relación que existe entre la pluralidad de procedimientos legislativos comunitarios y el fomento estructural de determinados contenidos normativos, por ejemplo, el mayor valor abstracto que se concede a las libertades económicas en conflicto con derechos fundamentales, especialmente los sociales y económicos; 5) la democratización del proceso legislativo institucional, y más específicamente, el papel que se asigna a los parlamentos nacionales. La tercera parte contiene las conclusiones (8).

(8) Quienes no acepten que la Unión Europea pueda ser considerada como una comunidad política en sentido pleno (obviamente no necesariamente como un estado nacional, pero sí al menos como un estado en un sentido, digamos, kantiano: JEAN MARC FERRY: *La Question de l'État européenne*, Gallimard, París, 2000) impugnarán en su totalidad no sólo mi argumentación, sino la idea misma de dotar a la Unión de una Constitución. Para ellos, la Unión deriva su legitimidad de la de sus Estados miembros, por lo que la «constitución material de la Unión Europea» ha de estar contenida en un Tratado, y no en un documento que se proclame a sí mismo como una Constitución. No cabe ninguna duda de que se trata de una opinión muy digna y respetable en términos teóricos, pero que a mi juicio es puesta en tela de juicio por la realidad jurídica, económica y social de la Unión Europea. El número y la consistencia de las competencias positivas y negativas de la Unión implica que la acción de las instituciones europeas afecta, y de manera decisiva, la vida cotidiana de los ciudadanos europeos. Ello hace necesario que los ciudadanos puedan reapropiarse la Unión Europea mediante el control democrático de la vida de sus instituciones y de su ordenamiento jurídico.

I. EL PROYECTO DE LAEKEN: ¿UN PROCESO CONSTITUYENTE?

Una detallada reconstrucción del proceso por el cuál se «señaló» la apertura de un proceso constituyente en la Unión Europea presupone un análisis detallado de los distintos discursos y declaraciones institucionales que se sucedieron entre mayo de 2000 y diciembre de 2001 y, más precisamente, entre el discurso de Joschka Fischer en la Universidad Humboldt de Berlín y la aprobación de la Declaración de Laeken.

Dado que diversos estudios se han ocupado de describir los términos del debate, bastará con remitirse a ellos (9), y destacar aquí que la «señalización» del proceso constituyente implica la combinación de un diagnóstico y una prescripción. Así se diagnostica que «los ciudadanos europeos se muestran crecientemente descontentos con la Unión, pero no por su escepticismo sobre la idea o el ideal de la integración europea, sino por la falta de debilidad de muchas de sus políticas, y sobre todo, dada la débil legitimación democrática de las instituciones y políticas de la Unión» y se prescribe que «la redacción y aprobación de una auténtica constitución, de una constitución democrática contribuirá a recuperar la confianza de los ciudadanos europeos».

Para establecer si el objetivo del proceso constituyente ha sido cumplido o no, sería necesario esperar hasta el final del proceso, es decir, hasta que concluyera el proceso de debate y ratificación del proyecto constitucional. Dado que, a la fecha en la que escribo, ninguna de esas posibilidades se ha producido aún, el análisis es inevitablemente provisional y parcial. Pero es posible realizar al menos tres valoraciones y una estimación de futuro.

La primera conclusión provisional es que la participación ciudadana en la «señalización» del proceso constituyente fue extremadamente débil. La señalización de la apertura de un proceso constituyente implica siempre que algún individuo o colectivo articule una presunta voluntad generalizada, pero hasta ese momento meramente latente, a favor de la reforma constitucional. Dicho de otra forma, quién señala la necesidad de adentrarse en el terreno constitucional se anticipa un tanto a la expresión de una voluntad popular firme en tal sentido, con la esperanza de que la señalización sea en cierta forma una predic-

(9) MARK LEONARD (ed.): *The Future Shape of Europe*, Foreign Policy Centre, Bruselas, 2001, es una de antologías de los referidos discursos bastante completa. Algunos de los que no se incluyen pueden consultarse en la edición transatlántica de *Internationale Politik*. De entre todos los discursos, el de LIONEL JOSPIN fue uno de los más interesantes. Véase su «Ma vision de l'Europe et de la mondialisation», Plon, París, 2001. Una valoración constitucional de los discursos en CARLOS CLOSA: «The Implicit Model of Constitution in the EU constitutional Project», en ERIK ODDVAR ERIKSEN, JOHN ERIK FOSSUM y AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ (eds.): *Constitution-Making and Democratic Legitimacy in the European Union*, ARENA Report 8/02, Universidad de Oslo, Oslo, 2002, págs. 53-74.

ción que contribuya a que el resultado se produzca efectivamente (una *self-fulfilling prophecy*, que dirían los anglosajones).

Sin embargo, el período de Fischer a Laeken (por decirlo de forma telegráfica) se caracterizó por el fracaso rotundo de los diversos intentos de movilización de los ciudadanos europeos a favor de la reforma constitucional. La robustez del apoyo de los dirigentes políticos y las instituciones representativas contrasta con la indiferencia ciudadana. Es interesante, en tal sentido, observar que los ciudadanos europeos se manifiestan masivamente a favor de una Constitución Europea en abstracto (10), al tiempo que no consiguen identificar esa constitución que desean con la que se les propone con el proyecto de Tratado constitucional. Que desconocen o respecto del cual se muestran tibios.

La segunda, que la preparación del borrador del Tratado por la Convención ha alterado (y probablemente, de forma irreversible) el proceso de escritura del derecho primario de la Unión Europea. El grado de transparencia y de interacción deliberativa que ha podido observarse en los debates de la Convención ha tenido una notable influencia no sólo en el producto de la Convención (el proyecto de Tratado Constitucional aprobado en julio de 2003), sino en la propia Conferencia Intergubernamental (en adelante, CIG). Dicho lo cual, la novedad de la Convención está lejos de asegurar el carácter democrático del proceso «constituyente». En primer lugar, la toma de decisiones sobre el texto final del Proyecto sigue estando en manos de la CIG, que desarrolla su actividad básicamente en reuniones a puerta cerrada (11). En segundo lugar, y en clara conexión con lo que acaba de decirse, la Presidencia del Consejo de turno tiene una influencia a todas luces excesiva en un procedimiento que se pretenda democrático. Ello se debe al poder de la Presidencia sobre la agenda de la CIG y sobre el curso de los debates, de la que somos aún más conscientes tras las reiteradas muestras de impericia de la Presidencia Italiana en diciembre de 2003.

La tercera, que se perdió una gran oportunidad magnífica para aumentar la legitimidad democrática del proceso al pasar, prácticamente sin transición, del final de los trabajos de la Convención a la apertura de la CIG (12). De haberse

(10) Véase, por ejemplo, «Flash Eurobarometer 159: The Future European Constitution», Brussels, Eurobarometer, January 2004; y «Flash Eurobarometer 159 Wave 2», Brussels, Eurobarometer, July 2004. Disponibles en http://europa.eu.int/comm/public_opinion/flash/fl159_fut_const.pdf. y http://europa.eu.int/comm/public_opinion/flash/fl159_2en.pdf.

(11) Las reuniones del Praesidium de la Convención se produjeron también a puerta cerrada. Lo mismo cabe decir de las reuniones de los Grupos de Trabajo, si bien por lo que respecta a estas últimas, los ciudadanos tienen a su disposición «comptes-rendu» de las mismas.

(12) La Convención terminó sus trabajos el 18 de julio de 2004 y la Conferencia Intergubernamental comenzó sus actividades el 4 de octubre de 2003. El lapso es especialmente breve si tenemos en cuenta la pausa estival.

postergado unos meses el inicio de la CIG, a los logros democráticos del proceso de la Convención (la mayor transparencia, la apertura a los argumentos de los públicos generales y de la sociedad civil) podrían haberse unido los característicos de un proceso de debate público sincronizado en toda la Unión. El Proyecto de Tratado aprobado por la Convención habría servido de agenda común a un debate pan-europeo. De ese modo, los ciudadanos europeos podrían haberse influido mutuamente en el análisis y discusión de los asuntos incluidos en el proyecto. Ello habría dado pie, a su vez, a una crítica pública de las propuestas de la Convención e impulsado políticamente los trabajos de la CIG.

Por lo que respecta al futuro, sería conveniente que la ratificación se produjera mediante un «referéndum» europeo. En términos ideales, esto implicaría un referéndum en toda la Unión que se habría de celebrar en una misma fecha, y en el que los votos se contarán dos veces: una considerando la voluntad general de los ciudadanos europeos, y otra considerando la voluntad de los ciudadanos de cada Estado miembro. En términos pragmáticos, esto requeriría que los referenda nacionales (o quizá sea mejor decir referendos, como es habitual) (o en su defecto, las decisiones parlamentarias) se produjeran dentro de un plazo, fijado para la Unión en su conjunto. La necesidad de una horquilla temporal deriva de que así se lograría la sincronización de los debates nacionales, lo que contribuiría a paliar (si bien sólo parcialmente) la falta de debates en el período que media entre el fin de los trabajos de la Convención y la apertura de la CIG (13). En caso de que no se proceda de tal modo, el grado de legitimación democrática del texto constitucional será claramente inferior al característico de la mayoría de las constituciones nacionales, lo que a buen seguro tendrá su incidencia sobre la articulación de las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional.

II. EL PROYECTO DE TRATADO CONSTITUCIONAL COMO MARCO DE LA VIDA DEMOCRÁTICA

La aprobación de una Constitución de la Unión Europea mediante un proceso genuinamente constituyente contribuiría sin lugar a dudas a paliar el défi-

(13) Sólo un debate simultáneo en todos los Estados miembros, basado en una misma agenda constitucional, permitiría afirmar que una eventual voluntad concurrente de los distintos Estados Miembros está sustentada en razones comunes. En efecto, si los debates se producen en momentos temporales distintos, no sólo no se establecen las condiciones para la mutua influencia entre las esferas públicas nacionales, sino que las decisiones podrían verse influidas por razones coyunturales distintas.

cit democrático del Derecho de la Unión. Dado el papel central de las normas constitucionales en el ordenamiento jurídico, su condición democrática tendría una fuerza legitimadora que «contagiaría» al resto del ordenamiento jurídico de la Unión. Ello no es óbice para afirmar que el vigor de la vida democrática de la Unión no puede sustentarse de forma exclusiva en el procedimiento de aprobación de la Constitución europea. La dignidad democrática de toda Constitución deriva no sólo de su aprobación democrática, sino también de su condición de *fundamento y marco* de un procedimiento legislativo democrático.

Es importante considerar las cinco cuestiones siguientes:

El ámbito de lo constitucional en el Tratado Constitucional;

Los derechos políticos que se conceden a los ciudadanos europeos en tanto que tales;

La transparencia del proceso legislativo y la estructura del sistema de fuentes del derecho comunitario;

La relación que existe entre la pluralidad de procedimientos legislativos comunitarios y el fomento de determinados contenidos normativos;

La democratización del proceso legislativo institucional, y más específicamente, el papel que se asigna a los parlamentos nacionales.

A) *El ámbito de lo constitucional*

Una de las ideas comunes a todos los proyectos constitucionales oficiales u officiosos desde los años ochenta (señaladamente, desde el Proyecto Spinelli) es la necesidad de adecuar *la forma* a la *materia constitucional*. Las Comunidades Europeas tienen una constitución material, pero carecen de una constitución en sentido formal, y por tanto, de una constitución que pueda decirse aprobada democráticamente.

Desde la propia fundación de las Comunidades Europeas no ha faltado quién diga que los Tratados son la «constitución» de las Comunidades Europeas (14). Ésta ha sido la opinión constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, confortado en tal juicio por los tribunales nacionales (15). El Tribunal de Luxemburgo ha repetido una y otra vez que el derecho comunitario es un «nuevo ordenamiento jurídico», dotado de autonomía, y por

(14) Así, el Abogado General Lagrange en su dictamen en el caso 8/55, *Fédération Charbonniere de Belgique v. High Authority*, [1956] ECR 266, o el Tribunal Constitucional Alemán en 1967 (22 BVerfGE 293, pág. 296).

(15) Véanse KAREN ALTER: *Establishing the Supremacy of European*, Oxford University Press, Oxford, 2001, y LISA CONANT: *Justice Contained*, Cornell University Press, Ithaca, 2002.

tanto de una constitución material formada por las tradiciones constitucionales comunes y las disposiciones básicas/fundamentales de los Tratados. En tal sentido, los Tratados son considerados como un primer intento de *dar forma concreta a las tradiciones constitucionales en el contexto de un proyecto de integración económica europea*. El Tribunal de Justicia ha puesto de relieve el carácter constitucionalmente incompleto de los Tratados, y ha explicitado algunos de los principios fundamentales del derecho comunitario *no escritos* (así en *Van Gend en Loos* y *Costa*, y de forma aún más clara, en *Internationale*), derivándolos de las citadas tradiciones constitucionales comunes (16).

La integración europea se basa (o quizá habría de decir se basaba) en un constitucionalismo sin política constitucional, pese a que la creación de un ordenamiento jurídico autónomo (cuando menos respecto de cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales considerados de forma individual) parecía requerir una fundación *políticamente* constitucional. Tal fue el argumento central de los defensores del fallido Proyecto de Comunidad Política de 1953, que pretendía dotar de un texto constitucional a las Comunidades. Y también fue ésa una de las razones aducidas a favor del Proyecto de Tratado constitucional de 1983, el ya citado proyecto Spinelli (17). En ambos casos, el objetivo era distinguir formalmente entre normas constitucionales e infra-constitucionales, al tiempo que la legitimidad de las normas de rango constitucional se fundaba en explícita y sustantivamente su aprobación a través de un procedimiento constituyente.

Esta misma idea guió, al menos en un principio, los trabajos de la Convención de Laeken (18). Ello explica la neta distinción en cuatro partes del Texto

(16) A medida que la constitucionalización del Derecho comunitario avance, se pondrá de relieve que los Tratados contienen normas materialmente constitucionales junto con normas materialmente legales.

(17) Sobre el Proyecto de Comunidad Política, RICHARD T. GRIFFITHS: *The First European Constitution*, Kogan Page, London, 2001; sobre el proyecto Spinelli, véanse ROLAND BIEBER, JEAN-PAUL JACQUÉ y JOSEPH H. H. WEILER: *An ever closer union: a critical analysis of the Draft Treaty establishing the European Union*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1985; FRANCESCO CAPOTORTI, FRANCIS JACOBS y MEINHARD HILF: *The European Union Treaty*, Oxford University Press, Oxford, 1986; ROCCO ANTONIO CANGELOSI: *Dal Progetto di Trattato Spinelli all'Atto Unico Europeo*, Franco Angeli, Milano, 1987; y JEAN-MARIE PALAYRET: «Entre cellule Carbonara et conseiller des Princes: Impulsions et limites de la relance européenne dans le projet Spinelli d'Union politique des années 1980», disponible en <http://users.skynet.be/clubcrocodile/Archive/ProjetSpinelli.htm>.

(18) Los dos vice-presidentes de la Convención habían dedicado tiempo y atención a la simplificación de los Tratados en el pasado. Jean Luc Dehaene en tanto que director del Comité de Hombres Sabios, y Giuliano Amato, en sus actividades en la cátedra del centro Robert Schuman del Instituto Universitario Europeo de Florencia. Dehaene era uno de los co-autores del in-

del Proyecto, así como justifica la decisión del Praesidium de concentrar los esfuerzos y actividades de la Convención en las partes I y IV del proyecto, dejando la Parte III en manos de los «técnicos» (la Parte II, que contiene la Carta de Derechos Fundamentales, había sido elaborada por la Convención de Niza). Mientras que las Partes I, II y IV tendrían rango propiamente *constitucional*, la Parte III tendría un rango *legal*, y por tanto, susceptible de modificación a través de un procedimiento legislativo, incluso si se exigieran mayorías reforzadas a tal efecto.

El texto final del proyecto de Tratado, tanto el elaborado por la Convención como por la CIG, asigna idéntica dignidad constitucional a las cuatro partes del texto (19). Ello implica que nos encontremos ante una de las Constituciones más largas y densas en la historia del derecho constitucional comparado. Pero lo que es realmente preocupante, es que ello da lugar a una *sobre-constitucionalización* del derecho comunitario. Dado que la Parte III contiene una detallada descripción de los objetivos de las diversas políticas comunitarias, el resultado no es otro que el de *constitucionalizar* el modelo de relaciones entre política y economía contenidas en el Tratado de Roma, tal y como se encuentra redactado tras sus sucesivas reformas, y señaladamente tras el Acta Única y por el Tratado de Maastricht, sin que tal modelo haya sido objeto de debate constitucional alguno (o casi ninguno). Conviene no olvidar que los debates de la Convención se centraron, de forma prácticamente exclusiva, en las partes I, II y IV del texto. Todo ello entraña el riesgo de vaciar el ámbito decisorio de los procedimientos legislativos europeo, nacional y regional, a causa

forme solicitado por la Comisión Europea, «The Institutional Implications of Enlargement», disponible en <http://www.jeanmonnetprogram.org/dehaene.html>. AMATO desempeñó un papel central en la elaboración del Proyecto de Tratados refundidos: «A Unified and Simplified Model of the European Communities Treaties and the Treaty on European Union in Just One Treaty», Legal Affairs Series of the European Parliament, W9, October 1996; una versión resumida en <http://www.iue.it/RSC/TREATY/Welco-en.html>. Y en los trabajos del Centro posteriores a la firma y ratificación del Tratado de Ámsterdam. Véanse «Quelle Charte Constitutionnelle pour l'Union européenne, Stratégies et options pour renforcer le caractère constitutionnel des traites», Document de Travail, Série Politique, POLI 105 FR, 1999, en <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Institutions/PE-DOC.pdf>. Y «A Basic Treaty for the European Union. A study of the reorganization of the Treaties», en [http://www.iue.it/RSCAS/Research/Institutions/rapport\(2\).pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Institutions/rapport(2).pdf); la segunda parte del informe en http://www.iue.it/RSCAS/Research/Institutions/2ndrapport_FR.pdf. El proyecto final puede consultarse en <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Institutions/Draft-Treaties.pdf>. Un estudio crítico en BRUNO DE WITTE: «Simplification and reorganization of the European Treaties», 39 (2002), *Common Market Law Review*, págs. 1255-1287.

(19) Una de las causas de esta poco afortunada decisión fue la pertinaz oposición de los representantes gubernamentales de algunos estados a dar pleno valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales. Véase CONV 659/03 of 14 April 2003.

de la de *sobreconstitucionalización* de la política europea. En cuyo caso se quebrantaría notablemente la legitimidad democrática del nuevo orden constitucional europeo (20).

Tal riesgo sólo podrá ser eludido en el caso de que el Tribunal de Justicia se erija en *deslindador* del terreno de lo constitucional y lo legislativo en el Proyecto de Tratado Constitucional. Pero, dejando de lado las dudas acerca de la conveniencia de que una decisión de tal trascendencia se deje en manos de un Tribunal, hay que indicar que una eventual decisión en tal sentido del Tribunal de Luxemburgo sería muy probablemente puesta en entredicho por los tribunales constitucionales nacionales. Al fin y al cabo, la competencia para dictar sentencias de tales características habría de ser vista como estrechamente relacionada con la competencia para convertirse en el verdadero guardián del orden constitucional europeo; y es sabido que cualquier decisión que implique que tal competencia corresponde exclusivamente al Tribunal de Justicia suscitará reticencias en los tribunales nacionales, y muy especialmente los constitucionales (21).

(20) Quizás convenga tener presente que el riesgo de sobreconstitucionalización fue tenido muy en cuenta por el Tribunal Constitucional alemán en su famosa sentencia *Brunner*. Véase *Manfred Brunner*, of 12 October 1993, BVerfGE 89, 155, traducida al inglés en *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, págs. 526-575 (la cursiva es mía): «The right guaranteed by Article 38 of the Basic Law, to participate via elections in the legitimation of State authority and to gain influence over the exercise thereof precludes, within the scope of Article 23 of the Basic Law, that right from being undermined by the transfer of tasks and powers of the Bundestag to the point where the principle of democracy, in so far as Article 79(3) in conjunction with Article 20(1) and (2) of the Basic Law declares it inviolable, is violated (cf. B.I (a) above) (...) For democracy not to remain merely a formal principle of accountability, it requires the existence of certain prerequisites such as a constant free exchange of views between opposing social forces, interests and ideas, in the course of which political objectives also become dear and change [cfr. BVerfGE5,855 (135, 198, 205); 69, 315, (344 ff)] and from which public opinion gives initial shape to the political will. It also implies that the decision-making processes of the institutions exercising sovereign authority, and the political objectives pursued at any given time, must be generally clear and understandable. Equally, the citizen who is entitled to vote must be able to communicate in his own language with the sovereign authority to which he is subject». La «sobre-constitucionalización» es una de las razones fundamentales que invocan los «euró-filos» que se oponen al Tratado. Vid. LAURENT FABUS: *Une certaine idée de l'Europe*, París, Plon, 2004, págs. 21-23 y 45-52. Entre otros, Jacques Ziller afirma que una interpretación sistemática del texto excluye que todas las partes tengan el mismo rango constitucional. Véase JACQUES ZILLER: *La nuova costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, págs. 63 y sigs.

(21) Muchos de los críticos del Tribunal de Justicia han acusado a los magistrados de Luxemburgo de excederse en sus competencias, de incurrir en un imperdonable «activismo judicial». La referencia habitual es HJALTE RASMUSSEN: *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policy-Making*, Nijhoff, Dordrecht, 1986. Con independencia de la opinión que a uno le merezcan tales críticas, será difícil echar la culpa al Tribunal si,

Lo que implica que la *falta* de una decisión constitucional dará lugar o bien a una sobreconstitucionalización a todas luces *problemática desde una perspectiva constitucional*, o bien a un grado considerable de incertidumbre constitucional (22).

B) *La vida democrática de la Unión*

Las teorías deliberativas de la democracia sostienen que los públicos generales desempeñan un papel fundamental en la vida política y que la existencia de una relación dinámica entre los públicos generales y los públicos institucionales (esencialmente, los parlamentos) es un presupuesto necesario para hablar de legitimidad democrática (23). En concreto, sólo en tales condiciones será posible fundamentar la legitimidad democrática de las democracias representativas. La existencia de una adecuada relación entre públicos generales e institucionales depende en buena medida de la calidad de los derechos de participación política, que son por ello un buen indicador del carácter democrático de un sistema político.

Una primera lectura del texto del Proyecto Constitucional podría hacernos pensar que la futura constitución europea tendrá como consecuencia el reforzamiento de los derechos políticos de los europeos, y por tanto, la afirmación de la ciudadanía europea como *ciudadanía política* (24). En concreto, el proyecto contiene referencias que pueden ser vistas como prueba de que los *convencionales* tuvieron bien presente la necesidad de reforzar el peso e influencia de los *públicos generales* en los procesos de toma de decisiones comunitario. Así el Título VI de la Primera Parte del Tratado se titula «Vida democrática de la Unión», y el Artículo I-46 se refiere al «principio de democracia participativa». Y de hecho, algunos miembros de la Convención, así como los analistas más optimistas, consideran estas disposiciones como un «logro democrático».

Sin embargo, un análisis más detenido y sistemático del texto pone de relieve que los avances del Proyecto son escasos.

eventualmente, se ve forzado a establecer tal distinción ante el silencio del Tratado Constitucional en la materia.

(22) Amén de tener consecuencias bien concretas: ¿cómo ha de interpretarse la remisión que se hace en el artículo I-12.6 a la parte III? Lo dicho en la parte primera acerca de las competencias de la Unión ¿establece un marco constitucional al que han de ajustarse las disposiciones concretas de la parte III, o por contra, meramente los refleja?

(23) Véanse referencias nota 9.

(24) MICHELLE EVERSON: «The Legacy of the Market Citizen», en JOSEPHINE SHAW y GILIAN MORE (eds.): *New Legal Dynamics of the European Union*, Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 73-89.

En primer lugar, el Proyecto no aporta ni un catálogo más amplio de derechos políticos, ni una mayor precisión en su contenido y titularidad. Es cierto que en el Artículo I-44 se afirma que la vida democrática exige la «igualdad democrática» de los ciudadanos. Pero no lo es menos que tal principio se traduce principalmente en los derechos a la «igual atención por parte de las instituciones de la Unión» (en el propio Art. I-45) y a un proceso de toma de decisiones «tan abierto y cercano al ciudadano como sea posible» (Art. I-46.3). Conviene tener en cuenta que ambos derechos pueden ser respetados sin asignar derecho político alguno a los ciudadanos europeos *en tanto que individuos*.

En segundo lugar, el Proyecto asocia los «derechos políticos» al principio de «democracia representativa» (Art. I-46.1), al tiempo que calla en lo que concierne a las relaciones entre éstos y el principio de igualdad democrática. Ello es problemático dado que se afirma que el principio de representación democrática fundamenta no sólo la existencia y elección por sufragio universal del Parlamento Europeo, sino también la participación de los representantes de los gobiernos nacionales en el proceso de toma de decisiones europeo (25). La consideración de ambas realidades como dos caras de la moneda es incorrecta, dado que el tipo e intensidad de la representatividad democrática es bien distinta en ambos casos, y dado que puede llevar a pensar que la debilidad institucional del Parlamento Europeo se ve compensada por el papel asignado a los gobiernos nacionales actuando en Consejo.

En tercer lugar, toda futura ampliación del elenco de derechos de los ciudadanos europeos dependerá de un acuerdo unánime del Consejo, sin que el Parlamento tenga influencia alguna, salvo la derivada de su opinión no vinculante (*cf.* Artículo III-126).

En cuarto lugar, el Proyecto define la democracia como una cuestión de «responsabilidad» y «buena gobernanza». Una lectura sistemática de lo dispuesto en los Artículos I-46 y I-47, induce a pensar que la participación de los ciudadanos no es considerada como un fin en sí mismo, sustentado en los derechos políticos de los ciudadanos, sino como un instrumento al servicio de la mayor eficacia en gobierno de la Unión. En tal sentido, es altamente significativo que el Proyecto sienta las bases de una relación dinámica entre los públi-

(25) Es significativo que la afirmación de los derechos políticos de los ciudadanos se encuentre en otras partes del Proyecto: art. I-10 (ciudadanía de la Unión); los arts. I-10.2(b) y II-99 establecen el principio de elección por sufragio universal de los miembros del Parlamento Europeo, así como el derecho de los ciudadanos a votar y a presentarse como candidatos en tales elecciones. Por su parte, el art. I-10.2(b) y el art. II-100 afirman el derecho de los ciudadanos europeos a votar en su lugar de residencia en las elecciones municipales, se encuentre o no en el país del que son ciudadanos.

cos generales y la Comisión, y no entre los públicos generales y los institucionales (en el caso europeo, principalmente el Parlamento), como correspondería si el objetivo fuera aumentar la legitimidad democrática del proceso legislativo comunitario. Así, las iniciativas ciudadanas han de ser «estructuradas» o «filtradas» al menos dos veces antes de que se incorporen a la agenda política de la Unión: primero, por las asociaciones ciudadanas representativas, y después por la propia Comisión, interlocutor preferente sino único, que sirve de *punte* entre el Parlamento Europeo y la sociedad civil. Prueba de ello es que sea la Comisión, y no el Parlamento, quien organice «consultas amplias» con la sociedad civil (Art. I-47.3), que las «asociaciones representativas y a la sociedad civil» participen en el proceso de elaboración de las propuestas legislativas por parte de la Comisión (Art. I-47.2), y no en otro momento del proceso legislativo y, finalmente, que el derecho popular de iniciativa sea una *invitación* dirigida a la Comisión, y que ésta sea libre de dar curso o de archivar la iniciativa (art. I.47.4) (26).

C) *Transparencia y Sistema de Fuentes del Derecho*

El proyecto de Tratado Constitucional reafirma la decisión, ya adoptada pero aún no implementada (27), de asegurar la publicidad de las reuniones del Consejo cuando tengan por objeto decisiones legislativas (Art. I-50.2) (28). La publicidad de las reuniones legislativas del Consejo aumentará necesariamente la legitimidad democrática de la legislación comunitaria (29). Al menos hay

(26) Lo que no excluye que, una vez el Tratado en vigor, el Parlamento apoye las iniciativas populares que estime oportunas, y haga uso de su poder político frente a la Comisión en defensa de las mismas. Tal costumbre constitucional alteraría radicalmente las relaciones entre Parlamento y públicos generales. En tal sentido, vid. BEN CRUM: «Can governance and government be reconciled», comunicación en el Congreso *Making the Constitution work?*, EIPA, Maastricht, 19 de noviembre de 2004.

(27) Véanse las conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla, junio de 2002, anexo 2, puntos 10-11; disponibles en http://www.europarl.eu.int/summits/pdf/sev2_es.pdf.

(28) Véase CONV 271/02, en el que se contiene el mandato del Grupo de Trabajo Simplificación, disponible en <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/02/cv00/00271en2.pdf>, y los documentos de trabajo sometidos a la consideración del citado grupo por el secretariado de la Convención (documentos número 1, 2, 3, 4 y 12). Véase también el documento 9 (del cual es autor Koen Lenaerts), disponible en <http://european-convention.eu.int/docs/wd9/4352.pdf>.

(29) Aunque no faltarán quienes critiquen tal decisión en nombre de la eficacia (al considerar que existe una relación inversamente proporcional entre la publicidad y la posibilidad de llegar a acuerdos). Ni quienes estimen que la medida será un tanto *superflua*, dado que las reuniones públicas acabarán limitándose a la escenificación de los acuerdos que se lograrán en salitas apartadas de la curiosidad pública.

dos razones por las que ello será así. La primera es que la publicidad hará necesaria la defensa *argumentativa* de las distintas opciones, haciéndose *insostenible* la defensa de una posición mediante la mera invocación del interés nacional. Consecuentemente, el veto individual o el bloqueo colectivo requerirán sustentarse en razones, por lo que es probable que se facilite la formación de mayorías decisivas, suficientes para la aprobación de la legislación comunitario. En resumen, la publicidad de las reuniones legislativas del Consejo transformará notablemente el método diplomático intergubernamental de conformidad con el cuál se desarrollan los trabajos del Consejo, aún en la actualidad. La segunda razón es que la publicidad de las reuniones del Consejo aumentará el poder de control tanto de los Parlamentos nacionales sobre los gobiernos nacionales, al tener finalmente acceso al contenido de las deliberaciones del Consejo (lo que evitará que los Parlamentos tengan como única fuente la versión transmitida por sus gobiernos); como del Parlamento Europeo sobre el Consejo; la transformación argumentativa del Consejo incrementará, a buen seguro, la influencia de los informes y posiciones del Parlamento.

La transparencia de las reuniones legislativas del Consejo se acompaña de una reforma del sistema de fuentes del derecho comunitario. Tal sistema es complejo, amén de confuso. El Grupo de Trabajo Simplificación afirmó como uno de los objetivos prioritarios de la Constitución Europea la clarificación de la tipología de normas jurídicas comunitarias, y la reducción del número de procedimientos legislativos (30).

Inspirándose en las conclusiones del citado Grupo, el Proyecto de Tratado Constitucional propone dos grandes cambios. El primero es una nueva nomenclatura normativa. Se habla ahora de leyes y leyes marco europeas, al tiempo que se abandona la vieja terminología de reglamentos y directivas, que, como es bien sabido, es la vigente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 249 TCE. El segundo es la sistematización de los actos normativos en las tres categorías típicas de los ordenamientos constitucionales nacionales, esto es, leyes, reglamentos y actos administrativos (31). Se procede, por tanto, a la *constitu-*

(30) Vid. Conclusiones del Grupo de Trabajo Simplificación, CONV 424/02, en <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/02/cv00/00424en2.pdf>.

(31) Art. I-32.1: «Las instituciones, para ejercer las competencias de la Unión, utilizarán los siguientes instrumentos jurídicos, de conformidad con lo dispuesto en la Parte III: la ley europea, la ley marco europea, el reglamento europeo, la decisión europea, las recomendaciones y los dictámenes. La ley europea es un acto legislativo de alcance general. Será obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La ley marco europea es un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios. El reglamento europeo es un acto no legislativo de alcance general que tiene por objeto la

cionalización de la nomenclatura normativa comunitaria y a la clarificación del papel que desempeñan los reglamentos (en el sentido habitual en derecho administrativo, no en derecho comunitario) en el ordenamiento jurídico comunitario.

Pese a que ambas reformas están estrechamente relacionadas, y pese a que tal vinculación fue defendida por el *chairman* del Grupo de Trabajo Simplificación y Vice-Presidente de la Convención, Giuliano Amato, es obvio que nos encontramos ante dos problemas distintos (32). Es más, cabe afirmar que si bien existían razones de peso para proceder a una sistematización del sistema de fuentes, no las había para el cambio de nomenclatura normativa. Antes al contrario, mientras que la clara distinción entre normas legislativas y normas reglamentarias es una condición necesaria para reforzar la legitimidad democrática del derecho comunitario, no puede decirse lo mismo de la sustitución de la terminología reglamento/directiva por la de ley y ley marco.

Para justificar tal juicio, es necesario explorar brevemente la estrecha asociación que existe entre el concepto de «ley» y la democracia. Para ello, quizá sea conveniente recordar que tal cuestión ha sido objeto central de muchos debates constitucionales, y que sólo aparentemente puede decirse que sea una cuestión técnica. En la tradición democrática, la ley propiamente dicha es aquella que expresa la voluntad general (*'la loi, c'est l'expression de la volonté générale'*) (33). Las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miem-

ejecución de actos legislativos y de determinadas disposiciones particulares de la Constitución. Podrá bien ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, o bien obligar al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios. La decisión europea es un acto no legislativo obligatorio en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos».

(32) Sobre las relaciones entre sistema de fuentes, evolución del derecho comunitario y principio democrático, véanse ROLAND BIEBER e ISABELLE SALOMÉ: «Hierarchy and Norms in European Law», 33 (1996), *Common Market Law Review*, 907-930, y JÜRGEN BAUST: «On the Grammar of EU Law: Legal Instruments», publicado en el *Working Paper 9/03* de la cátedra Jean Monnet de la Universidad de Nueva York.

(33) Así, cuando Carré de Malberg afirmaba a principios del siglo pasado que el rasgo definitorio de la ley es su autoría, y más específicamente, que haya sido aprobada por el Parlamento democráticamente elegido, el publicista francés no se estaba limitando a arrimar el ascua a su sardina académica, sino que estaba negando la prerrogativa monárquica, el poder de dictar normas generales a órganos distintos del Parlamento. RAYMOND CARRÉ DU MALBERG: *Contribution à la théorie générale de l'État*, LDGJ, Paris, 2002, §109; cito por la traducción castellana, *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 309: «La ley es, ante todo, cualquier decisión procedente de las asambleas legislativas. Esto es, sin duda, una definición puramente formal. Y en cuanto al fondo, la ley —en el sentido de la Constitución— no se caracteriza ni por su materia, ni por la naturaleza intrínseca de sus prescripciones».

bros de la Unión reflejan y comparten este concepto de ley. Lo que no deja de tener consecuencias bien específicas. En aquellos sistemas en los que se contempla el control de constitucionalidad de las leyes, la legitimidad democrática de las mismas es la que explica que se presuma su constitucionalidad; es por ello que el mero cuestionamiento de la constitucionalidad de las leyes no implica la suspensión de su aplicación salvo en circunstancias excepcionales, y que los Tribunales declaren su inconstitucionalidad sólo en aquellos supuestos en los que el conflicto constitucional no pueda resolverse mediante la determinación de cuál sea la interpretación constitucionalmente correcta de la norma legislativa.

Ello justifica que la nomenclatura normativa comunitaria contenida en los Tratados fundacionales, y que sigue en uso, no incluya a la ley entre los actos jurídicos comunitarios. La terminología reglamento/directiva es un recordatorio permanente de la insuficiente *democratización* del procedimiento legislativo comunitario. Deshacerse de tal recordatorio sin haber abordado una reforma democratizadora del procedimiento legislativo comunitario no conduce a resolver el problema normativo de fondo, sino meramente a esconderlo gentilmente debajo de la alfombra terminológica.

D) *El procedimiento legislativo: apariencias y realidades*

Uno de los lugares comunes de la dogmática comunitaria es la progresiva democratización del *procedimiento legislativo comunitario*. Tal afirmación se sustenta en el progresivo reforzamiento del papel que desempeña el Parlamento Europeo en el citado procedimiento. Tras una primera asignación de poderes legislativos, modestos pero en ningún caso irrelevantes, en las reformas de los Tratados de 1970 y 1975 (estrechamente relacionadas con la aplicación de las previsiones de los Tratados sobre recursos propios de las Comunidades Europeas), el Acta Única introdujo el procedimiento legislativo de cooperación, que hacía depender del sentido del voto del Parlamento el tipo de mayoría del Consejo necesaria para la aprobación de un reglamento o una directiva (34). Esos poderes legislativos *limitados* darían paso a un derecho de veto en pie de igualdad con el Consejo en el procedimiento de co-decisión introducido en el Tratado de Maastricht, y cuyo ámbito de aplicación ha sido ampliado en los Tratados de Ámsterdam y Niza.

El Proyecto de Tratado confirma tal tendencia al afirmar que el procedi-

(34) Además, el Parlamento obtuvo un derecho de veto sobre la adhesión de nuevos Estados miembros y sobre la ratificación de acuerdos de asociación.

miento de co-decisión es el procedimiento legislativo *ordinario* (Artículos I-34 y III-396) (35). Dicho de otro modo, de excepción en el Tratado de Maastricht, la co-decisión se convertirá en regla una vez que entre en vigor el Proyecto de Tratado constitucional.

No hay duda alguna de que la caracterización de la co-decisión como el procedimiento legislativo por defecto tendrá como consecuencia un aumento de las materias en las que el Parlamento tendrá un efectivo derecho de veto. Sin embargo, no es menos cierto que la democratización del procedimiento legislativo comunitario sigue siendo *incompleta*, en tanto que se asigna al Parlamento meramente un derecho de veto en pie de igualdad con el Consejo, y no *la última palabra legislativa*, y dado que la afirmación del procedimiento de co-decisión como procedimiento legislativo comunitario no excluye la existencia de numerosas excepciones a esa regla general; además, es cada vez más evidente que existe un reparto de competencias entre procedimientos legislativos que favorece *estructuralmente* una «constitución económica» liberista, o por decirlo en términos al uso, neo-liberal.

En primer lugar, la afirmación del procedimiento de co-decisión como procedimiento legislativo ordinario refuerza el poder del Parlamento Europeo, pero no le asigna *la última palabra legislativa*, como es propio y característico de los parlamentos nacionales, y como afirma el principio democrático común a todas las tradiciones constitucionales de los países de la Unión (36). En efecto, los parlamentos democráticos tienen la capacidad *positiva* de transformar en ley cualquier conjunto de normas que la mayoría parlamentaria estime oportuna y conveniente (siempre y cuando la norma sea compatible con la constitución), y no sólo el poder negativo de vetar proyectos legislativos. Nadie puede poner en tela de juicio que la asignación de un robusto poder de veto implica dotar de notable influencia al Parlamento Europeo, pero tampoco nadie dudará que hay una notable diferencia entre tener el poder de vetar y te-

(35) A lo que ha de añadirse que el Proyecto de Tratado establece que la ratificación de un tratado internacional requerirá el consentimiento del Parlamento Europeo en cinco supuestos (art. III-325.6): i) acuerdos de asociación; ii) adhesión de la Unión al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; iii) acuerdos que creen un marco institucional específico al organizar procedimientos de cooperación; iv) acuerdos que tengan repercusiones presupuestarias importantes para la Unión; v) acuerdos que se refieran a ámbitos a los que se aplique, bien el procedimiento legislativo ordinario, bien el procedimiento legislativo especial cuando se requiera la aprobación del Parlamento.

(36) Como es bien sabido, la Constitución Francesa de 1958 establece una división de trabajo legislativa entre el Parlamento y el ejecutivo. Lo que no es óbice para que el Parlamento francés tenga la última palabra legislativa y no meramente un derecho de veto dentro del ámbito de su competencia.

ner el poder de decidir el contenido de las leyes *en última instancia*. Al fin y al cabo, la democracia no es sólo, ni principalmente, una cuestión de vetos, sino de *acciones legislativas y políticas positivas*, de articulación de la voluntad general.

En segundo lugar, sólo en un sentido formal puede afirmarse que el Proyecto convierta al procedimiento de co-decisión en *ordinario*, pues las excepciones al mismo no sólo son numerosas, sino que incumben a materias políticamente esenciales. Tres son los grandes grupos de excepciones al procedimiento de co-decisión en el Proyecto:

a) Aquellos supuestos en los que el Parlamento no tiene ninguna influencia sobre la decisión legislativa, si bien ha de ser consultado (37). La última palabra legislativa corresponde exclusivamente al Consejo, si bien éste ha de actuar unánimemente. Este es el caso de la normativa sobre:

- Derechos de ciudadanía (art. III-126: el derecho al voto y a presentar como candidato a las elecciones europeas y locales; art. III-125.2: pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado, así como medidas relativas a la seguridad social o a la protección social; art. III-127.1: protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en terceros países) (38).

- Derechos fundamentales de los ciudadanos en tanto que participantes en el mercado único: 1) la libre circulación de personas (art. III-172.2 junto con art. III-172.2); 2) derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena (art. III-174.2); c) seguridad social y protección social de los trabajadores por cuenta ajena, la protección de los trabajadores en caso de resolución del contrato laboral, la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Unión (art. III-210.3 c, d, f y g, junto con III-210.1) (39).

(37) En ocasiones, la obligación de consulta se extiende al Comité Económico y Social y/o al Comité de las Regiones.

(38) A lo que ha de añadirse que el Art. III-129 establece que la ampliación de los derechos de ciudadanía europea requerirá (1) aprobación unánime en el Consejo (2); aprobación del Parlamento Europeo; (3) ratificación por cada Estado miembro de conformidad con sus disposiciones constitucionales. Se trata, por tanto, de un procedimiento ad hoc y limitado de reforma del Tratado Constitucional.

(39) La competencia de la Unión en materia social es puramente complementaria, por lo que tales medidas tienen como objeto establecer disposiciones mínimas (aunque ni siquiera esto es siempre posible, dado que se excluye, por ejemplo, en lo que concierne a la exclusión social o a la modernización de los sistemas de protección social). Por si ello no fuera poco, el art. III-210 exige que las normas comunitarias tengan en cuenta la necesidad de asegurar la «competitividad

- Armonización de las normas tributarias (art. III-171), así como los límites al movimiento de capitales a terceros países (art. III-157.3, en el sentido de «retroceder» sobre la liberalización contemplada en el derecho vigente, y también en el Proyecto de Tratado Constitucional) (40).
- Régimen lingüístico de los títulos europeos de propiedad intelectual (art. III-176).
- Derecho de familia con repercusión transfronteriza (art. III-269.3).
- Política medio-ambiental, y más específicamente, disposiciones esencialmente de carácter fiscal, medidas que afecten a la ordenación del territorio, la gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos; la utilización del suelo, con excepción de la gestión de residuos; las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético (art. III-234.2)
- Cooperación policial, *a*) cooperación operativa entre autoridades nacionales (art. III-275.3), y *b*) condiciones y límites con arreglo a los cuales las autoridades competentes de los estados miembros podrán actuar en el territorio de otro estado miembro en contacto y de acuerdo con las autoridades de dicho otro Estado (art. III-277) (41).

de la economía europea», al tiempo que han de respetar los principios «fundamentales» de cada sistema nacional de seguridad social, y han de evitar causar graves desequilibrios financieros al mismo.

(40) El Proyecto de la Convención proponía dos excepciones modestas a la decisión por unanimidad en materia tributaria. Así, el art. III-62.2 establecía la decisión por mayoría cualificada en lo relativo a cooperación administrativa y lucha contra el fraude y la evasión fiscal, mientras el artículo III.63 hacía lo propio en lo concerniente a las «normas de derecho tributario de sociedades relativas a la cooperación administrativa o la lucha contra el fraude y la evasión fiscal». En ambos casos, la decisión por mayoría cualificada estaba sujeta a un previo acuerdo unánime en el Consejo en el que se verificara la necesidad de tales medidas para el adecuado funcionamiento del mercado único y para evitar la distorsión de la competencia. Ninguna de estas disposiciones aparece en el texto aprobado por la Conferencia Intergubernamental, aparentemente a causa del rechazo frontal de las mismas por parte de las delegaciones británica, irlandesa y letona. Tal oposición puede ser relativamente sencilla de explicar en términos políticos, pero es absurda jurídicamente, dado que tales normas no eran sino una modesta formulación de las consecuencias que el art. 96 TEC (básicamente reproducido en el Proyecto III-174) necesariamente ha de tener en la materia.

(41) En algunos de estos supuestos, el Consejo puede acordar unánimemente alterar de forma definitiva el procedimiento de toma de decisiones, o más precisamente, sujetar la aprobación de las normas sobre la materia al procedimiento legislativo ordinario; tal es el caso de algunas de las normas de seguridad social y protección social (III-210.3), las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza (III-269.3) y las medidas medio-ambientales (III-234.2).

b) Supuestos en los que Parlamento no interviene en absoluto en el procedimiento legislativo, dado que ni siquiera ha de ser consultado:

- Política exterior y de seguridad común (Art. III-300).
- Política común de seguridad y defensa (Art. III-309.2).
- Las negociaciones de política comercial común (el Art. III.315.3 sigue atribuyendo al Consejo la determinación del mandato negociador, así como la aprobación de los acuerdos).
- Aquéllos ámbitos en los que las «decisiones» se adoptan siguiendo el método abierto de coordinación, básicamente, política social, de empleo, así como la coordinación de las políticas económicas mediante las orientaciones generales de las políticas económicas.

• La política monetaria, dado que la misma es del dominio exclusivo del Sistema Europeo de Bancas Centrales, a la cabeza de la cuál se encuentra la Banca Central Europea.

c) Finalmente, las normas presupuestarias (tanto la decisión sobre recursos propios, como las perspectivas financieras multi-anales, como el presupuesto anual) están sujetas a procedimientos específicos, sumamente complejos, con un grado variable de intervención del Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales.

En concreto, ls normas presupuestarias básicas son tres:

(1) La Decisión sobre recursos propios, ahora *Ley sobre Recursos Propios*, que establecerá las fuentes de financiación de la Unión, al mismo tiempo que, según el Proyecto, habrá de limitar la cuantía de los recursos (en la práctica actual, esto se hace mediante referencia al producto interno de la Unión en su conjunto) (I-54). Se trata de la «constitucionalización» de la Decisión sobre recursos propios, cuya aprobación exigía, al menos formalmente, una mini-reforma de los Tratados. La aprobación de la Ley exige no sólo la voluntad unánime de los miembros del Consejo, sino también la ratificación de la misma por todos y cada uno de los Estados miembros de conformidad con sus disposiciones constitucionales. El Parlamento Europeo ha de ser meramente consultado (I-54.3). El tenor literal de la Constitución introduce serias dudas sobre el sentido que tenga hablar de «recursos propios» de la Unión una vez que se explicita el derecho de veto de los gobiernos y parlamentos nacionales, sin que se afirme expresamente la obligación de todos y cada uno de los Estados miembros de contribuir al sostenimiento financiero de la Unión (42).

(42) En este sentido, derivar tal obligación del art. I-54.2 no es imposible, pero exige una considerable virtuosidad jurídica que podría ser mejor empleada («sin perjuicio del concurso de otros ingresos, el presupuesto de la Unión será financiado íntegramente con cargo a los recursos propios»).

(2) Las Perspectivas Financieras de la Unión, ahora *Ley del Marco Financiero Plurianual*, que fijará los «importes de los límites máximos anuales de créditos de compromiso, por categoría de gastos» (I-55.1 y III-402). La Ley del Marco Financiero da rango y dignidad constitucional a lo que hasta ahora eran meros acuerdos de origen consuetudinario entre las instituciones, encaminados a evitar dilaciones en el procedimiento presupuestario, y cuyo origen estaba en la falta de asignación de plenos poderes presupuestarios al Parlamento Europeo. La constitucionalización de esta norma redundará en la limitación del margen de maniobra presupuestario anual, y consecuentemente, en la reducción del poder del Parlamento Europeo. El Proyecto requiere que la primera Ley de Marco Financiero Plurianual sea aprobada unánimemente en el Consejo de Ministros, si bien la mayoría cualificada será la regla ulteriormente.

(3) El *Presupuesto anual* (I-56), que establece el cuadro anual de ingresos y gastos.

En tercer lugar, la existencia de diversos procedimientos legislativos, y muy especialmente la división de trabajo entre los mismos, genera un ulterior déficit democrático. El Proyecto de Tratado constitucional hace aún más clara la distinción entre los procedimientos legislativos en los que las instituciones supranacionales desempeñan un papel decisivo y en los que la aprobación de las normas no está sujeta a una multiplicidad de vetos (en adelante, procedimientos legislativos europeos mayoritarios), y aquellos procedimientos legislativos en los que las instituciones nacionales siguen desempeñando un papel central, al tiempo que existe un número considerable de actores con derecho a veto (en adelante, procedimientos legislativos nacionales con múltiples vetos). Mientras que las normas que «crean» el mercado único, desarrollando e implementando las cuatro libertades económicas y la libre concurrencia están generalmente sujetas a procedimientos legislativos europeos mayoritarios, las normas que se ocupan de la redistribución de recursos económicos, de la protección social y de la base presupuestaria de la Unión están sujetos a procedimientos legislativos nacionales con múltiples vetos. En tal sentido, el cuadro de excepciones al procedimiento de co-decisión es muy ilustrativo, y a él me remito.

Podría pensarse que la única consecuencia de esta bifurcación del procedimiento legislativo es la de facilitar que el proceso de integración económica avance más rápidamente que el proceso de integración social (por decirlo en términos esquemáticos). Política, sino jurídicamente, la integración económica contribuiría a largo plazo al surgimiento de una dimensión social (incluso redistributiva) del proceso de integración europea (43). Sin embargo, tal conclusión no tiene en cuenta que no es posible distinguir nítidamente entre el poder

(43) JACQUES DELORS: *Mémoires*, París, Plon, 2004, págs. 203, 223, 235, 304 y 213, entre otras.

de dictar normas sobre la «construcción» de los mercados y el poder de dictar normas que «corrigen» la distribución de recursos decidida por los mercados. Primero, los procedimientos legislativos nacionales con multiplicidad de vetos conducen a la perpetuación de la normativa vigente. De tal modo que a la transferencia *de jure* de la competencia de los estados nacionales a la Unión Europea se une *de facto* el favorecimiento del *status quo*. Ello conduce a favorecer el poder de los mercados en detrimento del poder político de influir sobre la organización económica y social, al hacerse improbable, sino imposible, que ni el legislador comunitario ni el legislador nacional modifiquen las normas vigentes. Un buen ejemplo de ello es la legislación del Impuesto sobre el Valor Añadido. Pese a que existe un grado notable de fraude en el Impuesto estrechamente asociado con el devengo de la obligación tributaria en el país del comprador, y no en el del vendedor, las propuestas de reformas de la Comisión son reiteradamente bloqueadas por aquellos países que estiman que perderían capacidad recaudatoria con el cambio normativo. Segundo, la experiencia acumulada en el desarrollo de los Estados sociales europeos pone claramente de relieve cómo la defensa de valores constitucionales como la solidaridad o el fomento de la igualdad requiere la aprobación de normas que regulen precisamente la relación entre los derechos sociales y el derecho de propiedad, así como las libertades económicas. Por tanto, el establecimiento de procedimientos legislativos distintos para la normativa económica y la normativa social en derecho comunitario crea un desequilibrio estructural en perjuicio de la normativa cuya aprobación está sometida a un procedimiento más exigente, con mayor número de actores dotados de un derecho de veto, esto es, la normativa «social». Un ejemplo claro es la suerte de la normativa sobre libre circulación de capitales y la tendente a combatir el fraude fiscal asociado con el efectivo movimiento de capitales. Tras la aprobación del Acta Única, el Consejo pudo aprobar por mayoría cualificada la Directiva 88/361, que redefinía la libre circulación de capitales como una libertad económica fundamental, y no meramente instrumental respecto de las otras tres libertades. Desde el inicio de los trabajos legislativos, se hizo evidente que la aplicación de la directiva podría inducir numerosos movimientos de capital con el exclusivo fin de eludir el pago de impuestos. Sin embargo, cualquier medida orientada a combatir el fraude fiscal sólo podía ser aprobada unánimemente en el Consejo. Fue por ello que la Directiva se aprobó sin que se adoptara medida alguna para prevenir el aumento del fraude fiscal una vez que la misma entrara en vigor. En el Preámbulo y el Artículo 6.5 de la Directiva, los estados miembros manifiestan su intención de llegar a un acuerdo en el futuro (44). Como era previsible, la entrada en vigor

(44) «Considerando que conviene aprovecharse del plazo fijado para la puesta en aplicación de la Directiva a fin de que la Comisión pueda presentar las propuestas tendentes a suprimir

de la Directiva dio lugar a una competencia a la baja en la tributación de los rendimientos del capital, y en pocos años, a la pérdida casi completa del poder *de facto* de obligar a las rentas del capital a contribuir al financiamiento de las cargas públicas. Pese a ello, no se adoptó ninguna medida sustantiva para luchar contra el fraude hasta... 2003, con la aprobación de la directiva sobre la tributación de las rentas del ahorro. Véase Directiva 2003/48/CE, de 3 de junio; DOCE L 157, págs. 38-48. Tercero, la Europeización del poder de dictar normas que construyen los mercados, junto con la estructuración del procedimiento legislativo asignado a las mismas en un sentido mayoritario, recorta la *eficacia* de las normas de corrección de mercados *meramente nacionales* cuya aprobación sigue siendo competencia exclusiva de los Estados. La interpretación actual de la libre circulación de capitales como libertad en sí misma aumenta el poder estructural de las empresas *en ausencia de normas tributarias y sociales* esencialmente equivalentes aplicables en todo el ámbito de la Unión. La existencia de una pluralidad de legislaciones concede a los empresarios un poder estructural enorme, al poder sujetarse a la normativa más favorable a sus intereses en uso de la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales. O simplemente, de amenazar con hacer uso de tal poder para lograr la adaptación de la legislación nacional a sus intereses. De este modo, la soberanía nacional se convierte en una mera apariencia que esconde un proceso de erosión de la *soberanía política*, a favor de la soberanía de los agentes privados, y muy especialmente, las grandes compañías.

E) *El papel de los Parlamentos Nacionales*

La asignación de ciertos poderes a los parlamentos nacionales en el procedimiento legislativo comunitario es, sin duda, una de las novedades del Tratado Constitucional que ha merecido mayor atención. Lo que es menos obvio es si tales poderes contribuirán de manera significativa a aumentar la legitimidad democrática del derecho comunitario.

Como es bien sabido, los parlamentos nacionales tienen poderes limitados, y en todo caso indirectos, en los procedimientos legislativos actualmente en vi-

o a atenuar los riesgos de distorsión, de evasión y de fraude fiscales relacionados con la diversidad de los regímenes impositivos nacionales y que el Consejo pueda pronunciarse sobre dichas propuestas (...) La Comisión presentará al Consejo, a más tardar el 31 de diciembre de 1988, las propuestas destinadas a suprimir o a atenuar riesgos de distorsiones, de evasión y de fraude fiscales vinculados a la diversidad de los regímenes nacionales referentes a la fiscalidad del ahorro y al control de su aplicación. El Consejo deberá pronunciarse sobre las propuestas de la Comisión, a más tardar, el 30 de junio de 1989. Toda disposición fiscal de carácter comunitario deberá adoptarse, de conformidad con el Tratado, por unanimidad».

gor en el derecho comunitario. De hecho, el papel que desempeñan los legisladores nacionales es mero reflejo de su capacidad política de control sobre los gobiernos nacionales, que a su vez forman parte del principal órgano legislativo de la Unión, por ejemplo, el Consejo de Ministros de la Unión (45). Dado que en todos los Estados miembros, las constituciones o tradiciones constitucionales nacionales asignan a los Parlamentos un poder de control sobre la acción de sus gobiernos, los Parlamentos pueden ejercer una labor de control sobre la formación de voluntades en el Consejo, pese a que el derecho comunitario no les asigne papel alguno. Siguiendo el ejemplo alemán, y en los últimos lustros, el modelo danés, todos los parlamentos nacionales han establecido comités específicos teóricamente encargados de controlar *ex ante* y *ex post* el proceso de toma de decisiones y la adopción de legislación comunitaria, con el objetivo cada vez más explícito de evitar que los ejecutivos nacionales se sirvieran de la creciente *comunitarización de las normas jurídicas* para eludir la acción de control parlamentaria (46). Por ello, desde hace años se viene afirmando la necesidad de dar carta de naturaleza europea a las funciones de control de los parlamentos nacionales. Ha de añadirse, sin embargo, que el problema tiene ciertamente raíz europea, en tanto que el posible *apoderamiento* de los ejecutivos deriva de la creación de un nivel supranacional de toma de decisiones y de la falta de transparencia de las deliberaciones del Consejo; pero que también es fruto del creciente dominio de los ejecutivos sobre los parlamentos, algo que dista de ser nuevo, y que ya era uno de los lugares comunes de los críticos de la democracia parlamentaria en los años veinte (47).

Ése es el contexto en el que se abren las discusiones sobre el papel de los parlamentos nacionales en el procedimiento legislativo y de toma de decisio-

(45) Ciertamente, los parlamentos nacionales participan en el procedimiento legislativo comunitario en la medida en la que son llamados a trasponer las directivas de la Unión. Pero el creciente detalle del tenor literal de las directivas ha reducido, si no anulado, la discrecionalidad sustantiva de los parlamentos nacionales. Pero véase DIONYSSIS G. DIMITRAKOPOULOS: «The transposition of EU law: "Post-Decisional Politics" and Institutional Autonomy», 7 (2001), *European Law Journal*, 442-458.

(46) Véanse EIVIND SMITH: *National Parliaments as cornerstones of European Integration*, Kluwer, London, 1996, y RICHARD KATZ y BERNHARD WESSELS: *The European Parliament, the National Parliaments and European Integration*, Oxford University Press, Oxford, 1999; sobre la incidencia que estos mecanismos tienen sobre el concepto de democracia en la Unión, véase HERMAN SCHMITT y JACQUES TOMASEN (eds.): *Political Representation and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1999. En castellano, puede consultarse FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA: *Parlamentos Nacionales y Derecho comunitario derivado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

(47) CARL SCHMITT: *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990.

nes europeo en la Convención. Las soluciones propuestas se encuentran en los Protocolos sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea (en adelante, Protocolo de los Parlamentos) y el Protocolo sobre la aplicación de los principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad (en adelante, Protocolo Subsidiariedad y Proporcionalidad). En ellos se dispone:

1) Asignar a cada una de las cámaras parlamentarias nacionales el poder de expresar su opinión sobre el adecuado respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad por todas y cada una de las iniciativas legislativas a las que es aplicable el Protocolo Subsidiariedad y Proporcionalidad (vid. punto 5 del citado Protocolo); se impone paralelamente al Parlamento, el Consejo y la Comisión la obligación de tener «en cuenta los dictámenes motivados» de cada uno de los parlamentos nacionales.

2) Conceder a un colectivo de cámaras parlamentarias (un tercio del total) (48) el poder de forzar la revisión de las propuestas legislativas de la Comisión a las que sean de aplicación los Protocolos (49); tal poder, sin embargo, se limita a obligar a la Comisión a reconsiderar su propuesta, quedando en plena libertad de reiterarla, cambiarla o retirarla, si bien siempre aduciendo las razones de tal decisión.

3) Requerir la impugnación de la validez de las normas comunitarias a las que es de aplicación el protocolo a sus gobiernos nacionales, de conformidad con lo previsto en el propio ordenamiento constitucional nacional (punto 7, Protocolo Subsidiariedad y Proporcionalidad: «recursos por incumplimiento del principio de subsidiariedad por parte de un acto legislativo (...) transmitidos por [los Estados miembros] de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su parlamento nacional o de una cámara del mismo».

(48) Un cuarto del total si se trata de propuestas de la Comisión o iniciativas de un grupo de Estados presentadas con arreglo al artículo III-165 de la Constitución relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia.

(49) Ambos protocolos definen los tercios mediante referencia a un sistema de cómputo de votos que tiene en cuenta que en algunos ordenamientos, el Parlamento está formado por dos cámaras, mientras que algunas constituciones optan por el unicameralismo. Cada una de las cámaras en los sistemas bicamerales disponen de un voto, mientras que los Parlamentos en los sistemas unicamerales disponen de dos votos. Este reparto de «votos» exigirá, a buen seguro, una reforma de los mecanismos nacionales de control en algunos países. Tal es el caso de España, dado que si bien el sistema parlamentario español es bicameral, el control de la acción de gobierno se ejerce mediante la Comisión Mixta Congreso-Senado. Sobre este punto, véase MANUEL DELGADO: «El control de la subsidiariedad: El sistema de alerta temprana en el proyecto de Constitución Europea», ponencia presentada en el congreso *La Democracia Parlamentaria en la Unión Europea*, Congreso de los Diputados, 27 de mayo de 2004.

A ello se añade la obligación que se impone a la Comisión en el Protocolo de los Parlamentos Nacionales de transmitir *directamente* a las cámaras parlamentarias:

1) El programa legislativo anual, así como cualquier otro instrumento de programación legislativa o de estrategia política que presente al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros.

2) Todos los documentos de consulta de la Comisión (libros blancos, libros verdes y comunicaciones).

3) Todas las propuestas legislativas remitidas al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros.

La asignación a los parlamentos nacionales de poderes concretos en el procedimiento legislativo comunitario, tanto a título individual como colectivo, atiende a la necesidad de formalizar y reforzar el control que *de facto* (desde la perspectiva del derecho comunitario) y *de jure* (desde la perspectiva constitucional nacional) ejercían los parlamentos nacionales. Sin embargo, es conveniente proceder a un análisis sobrio de la consistencia de los nuevos poderes que se conceden a los parlamentos nacionales.

El poder de expresar la opinión de que existe una cierta incompatibilidad entre una propuesta legislativa de la Comisión y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad presenta cinco grandes deficiencias.

En primer lugar, existen actividades normativas y paranormativas de la Unión que quedan excluidas del ámbito de aplicación de los protocolos. El Protocolo Subsidiariedad y Proporcionalidad se refiere expresamente a «propuestas legislativas», término que necesariamente habrá de ser interpretado de conformidad con el sistema de fuentes incluido en el Proyecto (I-33) (50). Ello limita la posibilidad de intervención de los parlamentos nacionales en ámbitos ciertamente sensibles, como son los de política exterior y de seguridad común, donde no cabe hablar de propuestas legislativas o en los ámbitos en los que se siga el método abierto de coordinación.

En segundo lugar, los Parlamentos nacionales cuentan con un período brevísimo (seis semanas) para emitir su opinión. Lo perentorio del plazo se impone, quizá, por la necesidad de conciliar el control de la subsidiariedad y la proporcionalidad con la eficacia de la acción legislativa. A largo plazo, conducirá a que los Parlamentos se replanteen su actitud meramente «reactiva» frente a las iniciativas legislativas comunitarias, y a que «europeícen» sus actividades. Sin embargo, en el futuro inmediato es probable que reduzca notablemente la potencial eficacia de los Protocolos, conduciendo a la emisión «pre-

(50) Vid. *supra*.

ventiva» de dictámenes escasamente motivados o a la pasividad de los parlamentos.

En tercer lugar, el único destinatario de las advertencias es la Comisión, lo que implica «concentrar» el examen de la compatibilidad de las normas comunitarias en su condición de «iniciativas». Sin embargo, nada impide que el Consejo y el Parlamento, en el proceso de co-decisión, o el Consejo en otros procedimientos, introduzcan cambios que tornen problemática, desde la perspectiva de la subsidiariedad y la proporcionalidad, propuestas que inicialmente no lo eran.

En cuarto lugar, conviene tener presente que el *dominio del ejecutivo* sobre los parlamentos nacionales implica que, en aquellos Estados con gobiernos que gocen de una mayoría absoluta en las cámaras, existirán razones de peso para concluir que los poderes asignados a los parlamentos duplican, *de hecho*, las oportunidades de los gobiernos de oponerse a las iniciativas de la Comisión. Con la ventaja añadida de que los parlamentos representan la voluntad popular, y por tanto, permiten «dignificar» la oposición nacional a las iniciativas comunitarias.

En quinto lugar, los Protocolos no tienen suficientemente en cuenta la posición de los parlamentos regionales dotados de poderes legislativos, cuyas competencias pueden por ello verse afectadas por las propuestas legislativas comunitarias de igual modo a las propias de los parlamentos nacionales. El Protocolo Subsidiariedad y Proporcionalidad se limita a indicar que «[i]ncumbirá a cada cámara de un parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas». Se trata de una disposición lacónica, que se inmiscuye en las relaciones constitucionales entre órganos federales y regionales sin ofrecer una articulación clara de los poderes de los parlamentos regionales.

El mecanismo de alerta temprana (51) y el derecho de impugnar la validez de las normas comunitarias han sido diluidos considerablemente en la redacción final de los Protocolos. En primer lugar, la única consecuencia concreta de la concurrencia de un tercio de cámaras parlamentarias en la elaboración de dictámenes que alertan sobre la incompatibilidad de la propuesta con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad es la imposición a la Comisión de la obligación de argumentar una nueva propuesta, que puede reiterar los términos de la anterior. En segundo lugar, el *locus standi* privilegiado para impugnar la validez de la norma comunitaria queda en manos de los gobiernos naciona-

(51) No cabe afirmar que nos encontremos ante un término de musicalidad agraciada, el cual presenta además inquietantes connotaciones nucleares.

les, remitiendo el Protocolo a las disposiciones constitucionales de cada estado miembro la regulación de los términos en los que los gobiernos habrán de interponer un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia.

En lo relativo al control parlamentario de la acción europea de los gobiernos nacionales, y a las obligaciones de información impuestas a la Comisión en beneficio de los parlamentos nacionales, los Protocolos incurren en notables contradicciones. De un lado, los Grupos de Trabajo y la mayoría de los *convencionales* que tuvieron la ocasión de pronunciarse al respecto defendieron la conveniencia de respetar la autonomía de cada Estado miembro a la hora de establecer los términos en los que se desarrolla la acción de control. Lo contrario supondría limitar la soberanía constitucional de los estados miembros. De otra parte, los Protocolos establecen una relación directa entre la Comisión y los parlamentos nacionales, al exigir a aquélla la transmisión de la información legislativa que distribuya al Consejo y al Parlamento Europeo, al tiempo que afectan indirectamente a las relaciones entre las cámaras parlamentarias (al asignar un voto a cada cámara, con independencia de cuál sea la posición que ocupen las mismas en el ordenamiento constitucional nacional), entre las cámaras y el gobierno (al plantear la necesidad de una regulación del ejercicio de las acciones de nulidad «en nombre» de las cámaras), y entre el Parlamento nacional y los parlamentos regionales con competencias legislativas (al apuntarse que será aquél el que articule la voz de estos últimos).

Tales contradicciones ponen de relieve que la efectividad del control parlamentario nacional depende crucialmente de dos factores.

En primer lugar, de una cierta europeización de los procedimientos nacionales de control. Sólo si todos y cada uno de los parlamentos comienzan a verse como representantes no sólo de los derechos políticos de sus co-ciudadanos nacionales, sino como parte de un sistema europeo de control de la acción de los ejecutivos europeos, será posible que los Protocolos den su fruto democrático. Sólo si *todos* los parlamentos nacionales ejercen de forma efectiva el control sobre la acción de sus gobiernos será posible asegurar la eficacia de tal control. El número y la complejidad de las normas legislativas comunitarias exigen la concurrencia del control de todos y cada uno de los parlamentos nacionales. Ello implica que el inadecuado funcionamiento del control parlamentario en ciertos Estados miembros no afecta sólo a los ciudadanos de tales Estados miembros, sino potencialmente a todos los ciudadanos europeos.

En segundo lugar, es necesario que los parlamentos nacionales establezcan mecanismos de intercambio de información y rutinas de división de trabajo mediante el refuerzo de la colaboración interparlamentaria. Como afirmó de manera tajante uno de los *convencionales*, la efectividad de la acción de control no depende tanto del volumen de información, como de la capacidad de

elaborar la misma (52). En tal sentido, el Parlamento Europeo ha de ser visto como un agente central, y no como un rival. Los Parlamentos han de tener presente que, en términos institucionales, los ejecutivos coordinan su acción a través de una estructura institucionalmente asentada como es el Consejo de Ministros, lo que introduce un factor estructural de desequilibrio de poder entre cada gobierno nacional y su parlamento o cámaras parlamentarias.

III. CONCLUSIONES

En este artículo, se ha tratado de responder a la cuestión de si el Tratado Constitucional haya de ser considerado como una constitución o como un Tratado internacional desde una perspectiva democrático-deliberativa, y más específicamente, si el proceso a través del cuál se ha elaborado el texto (y se terminará, quizá, de elaborar, si se reúnen las condiciones necesarias para su entrada en vigor) (53) merezca ser considerado como un proceso constituyente, y si los contenidos sustantivos del Tratado constitucional sientan las bases de un procedimiento legislativo comunitario suficientemente democrático.

En ambos casos, el Tratado Constitucional presenta serias deficiencias. Como se indicó en la primera sección, los ciudadanos europeos desempeñaron un papel limitadísimo en la *fase de señalización* del momento constituyente, quedando la iniciativa en manos de los líderes políticos y los públicos institucionales o parlamentos. Si bien la Convención puede ser caracterizada en cierto sentido como un público institucional constitucional, los convencionales mantuvieron una relación más virtual que real con los ciudadanos europeos, al tiempo que sólo en un cierto sentido pudieron apoderarse de su mandato, y exceder la misión que le asignara el Consejo de preparar el terreno de la Conferencia Intergubernamental. Se desaprovechó una gran oportunidad democrática al pasar con prisa y sin pausa de la Convención al inicio de los trabajos de la Conferencia Intergubernamental. Al fin y al cabo, el proyecto de Tratado, tal y como fue redactado por la Convención, bien podría haber hecho las veces de

(52) HANS VAN BAALEN: «On time is too late», WD 11 del Grupo de Trabajo Parlamentos Nacionales, de 15 de julio de 2002, disponible en <http://european-convention.eu.int/docs/wd4/1524.pdf>.

(53) Afirmar que lo hará o que no lo hará compete a los futurólogos, entre los cuáles no deberían incluirse ni politólogos ni juristas. Es improbable que todos y cada uno de los Estados miembros ratifiquen el Proyecto, pero no es imposible; y lo es aún menos que en el caso de que la ratificación no sea unánime, se haga uso de lo previsto en el Proyecto, y se establezca una fórmula que permita la entrada en vigor para la mayoría de los estados que lo ratifiquen. Lo que podría (o no) dar lugar a una eventual entrada en vigor *al modo constitucional* en toda la Unión Europea.

catalizador de un debate constitucional pan-europeo. Si bien las novedades del proceso de Laeken, y en especial la convocatoria de la Convención, supusieron que ésta fuera una Convención peculiar, ello no fue óbice para que los trabajos se desarrollaran de forma poco transparente, y que la capacidad de influencia de los públicos generales fuera más bien escasa. No es imposible que el proceso de ratificación venga acompañado de un intenso debate y de la movilización política de la ciudadanía europea (54). Sin embargo, el diseño del proceso implica que el debate se desarrollará en términos muy estrechos, dado que los ciudadanos europeos sólo tienen la posibilidad de aceptar o de rechazar el proyecto. A diferencia de lo que hubiera sido el caso de producirse un primer debate entre la Convención y la Conferencia, los ciudadanos europeos no pueden movilizarse a favor de cambios concretos en el texto, salvo que ello implique una alteración *no convencional* del propio proceso de Laeken. A ello se añade que el contenido del Proyecto constitucional no contribuye decisivamente a mejorar la legitimidad democrática del procedimiento legislativo comunitario. Al atribuir rango y dignidad constitucional a las cuatro partes del Proyecto, tanto la Convención como la CIG aumentan el riesgo de *sobreconstitucionalización* del derecho comunitario, de reducción del espacio de decisión política sin el que *la propia idea de democracia* no tiene sentido. Además, el Tratado constitucional no cambia de manera decisiva el poder y la influencia del Parlamento Europeo en el proceso legislativo. El aumento del número de supuestos en los que es de aplicación el proceso de co-decisión no impide que se mantengan numerosas excepciones, en relación con las cuales el Parlamento tiene una función puramente consultiva. Es más, el Proyecto hace evidente el déficit democrático estructural del derecho comunitario. Mientras que la deliberación y decisión de las normas que crean y articulan el mercado único se produce mediante procedimientos legislativos europeizados mayoritarios, las normas que regulan la redistribución de recursos económicos, la protección social y la base financiera de la Unión son sometidas a procedimientos legislativos nacionales con múltiples vetos. Por ello cabe concluir que la protección *sustantiva* que se ofrece a las libertades económicas y a los valores asociadas a ellas (como la estabilidad de precios) en el Proyecto hace aún más explícito el déficit democrático estructural de la Unión.

Por todo ello, es dudoso que el Proyecto de Tratado constitucional merezca la dignidad que se concede a los textos constitucionales. Y, al mismo tiempo, el Proyecto presenta suficientes elementos de constitucionalización como para

(54) El debate en Francia, por ejemplo, ha alcanzado ya hechura constitucional. Véanse los dos «panfletos» publicados por LAURENT-FABIUS (nota 20) y DOMINIQUE STRAUSS-KAHN, *Oui, Paris*, Grasset, 2004.

que su caracterización como tratado internacional sea igualmente simplista. Si bien el proceso de Laeken no puede ser caracterizado como constituyente, es indudable que se asemeja más a un proceso constituyente que los distintos procedimientos de escritura y de reforma de los Tratados, desde el Tratado de París hasta el Tratado de Niza. Además, el Proyecto consolida la decisión de dar publicidad a las reuniones legislativas del Consejo, al tiempo que asigna un papel, limitado pero en modo alguno despreciable, a los parlamentos nacionales en el procedimiento legislativo comunitario.

Quizá ello exija concluir que la manera correcta de entender el Tratado constitucional sea negar simultáneamente su condición de constitución y tratado, y afirmar que se trata de un texto que presenta características de ambos. La principal valía es democratizadora de este texto es la de permitir a los ciudadanos europeos embarcarse en un proceso constituyente de la Unión en un futuro próximo, al *refundir* el derecho constitucional comunitario, y poner en *evidencia* sus deficiencias democráticas. La Unión Europea necesita, para establecer su legitimidad democrática, un proceso constituyente en el que se escriba una constitución democrática, que haga posible la expresión de la voluntad política de las mayorías europeas. El proyecto de Tratado Constitucional es un paso quizá necesario, pero en todo caso previo, a ese proceso constituyente.

Es el mejor de los Tratados aprobados hasta la fecha porque tiene hechura constitucional sin que merezca plenamente tal apelativo. Su ratificación exigirá la reforma de muchas constituciones nacionales, que habrán de afirmar su vocación europea para recuperar su plena normatividad. El proceso será largo y complejo; el Tratado constitucional, entre o no en vigor, habrá contribuido a que los europeos nos demos cuenta de a qué altura del camino nos encontramos, y de que hemos de seguir recorriéndolo, y así lo haremos (55).

(55) ALTIERO SPINELLI y ERNESTO ROSSI: *Il Manifesto di Ventotene*, publicado ahora en LUCIANO ANGELINO: *Le forme dell'Europa. Spinelli o della federazione*, Il Melangolo, Génova, 2003, págs. 187-201.

NOTAS