

EL DEBATE CONSTITUCIONAL EUROPEO

Por JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ SIERRA

SUMARIO

I. NIZA Y LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE 2004.—II. LA FORMALIZACIÓN CONSTITUCIONAL.—III. LA CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL.—IV. EL GIRO INTERGUBERNAMENTAL DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. *El Consejo, la Comisión y el Parlamento*. 2. *La aportación de Prodi: los Altos Representantes y las Agencias*. 3. *La participación de los Parlamentos nacionales*. 4. *El Consejo Europeo y/o los Jefes de Estado y Gobierno*. 5. *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. 6. *La cooperación reforzada*.—V. CONCLUSIONES.

Les vrais risques sont ailleurs, ils ne sont pas dans le texte du Traité mais dans la manière dont les derniers compromis ont été atteints à Nice. Ce qui est en danger, c'est la «méthode communautaire», qui seule peut sauver l'UE d'une lente dégringolade vers la «méthode intergouvernementale».
Agence Europe, 21-12-2000.

I. NIZA Y LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE 2004

El Tratado de Niza supuso un paso más dentro del proyecto de integración de la Unión Europea, no hay pues que valorarlo bajo el juicio del análisis de un modelo constitucional cerrado. Su realidad como paso dentro de la evolución etapista de la Unión vino dada principalmente por su agenda, limitada al acuerdo de los aspectos que se consideraron inaplazables de cara a la ampliación del Este: reponderación de votos del Consejo, composición de la Comisión, extensión de la votación por mayoría cualificada y flexibilidad de la cooperación reforzada. Niza, sustancialmente, se dedicó a acordar el reparto del poder en la toma de decisiones de cara al futuro: entre Estados grandes y pequeños de un lado; y entre Alemania y Francia de otro. No sabríamos decir hoy cuál de los repartos será más trascendente, la respuesta dependerá esencialmente de la capacidad de Alemania para ser el centro gravitatorio de los países del Este.

Junto con las razones derivadas de su agenda limitada, Niza se manifestó como fiel reflejo del modelo funcionalista-etapista por servir como plataforma de arranque de la próxima Conferencia Intergubernamental. El Tratado de Niza lleva anejo una Declaración relativa al futuro de la Unión en la cual la Conferencia «apela a un debate más amplio y profundo sobre el futuro de la Unión Europea» (1), el cual tomará cuerpo en una nueva reforma del Tratado de la Unión vía Conferencia Intergubernamental (CIG) de 2004. Niza establece una agenda para dicha CIG y diseña el camino a seguir.

Durante el 2001, sin que el Tratado de Niza esté ratificado, las presidencias sueca (primer semestre) y belga (segundo semestre), en colaboración con la Comisión, incentivarán el debate con todas las partes interesadas. En dicho debate estarán incorporados, por primera vez, los candidatos en calidad de «asociados» (2). El primer año del camino hacia la CIG 2004 finalizará en el Consejo Europeo de Laeken en diciembre de 2001, donde se realizará una declaración que, siguiendo las pautas del informe aprobado por el Consejo Europeo de Gotemburgo, contendrá las iniciativas necesarias para llevar a cabo este proceso (3).

En cuanto a la agenda, cuatro son los elementos incluidos *a priori* según la Declaración núm. 23 del Tratado. En primer lugar el reparto de competencias entre la Unión y los Estados. Su inclusión fue una imposición de los *Länder* al Gobierno Federal alemán por mor de facilitar la ratificación del Tratado de Niza en el *Bundesrat*. La demanda de los *Länder* viene provocada por su desazón ante la recentralización en el Gobierno Federal alemán de las competencias descentralizadas una vez pasan a formar parte de los asuntos europeos. El regate a parte de los 43 artículos de la Ley Fundamental alemana, sede constitucional del reparto competencial, no es privativo de la República Federal de Alemania, más al contrario, es un hecho que incide en todos los Estados descentralizados de la Unión e intensamente en el marco diseñado en el Título VIII de nuestra Constitución.

En segundo lugar, la CIG 2004 deberá abordar la delicada cuestión de la inclusión de la Carta de derechos fundamentales en el Derecho Originario. Como es sabido, la evolución del Derecho Comunitario y sus implicaciones en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros (EEMM) alcanzó de lleno a la problemática de los derechos fundamentales. Marginados del acervo comunitario, por la reti-

(1) Punto 3 de la Declaración núm. 23 aneja al *Tratado de Niza por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos*, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001, DOCE C 80, de 10 de marzo de 2001.

(2) Ver el punto IV, «Declaration on the Future of the Union» del *Memorandum to the Member of the European Commission. Summary of the Treaty of Nice*, Bruselas, 18 de enero de 2001, SEC (2001) 99.

(3) Al Consejo Europeo de Gotemburgo se presentó el *Informe de la Presidencia relativo al debate sobre el futuro de la Unión Europea* (9520/01 + COR 1). El Consejo Europeo simplemente alentó el debate en los EEMM y en los Estados candidatos y pospuso para Laeken cualquier posicionamiento sobre la CIG 2004. *Vid.* punto 15 de las *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Gotemburgo de 15 y 16 de junio de 2001*.

cencia de ciertos EEMM y por la coartada del Consejo de Europa, fueron asumidos jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Tal realidad hizo chirriar aún más los ordenamientos constitucionales de los EEMM en su difícil relación con el Derecho europeo. La punta del iceberg del conflicto fue una vez más la mostrada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, particularmente en su saga *solange* (4). El conflicto fue objeto de una «convención» que se encargó de negociar una Carta europea de derechos fundamentales. La convención estuvo compuesta por representantes de los Jefes de Estado y Gobierno de los EEMM, de los Parlamentos nacionales, del Parlamento Europeo (PE) y de la Comisión. Dicha convención elaboró la «Carta europea de derechos fundamentales» que sería adoptada a título declarativo por el Consejo Europeo de Niza pero que no fue incluida siquiera en la agenda de la CIG de Niza, no siendo en consecuencia incluida en el Derecho Originario (5).

En tercer lugar, la CIG 2004 estudiará la posibilidad de acometer la deseada y necesaria simplificación y reorganización de los Tratados. La Unión, como es sabido, carece de una Constitución en sentido formal. En su lugar tenemos una maraña surgida de la superposición de los sucesivos Tratados. París, Roma, Luxemburgo, Maastricht, Amsterdam y Niza, todos para un único Derecho Originario. Los tres Tratados Fundacionales, modificados por el Acta Única Europea en 1986, conforman desde el Tratado de Maastricht el pilar comunitario de la Unión Europea. La ciudad limburguesa también vio nacer dos pilares intergubernamentales (PESC y AJEI).

Al enredo histórico de la acumulación de Tratados, el Tratado de la Unión Europea aportó la complicación de los pilares, con una enumeración basada en sopa de letras y números. Amsterdam, por un lado, aportó más de lo mismo, ofreciendo a cambio una reenumeración más racional, la cual por desgracia no tiene ningún valor vinculante. Tras Niza sigue siendo necesario tener todos los Tratados encima de la mesa para saber donde andamos, de muestra valga la mera referencia a su denominación: «Tratado de Niza por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos». La necesidad de clarificar el laberinto jurídico es tan manifiesta que sólo el temor de los Jefes de Europa a pasar por una ratificación conjunta de todo el Derecho

(4) Ver sobre el particular A. WEBER: «El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, págs. 37 y ss.; J. WIELAND: «Germany in the European Union —the Maastricht Decision of the Bundesverfassungsgericht», *European Journal of International Law*, vol. 5, núm. 2, 1994, págs. 259-266; M. BACIGALUPO: «La constitucionalidad del TUE en Alemania - La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993», *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, Serie D, núm. 21, 1994, págs. 7-45; B. ALAÉZ CORRAL: «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, págs. 243-278.

(5) Ver las *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Niza*, 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, <http://uc.eu.int/es/Info/eurocouncil/index.htm>.

Originario permite explicar el estado de cosas (6). Estado de cosas que no es un mero problema de seguridad jurídica, sino de «incerteza» del Derecho.

La CIG de 2004 tendrá que abordar la cuestión. Pero no nos olvidemos, la simplificación, clarificación y ordenación de los Tratados tiene muchas variantes coaligadas a las indicadas, entre ellas la delicada cuestión de la jerarquía normativa o la novedosa y trascendente cuestión de la inclusión de la noción de acto legislativo en el Derecho Originario, cuestión que como se observó durante la CIG de Niza pone en peligro el ámbito de participación del PE en la codecisión con las irremediables repercusiones que ello conllevaría en el equilibrio institucional.

Por último la agenda parte con la carga de abordar la participación de los Parlamentos nacionales en la toma de decisiones de la Unión. La participación de los legislativos nacionales en el ámbito europeo ha sido tradicionalmente un proyecto abanderado especialmente por el gaullismo francés y por los *tories* británicos. Su razón de ser responde a una doble lógica dependiendo de la realidad en la que se ubique. En el contexto del déficit democrático responde a la creencia de que su participación más intensa es la única forma de legitimar la toma de decisiones comunitaria, o la mejor, en caso de postularse el incremento de la participación del PE para paliar el predicho mal. Paralelamente, en el contexto de la hipotética constitucionalización definitiva del poder de la Unión, los Parlamentos nacionales son la piedra angular de lo que podríamos llamar la tercera dimensión del intergubernamentalismo (tras Consejo de Ministros y Consejo Europeo), y sin duda simbolizan la única oposición de entidad a una reforma constitucional de orientación supranacional.

La agenda de la CIG 2004 nos demuestra que la próxima modificación del Derecho Originario será otra cosa. Con Niza, los Jefes de Estado y Gobierno consideran cerrada, al menos formalmente, la reforma de la casa europea tal y como se conocía: esencialmente en el ámbito institucional; pero también en el procedimiento de toma de decisiones y en el modelo de integración (7). La CIG de 2004, por su contenido, se configura como el primer estadio de la nueva etapa. Una nueva etapa donde se demanda un debate constitucional por las fuertes implicaciones de los temas por abordar (8).

Las implicaciones constitucionales tendrán que ser valoradas desde la lógica constitucional de la Unión, así como desde la lógica constitucional de los EEMM.

(6) Los pilares de dicha afirmación se encuentran presentes de forma sintética en la *Nota de reflexión de la Presidencia portuguesa a la atención del Grupo de Representantes de los gobiernos de los EEMM sobre el concepto de acto legislativo adoptado en codecisión en el marco de la jerarquía de los actos jurídicos comunitarios y en el contexto de la próxima ampliación de la Unión*. Bruselas, 30 de mayo de 2000, SN 3068/00.

(7) Para algunos incluso del propio modelo constituyente: modelo de «parcheo» mediante la sucesión de Conferencias Inergubernamentales. Vid. F. J. FONSECA MORILLO: «De Berlín a Niza: panorama y lecciones», *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núms. 7/8, 2001, pág. 5.

(8) Sobre la necesidad del debate constitucional, J. CLOSS: «Nice: une étape obligée», *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, núm. 444, 2001, págs. 8 y ss.; F. ALDECOA LUZURRAGA: «La apertura del proceso constituyente», *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núms. 7/8, 2001.

La primera, pese a lo que pueda pensarse, no apunta tras Niza hacia la Europa federal. Bien es cierto que salvo en lo relativo a los Parlamentos nacionales, todos los temas incluidos en la agenda 2000 tienen una dimensión supranacional. Sobre todo si se articulan por la senda de la formalización constitucional y la ratificación unitaria del Derecho Originario. Pero, aunque tal senda fuese la elegida, no podemos olvidarnos de otra dimensión parangonable en importancia: el ejercicio del poder. Niza paraliza la evolución del PE, en el plano del equilibrio institucional y en el de la toma de decisiones, dejando claro el protagonismo de los Consejos (Europeo y de Ministros). Además, se pretende excluir dicha cuestión en el 2004.

Con dichos mimbres debe contar el debate constitucional europeo: el doctrinal y el de la opinión pública. Constatado el salto que promete la CIG 2004, pasamos a centrarnos, en primer lugar, en las dos propuestas alternativas defendidas por la doctrina: la formalización constitucional, de un lado; y el mantenimiento del *statu quo* constitucional de otro, lo que algunos han denominado la Constitución material europea. A continuación, abordaremos con detenimiento los aspectos más destacados de lo que denominamos el «giro intergubernamental» de la Unión Europea, pues, en nuestra opinión, tal realidad juega contra la segunda posición doctrinal citada. Por último concluiremos apuntalando la victoria por puntos del debate constitucional ligado a la formalización constitucional.

II. LA FORMALIZACIÓN CONSTITUCIONAL

Visto lo visto, parece difícil sostener que la Declaración relativa al futuro de la Unión del Tratado de Niza es fruto exclusivamente de las limitaciones y deficiencias del acuerdo allí logrado. Por el contrario, se nos antoja como otro paso, más claro que los anteriores, hacia la formalización de una Constitución europea. Es cierto que los problemas de Niza para alcanzar un acuerdo satisfactorio y la presión del hipotético fracaso de la Cumbre provocaron un acuerdo limitado al mínimo indispensable, el cual provocó que el Tratado naciese con lastres tan considerables que, para algunos EEMM, se hacía conveniente dar una certidumbre futura con respecto a la continuidad del debate constitucional de fondo. El debate, salvedad hecha de los esfuerzos del Parlamento Europeo, cobra significación desde la creación del Tratado de la Unión Europea (9). Pero la conveniencia de dicho debate no debe confundirse con la identidad en la agenda del mismo.

(9) A. LOPES SABINO: «Penser la Constitution de l'Union européenne», *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, núm. 367, 1993; D. CURTIN: «The Constitutional Structure of the Union, A Europe of bits and pieces», *Common Market Law Review*, 1993, pág. 22; J. H. H. WEILER: «“We will do and Hearken”-Reflections on a Common Constitutional Law for the European for the European Union», en R. BIEBER; P. WIDMER: *The European Constitutional Area*, Schulthess, Zurich, 1995; A. MORAVCSIK, K. NICOLAIDIS: «Federal Ideals and Constitutional Realities in the Treaty of Amsterdam», *Keynote Article, Journal of Common Market Studies*, vol. 36, Annual Review, 1998.

Amsterdam y Niza limitaron su agenda a la reforma institucional en su dimensión más vinculada a la toma de decisiones. La CIG de Amsterdam, sin excesiva presión por la ampliación, con la introducción de nuevos temas de última hora en su agenda, y sobre todo con el interés de buena parte de los EEMM en prolongar el reparto del poder en la toma de decisiones, dejó para Niza el núcleo de su misión. Y Niza afrontó en cada uno de los temas estrella de su agenda aspectos transversales de la evolución del proyecto de integración europea.

En primer lugar debemos destacar el debate del reparto del poder. Entre Estados grandes y pequeños a través de la reforma de la Comisión y el reparto de votos en el Consejo; y entre Estados grandes, especialmente entre Francia y Alemania, tanto en el reparto de votos en el Consejo como en la combinación de la minoría de bloqueo con las nuevas bases jurídicas disciplinadas por mayoría cualificada. En segundo lugar conviene subrayar que Niza supuso otro episodio del larvado conflicto entre intergubernamentalismo y supranacionalismo: reflejado en la extensión de la votación por mayoría cualificada a nuevas bases jurídicas; y en la flexibilización del mecanismo de activación de las cooperaciones reforzadas, pues no está nada claro a favor de que Europa jugará el protagonismo de una vanguardia (10).

Como apuntamos, la agenda de la CIG 2004 nos demuestra que la próxima modificación del Derecho Originario será otra cosa. Los cuatro ámbitos incluidos de principio, sin prejuzgar posibles ampliaciones de la misma (11), la configuran como el primer estadio de la nueva etapa. Una nueva etapa donde se demanda un debate constitucional debido a las fuertes implicaciones de los temas por abordar (12).

Este debate constitucional se cieme en torno a la idoneidad de la formalización de una Constitución. A favor de dicha opción destaca la incansable y estéril lucha del PE, materializada entre otros en dos proyectos de Constitución: el proyecto Spinelli de 1984 (13) y el proyecto Oreja de 1994 (14). Marcelino Oreja, entonces Pre-

(10) En detalle sobre el Tratado véase nuestro artículo «El Tratado de Niza», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001.

(11) En defensa de la ampliación de la misma ya se ha pronunciado el PE, quien en su Resolución sobre el *Tratado de Niza* «toma nota de que las cuatro cuestiones expresamente citadas en la Declaración 23 no son exclusivas y afirma que un debate sobre el futuro de Europa no puede ser limitado, por lo que presentará propuestas concretas con vistas al Consejo Europeo de Laeken», *vid.* punto 41 de su *Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Niza y el futuro de la Unión Europea*, [2001/2022 (INI)].

(12) Sobre la necesidad del debate constitucional tras Niza, J. CLOSS: «Nice: une étape obligée», *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, núm. 444, 2001, págs. 8 y ss.; X. A. YATAGANAS: *The Treaty of Nice. The Sharing of power and the Institutional Balance in the European Union-A Continental Perspective*, Harvard Jean Monnet Working Paper 01/01, pág. 54; F. ALDECOA LUZURRAGA: «La apertura del proceso constituyente», *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núms. 7/8, 2001, *passim*.

(13) *Proyecto Spinelli sobre la Constitución Europea*, de 14 de febrero de 1984, DOCE C 77/34 de 19 de marzo de 1984, págs. 44 y 45.

(14) *Resolución sobre la Constitución de la Unión Europea y Proyecto de Constitución de la Unión Europea* adjunto a la misma, A3-0064/94. *Vid.* segundo informe de la Comisión de Asuntos Institucionales sobre la Constitución de la Unión Europea, Ponente: Sr. HERMAN, A3-0031/94; y el debate en el

sidente de la Comisión de Asuntos Institucionales del PE, justificó la necesidad de una Constitución Europea en cuatro puntos. En primer lugar, en la base legitimadora y racionalizadora de una Constitución democrática que articule el «establecimiento de un aparato de autoridad sobre el paradigma de la división de poderes y una garantía de los derechos fundamentales» (15). En segundo lugar en la necesidad de convertir la Unión en un sistema democrático, el cual sitúe el origen de su poder en los ciudadanos: «la Constitución europea debe de ser, sobre todo, una construcción centrada en los ciudadanos [...], hay que sustituir un sistema esencialmente burocrático por un sistema democrático» (16). En tercer lugar, la Constitución europea pondría fin a la opacidad jurídica de la construcción europea: «la Constitución europea debe estar en el origen de un sistema institucional claro y transparente» (17). Por último, «la Constitución europea debe reconocer lo que son las bases esenciales de la democracia de los países europeos» (18).

La estrategia de la formalización constitucional seguida por el PE se apoya en la siguiente lógica: el medio técnico del tratado servía para la integración económica, pero no es suficiente para regular el nuevo estadio del proceso europeísta; la Unión debe por consiguiente tener una Constitución propia. Desde una perspectiva doctrinal La PÉrgola ha afirmado que «la razón más importante para que se adopte una constitución es [...] la de hacer surgir la unión por la vía no de la diplomacia sino de la democracia, procurando que la unión se convierta en una opción histórica de la que sea consciente no sólo el *vértice* de la política, sino la *base* de la sociedad civil» (19).

Pese a las razones expuestas, la estrategia de la formalización constitucional del PE ha recibido siempre el desdén del Consejo Europeo. Altiero Spinelli, ante la suerte de su proyecto de Constitución, afirmó haber padecido la aguda y amarga desilusión del pescador inmortalizado por Hemingway en *El viejo y el mar*. Igual desaire sufrió el proyecto Oreja por el Consejo Europeo de Bruselas de octubre de 1993, en palabras del entonces Presidente del Gobierno español: «no habrá una Constitución Europea en lo que es el horizonte político y que nosotros podemos prever razonablemente» (20).

Pleno del PE sobre el mismo en el Anexo del DOCE, Debates del Parlamento, núm. 3-442/124, Sesión del miércoles 9 de febrero de 1994. PEDOC A3-64, 09-02-1994.

(15) M. OREJA: «Estado actual del proceso de construcción europea. Europa y el mundo en 1993», en M. OREJA: *La Constitución Europea*, Actas del Escorial, 1994, pág. 25.

(16) *Ibid.*, págs. 26-27.

(17) *Ibid.* pág. 27.

(18) *Ibid.*

(19) A. LA PÉRGOLA: «¿Para qué una Constitución de la Unión Europea?», en M. OREJA: *La Constitución Europea*, *op. cit.*, págs. 44-45.

(20) Sobre la reacción del Presidente así como de MARCELINO OREJA a la acogida del proyecto de constitución ver M. OREJA: «Palabras finales», en M. OREJA: *La Constitución Europea*, *op. cit.*, págs. 323 y ss.

El nublado horizonte de la formalización constitucional europea sufrió, al más alto nivel político, un cambio sustancial durante los preludios de Niza, gracias a los posicionamientos públicos de varios primeros espadas de los EEMM, quienes, de una u otra forma, asumieron en sus discursos la necesidad de afrontar la tarea. El primero en abrir el debate fue el Ministro de Asuntos Exteriores alemán Joschka Fischer en la Universidad Humbolt de Berlín (21). Posteriormente y reaccionando de alguna forma al primero, se produciría el discurso del Jaques Chirac ante el *Bundestag* alemán (22) y el de Carlo Azeglio Ciampi en la Universidad de Lipsia (23).

Fischer, previo aviso a británicos por posibles dolencias, afrontó la cuestión sin complejos: la reforma institucional de Niza no será suficiente a medio-largo plazo, por la sencilla razón de que es el propio sistema el que tiene que cambiar para asumir plenamente el reto de la Europa ampliada; el cambio debe llevar desde la actual unión de Estados a una federación europea; dicho sistema debe articularse a través de una Constitución (24). Con una terminología menos espontánea, el Presidente de la República francesa también se rinde ante la necesidad de una Constitución de Europa (25). Esta voluntad política fue de una u otra forma la inspiración de la Declaración sobre el futuro de la Unión Europea aneja a Niza.

III. LA CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL

Frente a los posicionamientos políticos y doctrinales favorables a la ampliación se sitúa una destacada parte del constitucionalismo europeo. En su parecer, buscar «la redacción de una Constitución formal podría llevar al problema de querer decidir de modo definitivo sobre estas cuestiones de legitimidad final, sin tener en cuenta el pluralismo de la sociedad europea y su capacidad de compatibilizar varios niveles

(21) *Vom Staatenverbund zur Föderation: Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*. Discurso del Ministro de Asuntos Exteriores alemán Joschka Fischer en la Universidad Humbolt de Berlín de 12 de mayo de 2000, http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/joschka_fischer_ge.rtf.

(22) *Notre Europe*. Discurso del Presidente francés Jacques Chirac ante el *Bundestag* alemán, de 27 de junio de 2000, <http://www.presidente-europe.fr/pfue/page-ossier6.htm?dossier=00383&nav=6&lang=6&rubrique=-1&page=1>.

(23) *Discorso del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione del conferimento della laurea Honoris Causa dell' Università di Lipsia*. Lipsia 6 de junio de 2000. <http://www.quirinale.it/Discorsi/Discorso.asp?id=12587>.

(24) «Fragen über Fragen, auf die es allerdings eine ganz einfache Antwort gibt: den Übergang vom Staatenverbund der Union hin zur vollen Parlamentarisierung in einer Europäischen Föderation, die Robert Schuman bereits vor 50 Jahren gefordert hat. [...] Diese Föderation wird sich auf einen Verfassungsvertrag zu gründen haben», *Vom Staatenverbund zur Föderation: Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, *op. cit.*

(25) «Plusieurs formules sont envisageables, du Comité des sages à un modèle inspiré par la Convention qui rédige notre Charte des droits fondamentaux. Et à l'issue de ces travaux qui prendront sans doute quelque temps, les gouvernements puis les peuples seraient appelés à se prononcer sur un texte que nous pourrions alors consacrer comme la première "Constitution européenne"», *Notre Europe*, *op. cit.*

de lealtad política, europea, nacional y regional [...]» (26). La CIG de 2004 no debe ser nada más que otro acto del modelo funcionalista-etapista aplicado al proceso de constitucionalización de la Unión Europea, renuente a formalizar una Constitución por la inexistencia de fundamentos constitucionales, léase poder constituyente, pueblo europeo, demos nutriente de la federación supraestatal, etc. El camino a seguir es la consecución de objetivos concretos sucesivos más que precipitarse en una empresa de dudosa legitimidad e inciertos resultados (27).

El posicionamiento parte de la existencia presente de una «constitución» en Europa (28), fruto de las sucesivas modificaciones del Derecho Originario y del desarrollo constitucional del mismo realizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (29). Como resume Areilza de Carvajal recibiendo la doctrina estudiada: «La Unión ya tiene una Constitución material, que ha evolucionado durante sus cuatro décadas de existencia y contiene elementos muy valiosos que puede ser preferible no formalizar. [...] Dicha constitución está basada en lo que Joseph Weiler llama el principio de tolerancia constitucional, por el que se evita decidir de modo definitivo qué autoridad, la nacional o la europea, debe primar en términos políticos» (30).

Weiler es ciertamente el abanderado del mantenimiento de *statu quo* del marco constitucional europeo (31). Para el autor resulta determinante que el proceso de integración europeo, frente a otros procesos constituyentes, no se fundamenta en la creación de una nación o un pueblo, sino en una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa (32). Tan significado carácter *sui generis* se plasma en la rea-

(26) J. M. AREILZA DE CARVAJAL: «La reforma de Niza: ¿hacia qué Unión Europea?», *Política Exterior*, vol. XV, núm. 79, 2001, pág. 116.

(27) X. A. YATAGANAS: *The Treaty of Nice. The Sharing of power and the Institutional Balance in the European Union-A Continental Perspective*, *op. cit.*, pág. 58.

(28) En dicho sentido aunque desde perspectivas diversas, J. H. H. WEILER: *The Constitution of Europe*. Cambridge University Press, United Kingdom, 1999; J. GERKRATH: *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*. Editions de l'Université de Bruxelles, 1997; JEAN PAUL JACQUÉ: «La Constitution de l'Union européenne», en *Actes du Colloque de 18-19 de junio de 1993. Revue universelle des Droits de l'homme*, núms. 11-12, 1995, págs. 397-428; D. SIMON: *Le système juridique communautaire*, 2nd edition, Presses universitaires de France, Paris, 1998; F. SNYDER: *General Course on Constitutional Law of the European Union*, European University Institute, Florence, 1998.

(29) Sentencia de 23 de abril de 1986, Asunto 294/3, *Les Verts*, ECR 1986-4, pág. 1365. Ver también la Opinión 1/76 de 28 abril de 1977, ECR 1977-1, pág. 758, punto 12; Orden de 13 July 1990, Asunto C-2/88, *Zwarfeld*. ECR 1990-7 1, p.3372; Sentencia de 23 de marzo 1993, Asunto C-341/91, *Beate Weber vs. European Parliament*, ECR 1993-1, pág. 1093, punto 8.

(30) J. M. AREILZA DE CARVAJAL: «La reforma de Niza: ¿hacia qué Unión Europea?», *op. cit.*, pág. 116.

(31) Algunos clásicos de WEILER han sido traducidos en la recopilación *Europa fin de siglo*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; su obra más reciente ha sido recopilada en *The Constitution of Europe-«Do the new clothes have and Emperor» and other essays on European Integration*. Cambridge University Press, 1999.

(32) «Integration is not about creating a European nation or people, but about the ever closer Union

lidad y el sino de la Unión, lo que Weiler ha bautizado como la *Europe's Sonderweg*, a saber: la permanencia del equilibrio-combinación entre un sistema legal de corte federal y uno institucional de corte confederal (33).

Este equilibrio es pieza esencial en la Constitución material existente. Una Constitución avalada por los buenos resultados y ante la que debe palidecer cualquier intento de formalización constitucional pues, aunque no se quiera, tal ejercicio llevará a un Estado federal en todo excepto en el nombre, no respetando el acervo constitucional actual: «lo que aparenta ser progresivo puede de hecho ser regresivo» (34). *In fine*, para Weiler mas vale lo malo conocido que lo bueno por conocer, ante las posiciones que plantean la necesidad del bosquejo de una Constitución europea opone una respuesta simple: «Europa tiene ya semejante constitución. Europa a bosquejado su propio constitucionalismo federal. Funciona. ¿Por qué arreglarlo?» (35).

Estamos pues ante la supuesta fortaleza de la Constitución material europea. Una Constitución que, conviene matizarlo, pese a la denominación dada por Areilza de Carvajal no responde a la Constitución en sentido material mortatiana (36): esen-

among the peoples of Europe.» J. H. H. WEILER: «Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision», *European Law Journal*, vol. 1, núm. 3, 1995, pág. 230.

(33) «Architecturally, the combination of a "confederal" institutional arrangement and a "federal" legal arrangement seemed for a time to mark Europe's Sonderweg - its special way and identity», J. H. H. WEILER: *Federalism and Constitutionalism: Europe's sonderweg*, Harvard Jean Monnet Papers, 2000, Jean Monnet Papers, núm. 10, 2000, pág. 11, www.law.harvard.edu/groups/jmpapers.

(34) «Whether one can have a Europe which would respect the current constitutional acquis and embed it in a formal constitution adopted through a European constituent power and at the same time would not become a federal state in all but name is very doubtful [...]. I think it is a chimera. But the very idea of a formalized constitution requires some serious critical reflection. What appears to be progressive may in fact be regressive», J. H. H. WEILER: «Épilogue: The Fischer Debate - The Dark Side», en C. JOERGES, Y. MÉNY, J. H. H. WEILER (ed.): *What Kind of Constitution for what kind of Polity- Responses to Joschka Fischer*, RSC-EUI, 2000, pág. 238; ver su respuesta en el contexto de la carta europea de los derechos fundamentales J. H. H. WEILER: «Editorial: Does the European Union Truly Need a Charter of Rights?», *European Law Journal*, vol. 1, núm. 6, 1995; en el mismo sentido DIETER GRIMM afirma: «The conclusion may be drawn that full parliamentarisation of the EU on the model of the national Constitutional State will rather aggravate than solve the problem», en «Does Europe need a Constitution?», *European Law Journal*, vol. 1, núm. 3, 1995, pág. 296.

(35) J.H.H. WEILER: «Europe has charted its own brand of constitutional federalism. It works. Why to fix it?», *Federalism and Constitutionalism: Europe's sonderweg*, op. cit. último párrafo.

(36) De referencia obligada, C. MORTATI: *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milán, 1998. Es diversa la doctrina italiana y europea que ha abordado la polémica doctrinal de la constitución en sentido material, a título ilustrativo, además de los a continuación citados: G. ZAGREBELSKY: «Considerazioni sulla fortuna attuale della dottrina della costituzione in senso materiale», en *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milán, 1999; M. FIORAVANTI: «Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione - Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana», en M. GALIZIA, P. GROSSI: *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milán, 1990, G. AMATO: «Costantino Mortati e la Costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale», en M. GALIZIA, P. GROSSI: op. cit.; J. JIMÉNEZ CAMPO: «Contra la constitución material», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1997.

cialmente porque ésta se define frente a la Constitución formal, con la que puede convivir aun siendo precedente y superior; mientras aquella mantiene una relación excluyente con la Constitución formal, por suponer su activación el fin de la material, incluso de los valores en ella contenida. Para Mortati la constitución escrita dista de llenar el ordenamiento estatal (37): es precedida por otra fuente de naturaleza «real» y no normativa-formal, la cual, pese a ello, prima sobre la formal y despliega efectos normativos impidiendo al jurista soslayar la misma. Para el autor, el orden de las normas no tienen sentido ni fuerza autónoma, el sistema, lejos de ser cerrado extrae de fuera su principio de validez y su razón (38). Por el contrario, la Constitución material europea si se presenta como un orden normativo cerrado, tiene su fuente de validez en los Tratados Constitutivos.

Estamos pues antes distintas concepciones, lo cual no debe minusvalorar las posibles enseñanzas de la doctrina italiana en el estudio de la constitucionalización europea. Por ejemplo, la conexión entre el orden real y el jurídico, objeto tanto de aplausos (39) como de severas críticas a Mortati (40), puede ser un marco tan válido como el *soft law* comunitario para abordar el estudio de la naturaleza jurídica de ciertos actos del Consejo Europeo: ¿o dichos actos no apuntan también la separación de los ámbitos normativo y político? (41). Podría resultar igualmente enriquecedora la reflexión mortatiana sobre el supuesto carácter cerrado de la Constitución material europea en relación con el normativismo kelseniano. Si nos ubicamos en la dialéctica kesseniana-schmittiana (42), ¿dónde ubicamos la *Grundnorm*/dónde la fuente última de autoridad?: ¿en Europa gracias al principio de supremacía del Derecho Comunitario?; ¿en las Constituciones de los EEMM gracias a su sanción de tal primacía?; ¿en ambas?; ¿en ninguna?

Hecho el paréntesis, volvemos a la doctrina europea para concluir. Admitiendo como hipótesis de trabajo los términos en los que la doctrina citada enmarca la dialéctica Constitución material-Constitución formal en la Unión Europea, observamos cómo, desde la creación con el Tratado de la Unión Europea, la evolución de la constitución material ha tomado un rumbo intergubernamental tal que descubre la

(37) Seguimos aquí a MORTATI en el desarrollo que realiza en la voz «Costituzione. Dottrine generale e costituzione della Repubblica Italiana», espec. SEZ. II. *Costituzione formale e materiale*, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, págs. 169 y ss.

(38) C. MORTATI: *La costituzione in senso materiale*, *op. cit.*, pág. 206.

(39) T. MARTINES: «El mayor mérito de Mortati [...] es aquel de haber conectado el orden real al orden jurídico», *Diritto costituzionale*, Milán, 1981, pág. 29.

(40) S. BARTOLE: «Costituzione materiale e ragionamento giuridico», *Diritto e società*, núm. 4, 1982, págs. 605 y ss.; en general destacar la crítica, basada en la politización de la constitución y del derecho presente en la construcción mortatiana, de G. ZAGREBLESKY: *Premesa a la costituzione in senso materiale de Mortati*, Giuffrè, Milán, 1998.

(41) Sobre dicha separación en la construcción mortatiana ver M. DOGLIANI: *Introduzione al Diritto costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1994, pág. 34.

(42) Sobre la relación indicada destacar el estudio de MAURIZIO FIORAVANTI: «Dottrina dello stato-persona e dottrina della costituzione - Costantino Morati e la tradizione giuspubblicistica italiana», *op. cit.*, págs. 45 y ss.

existencia de importantes grietas en la predicha lógica. Según vimos, la Constitución material de la Unión está basada en el principio de la tolerancia constitucional, de acuerdo con el cual, se evita decidir de modo definitivo que autoridad, la nacional o la europea, debe primar en términos políticos. A contrario, la alteración de ese equilibrio afectaría a la fortaleza de la Constitución actual (material, *sui generis*, o como se prefiera) y por extensión a su postulado como alternativa a la formalización constitucional.

A partir de estos momentos, nuestro estudio intentará demostrar cómo la evolución última del proyecto de integración europeo inclina el fiel de la balanza del lado intergubernamental. Y lo hace en un contexto en el cual, frente a lo que pueda pensarse, la ampliación al Este conlleva una fuerte inercia intergubernamental, trasladando aún más el eje decisorio al Consejo Ordinario y por superación al Consejo Europeo; precisamente cuando el mantenimiento del principio de la tolerancia constitucional demandaría un refuerzo de los fundamentos supranacionales. Dichos pasos no se han dado, mas por contra se apuntala la reestatalización en un contexto en el que las instituciones comunitarias se encuentran demasiado debilitadas para hacerle frente.

Se demanda pues estudiar los aspectos que amenazan con dar por finiquitado el principio de la tolerancia constitucional, piedra angular de la Constitución material de la Unión: bien por sumarse a la marea intergubernamental; bien por impedir el desarrollo óptimo de la respuesta supranacional. A partir de aquí abordaremos varios de estos asuntos, intentando contribuir a la necesaria reflexión sobre la agenda de la próxima CIG, sabiendo que el ejercicio se vincula al posible finiquito de la Constitución material europea.

IV. EL GIRO INTERGUBERNAMENTAL DE LA UNIÓN EUROPEA

1. *El Consejo, la Comisión y el Parlamento*

El sistema institucional de la Unión sufre un giro intergubernamental que le aleja progresivamente de lo que el juez Pescatore definió en su clásica aportación doctrinal al estudio del sistema institucional de las Comunidades como un «sistema cuatripartito» (43). La marca distintiva de dicho sistema no era, pese a su denominación, el resultado de contabilizar las instituciones recogidas en el Tratado. Lo realmente característico era la articulación de un equilibrio de fuerzas entre dichas instituciones diferente al nacional, enfocado a la consecución de un proceso de toma de decisiones situado por encima de los EEMM, que los vincularía por vías más intensas e inmediatas a la tradicionales, a saber, las intergubernamentales.

(43) P. PESCATORE: «El ejecutivo comunitario: justificación del cuatripartismo instituido por los Tratados de París y Roma», *Derecho de la Integración*, núms. 25-26, 1977, págs. 53 y ss.

El modelo *sui generis* supranacional de las Comunidades ha sido, especialmente tras Maastricht, por la reforma estructural y por el simultáneo acoso al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puesto en entredicho. Si nos remitimos a la CIG de Niza, veremos como la manifestación del interés intergubernamental en el funcionamiento institucional está plenamente vigente (44).

La reforma del Consejo de la Unión ha vuelto a demostrar, sin sorprender a nadie, que la institución es estrictamente una plasmación del interés de los Estados, no se impregna del espíritu de la integración, ni en el ejercicio del poder ni en el reparto del mismo. Si lo primero no extraña, lo segundo merece reseña.

Los denominados Estados pequeños no admitieron en Amsterdam, ni en Niza, que el sesgo intergubernamental de su sobrerrepresentación en el Consejo no puede atropellar la legitimidad emanada de la representación poblacional, cuestión distinta es que se impusiere tal visión. Nadie se ruborizó al defender posiciones sólo defendibles desde la lógica del Derecho de los Tratados. Los denominados grandes, por su parte, no creen mucho más en el plus supranacional del Consejo, cuestión distinta es que utilizaran la predicha lógica como arma de presión en la negociación, por jugar en su beneficio.

Con mucha mayor gravedad, Niza también demostró que la Comisión no es ni por asomo lo que el Derecho Originario disciplina, según éste, «los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones con absoluta independencia y en interés general de la Comunidad» (45), y por ello, únicamente podrán ocupar una comisaría aquellos que «ofrezcan garantías plenas de independencia» (46). Si es así, si los comisarios son independientes de sus gobiernos, si no son un Coreper III, cómo se explica la incapacidad de Niza para eliminar el concepto de cuota nacional aun a sabiendas de las externalidades negativas que ello conlleva para el buen funcionamiento de la institución.

El acuerdo de mínimos según el cual los Estados grandes perderán en el futuro un Comisario, posponiendo el momento en el que algunos perderán su Comisario (temporalmente, gracias a un sistema de rotación) resulta absolutamente anecdótico si lo ponemos en relación con lo verdaderamente preocupante: «el asalto de los gobiernos nacionales, grandes y pequeños, a la Comisión, en cuya independencia y misión de búsqueda del interés europeo ya pocos creen» (47). El sistema de reparto y rotación no eliminará el contagio intergubernamental de la Comisión, simplemente afectará a los Estados que perderán su *status* de incidencia permanente, pero, independientemente de los actores, el pernicioso influjo intergubernamental estará ahí, seguiremos teniendo un Coreper III.

(44) Sobre Niza ver nuestro artículo «El Tratado de Niza», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001; J. ELORZA: «La UE después de Niza», *Política Exterior*, vol. XV, núm. 79, 2001.

(45) Punto 2 del artículo 313 del TCE.

(46) Punto 1 del artículo 313 del TCE.

(47) J. M. AREILZA DE CARVAJAL: «La reforma de Niza: ¿hacia qué Unión Europea?», *op. cit.*, pág. 110.

Con respecto al PE, huelga mencionar su alineación frente al enfoque estatal, antes ni después de Niza, es por decirlo gráficamente su fiel contrapeso. Sin embargo, debe destacarse que tras la ratificación de Niza, la institución será menos contrapeso en términos absolutos, debido al trato sufrido en los distintos aspectos abordados en la CIG 2000.

La discusión sobre la definición del acto legislativo y su desembocadura en el parco crecimiento del ámbito de la codecisión, pese al buen funcionamiento del mismo (48), denota que la evolución de la institución parlamentaria no es una cuestión de principio o de funcionamiento sino de maquillaje y voluntad política. No exagera Yataganas cuando opina que el PE se encuentra muy cerca de alcanzar los límites de su crecimiento competencial (49). En el segundo gran tema, el reparto de escaños, lo único destacable es el desdén del trato al PE, el cual se reflejó en la forma y el resultado de la nueva composición del PE: tanto en lo relativo al número máximo de escaños a repartir en la eurocámara; como en la distribución de los escaños entre los EEMM y Estados en vías de adhesión. Para un eurodiputado, debe ser indignante leer las transcripciones periodísticas de la Cumbre de Niza y comprobar cómo el reparto de los escaños en la Eurocámara no fue más que el objeto de mercadeo y compensación por el previo reparto de poder en el Consejo (50). En tercer lugar, huelga reseñar que todas las reformas institucionales de calado para el PE fueron marginadas antes de la Cumbre, por ejemplo: la posible elección del Presidente de la Comisión, como alternativa digna a una elección europea directa por la eurocámara, o posibilitar que la Comisión pueda someterse a mociones de confianza; también se descartaron cuestiones cruciales para la autonomía parlamentaria como la fijación autónoma, sin intromisiones de Consejo y Comisión, de su sede y de su estatuto; y por último, se sigue sin incluir al PE en el proceso constituyente comunitario.

Mirando hacia el futuro, la Declaración sobre el futuro de la Unión, parece sumar la CIG 2004, desde su génesis y sin discusión, a la continua relegación del PE en el proceso constituyente. Además, la inclusión en su agenda del debate sobre la articulación constitucional de la participación de los Parlamentos nacionales en la Unión, supone, guste o no, una amenaza al horizonte del PE. Por la sencilla razón de que dicha constitucionalización le arrebataría su apoyatura principal en su lucha por convertir la Unión en un sistema parlamentario, a saber: la de ser la única institución electa activa a nivel europeo.

(48) Para entender la vinculación entre la definición del acto legislativo y la codecisión, ver NOTA de la Presidencia del Consejo de 30 de mayo de 2000.

(49) X. A. YATAGANAS: *The Treaty of Nice. The Sharing of power and the Institutional Balance in the European Union-A Continental Perspective*, op. cit. pág. 55.

(50) Una transcripción de la misma en *The Economist*, 16 de diciembre de 2000, pág. 24.

2. *La aportación de Prodi: los Altos Representantes y las Agencias*

El giro intergubernamental pasa por vías mucho menos estudiadas que las referidas al Consejo y a la Comisión, y tiene mucha más intensidad que lo que se reconoce en público. Dignísima y sorprendente salvedad a lo dicho fue el discurso del Presidente de la Comisión ante el PE el 3 de octubre del 2000, en plena CIG (51). Su claridad y sintonía con nuestra posición hace conveniente un detenimiento.

En el discurso citado, el Presidente de la Comisión europea afirmó detectar una preocupante tendencia a pensar que el futuro de la integración europea puede conseguirse a través de métodos basados prevalentemente en la cooperación directa entre gobiernos. Es decir, existe una tendencia a desviar Europa por la senda intergubernamental. Esta realidad, en su opinión, es tremendamente preocupante pues el modelo intergubernamental sólo puede conducir a dos posibles consecuencias, ambas indeseables: bien transformar la Comunidad en un centro de debate internacional, incapaz de llevar a cabo una puesta en común de soberanía en base al interés común; bien engañar a los ciudadanos, creando continuamente nuevos órganos carentes de control democrático. Un verdadero gobierno de burócratas (52).

Dar nuevos poderes a un Comité de Ministros, asistidos por una secretaría no obligada a rendir cuentas por sus acciones, no representaría progreso alguno en términos de democracia y de eficacia decisora. Y proclamar, como hacen algunos, que la legitimidad individual de los gobiernos constituye, por sí sola, garantía suficiente de control democrático del modelo intergubernamental, es profundamente erróneo.

Potenciar el modelo intergubernamental a expensas no sólo de la Comisión sino, en definitiva, del Consejo, socavaría el carácter democrático de toda la construcción europea y supondría un serio paso atrás. En pocas palabras, sigue Prodi, corremos un grave riesgo si cuestionamos el principio de una Comunidad basada en el Estado de derecho, el cual es garantizado por el Tribunal de Justicia, ante el cual, cualquier ciudadano de la Unión tiene el derecho de acudir.

La democracia, aparece como un argumento afecto exclusivamente a los EEMM. Pero yo creo que la democracia no puede ser objeto de subsidiariedad: debe desarrollarse en todos los niveles. Cuando existe un problema relevante a nivel de la Unión, debe ser debatido en primer lugar en el PE, centro de expresión democrática de la Unión. Por ello el Presidente de la Comisión consideró que en la Unión Europea ha llegado el momento de abrir el debate sobre la distribución de poderes entre la Unión y los EEMM. Cualquier paso añadido hacia el enfoque intergubernamental crearía centros conflictivos de poder dentro de la estructura de la Unión. Y crearía fragmentación donde se precisa unidad.

Il professore, lejos de sembrar la duda abstracta, mencionó dos ejemplos de la fragmentación citada. Por un lado la creación de altos representantes (53). La crea-

(51) Speech/00/352, Plenary Session of the European Parliament, Strasbourg, 3 October 2000.

(52) *Ibid.*, «The weakness of the intergovernmental model», pág. 4.

(53) *Ibid.*, «The danger of fragmentation», pág. 5.

ción de Mister PESC ha llevado, en la persona de Javier Solana, a importantes e inesperados resultados. Pese a ello Prodi enfatiza que el modelo organizativo existente no es sostenible en el futuro. Este modelo confunde los roles del Consejo y la Comisión, de suerte que podría, en última instancia, poner en peligro ambos pilares del sistema institucional y excluir al Parlamento de cualquier poder efectivo. Dicha enseñanza demanda que la actual búsqueda de un punto de referencia en política monetaria, no debe resolverse con la creación de otro Alto Representante, esta vez para asuntos de política económica.

El segundo ejemplo del riesgo de fragmentación es el deseo manifiesto de algunos EEMM, mostrado en el contexto de la Conferencia intergubernamental de 2000, de reformar el Tratado para facilitar la creación de agencias a las cuales el Consejo podría conferirles poderes ejecutivos. Hablemos con claridad: «hay un peligro real de que esto cree centros de poder conflictivos» (54).

Niza no adoptó ninguna de las dos medidas denunciadas por Prodi, pero tampoco tomó ninguna medida en el sentido de aminorar el conflicto creado entre Mr. PESC y la Comisión, es decir, el conflicto entre gubernamentalismo y supranacionalismo. Niza podemos decir, no empeora la situación en estos aspectos, pero mantiene la situación corrosiva existente. En tal sentido, el PE, en su Resolución sobre el Tratado «lamenta que siga existiendo la estructura de pilares del Tratado y que sobre todo en el ámbito de la PESC se haya establecido una duplicación de estructuras innecesaria» (55), pidiendo a renglón seguido que se palie la situación y que las misiones del Comisario competente en materia de Asuntos Exteriores y del Alto Representante para la PESC se agrupen en manos de un Vicepresidente de la Comisión con obligaciones específicas frente al Consejo

La vigencia de la alerta de Prodi será plena, más si tenemos en cuenta los aspectos estudiados en los puntos siguientes. El sentido de su discurso denuncia, como nosotros, la deconstrucción de la Constitución material de la Unión Europea. La evolución de dicha Constitución es la que estaba en juego en el 2000 y lo estará en el 2004, por ello sorprende la poca trascendencia que se ha dado al discurso estudiado en comparación con el discurso de Joschka Fischer. Éste, plenamente enfocado a la formalización de una Constitución federal, atrae una vez más a los federalistas como viene ocurriendo desde que el PE lanzó su proyecto de Constitución. Tal hecho denuncia una vez más cómo los federalistas, en la doctrina y en la política, se preocupan por la Constitución formal con la que la Unión culminará su andadura olvidando el sinuoso camino previo (56). El ejercicio, aun sugerente y tentador, debe

(54) *Ibid.*, pág. 6.

(55) Punto 27 de su Resolución sobre el *Tratado de Niza*, *op. cit.*

(56) «Integration theorist and in particular the functionalist school which has been more concerned with the possibility of a fully fledged democracy in a federal Europe than the bumpy road towards it», S. S. ANDERSEN y K. A. ELIASSEN: «Introduction: Dilemmas, Contradictions and the future of the European Democracy», en S. S. ANDERSEN y K. A. ELIASSEN (ed.): *The EU: How democratic is it?*, SAGE Publications, 1996, pág. 3.

ser completado con la reflexión presente y constante sobre la Constitución material, pues ésta determinará si es posible alcanzar el final del camino, y si al final la formalización constitucional es posible, o si por el contrario, el giro intergubernamental lo hace inviable tomando todas las reflexiones sobre la formalización Constitucional federal en caldo de archivo.

3. *La participación de los Parlamentos nacionales*

De todos los aspectos incluidos apriorísticamente en la agenda de 2000, es el relativo a la función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea el más sorprendente. Debemos destacar la franqueza con la que se afronta la vinculación de la evolución constitucional con la dimensión intergubernamental. Abordar su participación no implica necesariamente la consecución de ningún cambio en la arquitectura de la Unión, pero cualquier logro en dicho ámbito promete ser un cambio sustancial en el sistema político de la Unión.

La participación de los Parlamentos nacionales no es una propuesta novedosa. Partiendo de las experiencias conocidas hasta ahora pueden afirmarse dos cosas: su participación individual sería prometer entorpecer gravemente el funcionamiento de la toma de decisiones comunitaria; en otra dimensión, su participación colectiva se muestra impracticable, y aunque lo fuese, por lógica, su activación sellaría la defunción del principio de tolerancia constitucional. Tales afirmaciones demandan el desarrollo a continuación realizado.

En un principio puede pensarse que si los Parlamentos nacionales participasen en la Unión Europea con la intensidad y saber hacer demandados, el sistema institucional se vería descargado de buena parte de las demandas de desarrollo autónomo que hoy le acucian. De no hacerlo, o hacerlo parcialmente, el sistema deberá administrar plenamente sus deficiencias y contradicciones, entre ellas el giro intergubernamental.

Los poderes de la institución principal del sistema institucional europeo, el Consejo de Ministros, se legitimaron siempre vía vinculación con los sistemas nacionales, en particular con el control que dichos sistemas realizan sobre los representantes en el Consejo a través de sus Parlamentos nacionales. De ahí la supuesta innecesidad y ausencia de su control político en el sistema institucional europeo.

Pero la predicha base lógica dista de cumplirse de forma satisfactoria como demuestra el insuficiente papel jugado por los Parlamentos nacionales, incluso si su estudio discrimina positivamente eligiendo los modelos más acabados. Así lo hemos puesto de manifiesto en nuestro estudio de la participación en asuntos europeos de los Parlamentos nacionales más rigurosos en tal labor, a saber, el danés y el británico (57). Además, intentar que el control del Parlamento a la labor de un Ministro en

(57) «Los Parlamentos nacionales y la Unión Europea», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, anuario, 1998.

sede europea se realizase de la forma más completa posible, se toparía con obstáculos infranqueables. La dejación o mal hacer del Ministro en sus responsabilidades no podrá, como en el caso nacional, llevar a la derogación de la normativa objeto de la actitud negligente, con lo cual, el control pierde su objetivo primordial. No procede en cualquier caso provocar la remoción de un Ministro cada vez que las cuotas lácteas no se ajustan a la voluntad de la Cortes, y hacerlo, no hará al resto de Ministros de la Unión derogar el instrumento de Derecho Derivado al caso, no consiguiéndose así el fin último perseguido por el Parlamento.

Por último, incrementar y perfeccionar la participación directa o indirecta de los Parlamentos nacionales en la Unión promete incrementar las tensiones del procedimiento de toma de decisiones europeo. Un *Folketing* reproducido paralizaría el Consejo (58), y las vías de participación colectivas o directas se muestran absolutamente alejadas de suponer una aportación trascendente al sistema institucional. La Conferencia de Órganos Especializados en Asuntos Comunitarios (COSAC), la Conferencia de Parlamentos (Assises) y la Conferencia de Presidentes, son poco más que órganos deliberativos, cuyas posibilidades de crecimiento son muy limitadas: por la ausencia de voluntad política; por las limitaciones constitucionales; y por la diversidad de culturas parlamentarias existentes en los distintos EEMM (59).

Nos encontramos pues con que otra vuelta de tuerca buscando la aportación potencial de los Parlamentos nacionales, sin satisfacer plenamente las demandas democráticas del sistema, repercutiría negativamente en el funcionamiento del proceso de toma de decisiones. A ello añadir que ambas variables pueden encontrar salida a nivel europeo.

Todo ello sugiere que una mayor participación de los Parlamentos nacionales, en el peor de los casos, repercutiría negativamente en el funcionamiento del sistema institucional; y en el mejor de los casos, no resolverá los problemas que sólo pueden solventarse a nivel de la Unión. Y siempre, de llevarse a cabo rigurosamente, atentará contra el equilibrio sustentador de la Constitución material europea. Por ello la CIG de 2004 deberá convertir en papel mojado la Declaración número 23 del Tratado de Niza, o mutar la esencia constitucional de la Unión reestatalizándola.

(58) F. LAURSEN, F.: «Parliamentary Bodies Specializing in European Union Affairs: Denmark and European Political Union», en F. LAURSEN y S. VANHOONACKER: *The Intergovernmental Conference on Political Union*. European Institute of Public Administration/Institut Européen d'Administration Publique, 1995, págs. 63 y ss.

(59) En general, sobre la participación de los Parlamentos nacionales en la Unión, P. NORTON (ed.): *National Parliaments and the EU*, Frank Cass-London, 1996; E. SMITH: *National Parliaments as cornerstones of European Integration*. Kluwer Law International, 1996; y sobre la participación indirecta o colectiva, L. GIL-ROBLES: «Las Relaciones entre el Parlamento Europeo, los Parlamentos Nacionales y los Parlamentos Regionales», en J. M. GIL-ROBLES (dir.): *Los Parlamentos de Europa y el Parlamento Europeo*. Parlamento Europeo-Partido Popular Europeo, 1997.

4. *El Consejo Europeo y/o los Jefes de Estado y Gobierno*

Otro aspecto de máxima relevancia en el contexto estudiado es el representado por la determinación de los Jefes de Estado y Gobierno en tripular la Unión más allá de lo disciplinado por el Derecho Originario, y hacerlo con unos medios no admisibles. La realidad que a continuación describimos nos remite a una trascendente inculcación del intergubernamentalismo en la Unión, incluido el pilar comunitario. La tremenda incidencia de la institución, superando lo disciplinado en los Tratados pero siendo indispensable para la vida de la Unión, demuestra la superación del marco constitucional hipotéticamente recogido en el Derecho Originario.

El Consejo Europeo se nos muestra en una doble dimensión. Por un lado, desde su creación en 1974 hasta su reciente regulación por el artículo 4 del TUE, no ha variado de forma significativa su *status* según disciplina el Derecho Originario. Por otro, contrariamente a lo indicado, el Consejo Europeo ha actuado dentro de los sistemas legal e institucional de la Comunidad Europea, creando dudas ciertas sobre la naturaleza y alcance de sus acciones.

El Consejo Europeo «sufrir o disfruta» la mayor descompensación entre competencias *de facto* y mecanismos de control entendido en sentido estricto. Formalmente situado (artículo 4 TUE) en un plano político, sin ser una institución del pilar comunitario, no es objeto de un mecanismo de control establecido a nivel europeo. Los informes anuales que dirige al Parlamento o la participación de la Comisión en sus encuentros, no son más que una formalidad lejana a cualquier control político. A ello añadir la ausencia de control jurisdiccional sobre la institución.

Esta ausencia de control sería más tolerable si el Consejo Europeo se mantuviera dentro del papel político de los impulsos al sistema y la definición de orientaciones políticas generales de la Unión tal y como disciplina el precepto citado. Pero la institución, en determinados momentos históricos, ha sobrepasado ampliamente tales cometidos. Durante la reunificación alemana habilitó la incorporación de la República Democrática Alemana a las Comunidades, lo cual supuso una ampliación *de facto*, no de derecho, pues la ampliación hubiese implicado un proceso que el Consejo Europeo decidió «no activar» aún sin poder hacerlo (60).

Parecida reflexión merece el Consejo Europeo de Edimburgo de 1992. Allí, sin seguir los mecanismos habilitados por el propio Tratado de Maastricht (reapertura de la Conferencia Intergubernamental o dar por fracasada la ratificación), se modificaron las condiciones allí establecidas para Dinamarca por mor de facilitar al Gobierno danés la celebración de un segundo referéndum sobre el Tratado en dicho país, tras el fracaso del primero (61). Todo ello sin la existencia de control político o jurídico.

(60) Las afirmaciones aquí vertidas sobre el Consejo Europeo demandan un desarrollo argumental mucho mayor del que aquí se puede realizar. Siendo tales afirmaciones trascendentes, y no encontrando reflejo en la doctrina, me remito al capítulo 2 de mi tesis doctoral, depositada en junio de 2000 en la U.C.M. con el título *El sistema institucional de la Unión Europea: la problemática presente y futura*.

(61) Ver y reflexionar sobre las «Conclusiones de la Presidencia del Consejo», *Boletín de Derecho de las CE*, Cortes Generales, núm. 42; y *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 1, 1993.

Junto con estas obras magnas, es necesario destacar la incidencia general creciente (igualmente irrestricta y ajena a la ortodoxia comunitaria) del Consejo Europeo en el sistema institucional y en los mecanismos de toma de decisiones. Dicha contribución otorga razones a la doctrina para considerar imprescindible su papel y justifica el apoyo político explícito que la CIG de Niza otorgó al mantenimiento de su *statu* de impunidad.

Nosotros, sin discutir la importancia de su aportación en momentos muy delicados para el proyecto de integración, nos posicionamos indudablemente a favor del sometimiento a control político y jurisdiccional del Consejo Europeo. Si su papel es fundamental en el funcionamiento de la Unión, su control es fundamental para el mantenimiento del Estado de Derecho y del principio democrático.

Se trata pues de institucionalizar al Consejo Europeo en el sentido integral de la palabra. No se debe mantener su *statu quo* como defendió el Consejo de Asuntos Generales durante la preparación de la CIG 2000. Se debe configurar la naturaleza jurídica de la institución pensando en la legalidad comunitaria y no siguiendo la astuta pero dañina visión política de quienes buscan atajos sin reparar en la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

El Consejo Europeo debe sufrir un sometimiento competencial del que surja una fiscalización jurídica y política. Sus actos «jurídicos» deben ocupar su lugar dentro de la jerarquía normativa comunitaria, ahí, el Tribunal de Justicia encontrará los asideros que le han sido negados hasta hoy. Ciertamente es que el sometimiento de una institución no comunitaria al control jurisdiccional es conflictivo. Igualmente, la clarificación de la jerarquía normativa comunitaria no puede amparar la usurpación por parte de los Jefes de Estado y Gobierno de actos propios de las Conferencias Intergubernamentales. Aquí simplemente cabe el autocontrol del Consejo Europeo, el cual debe de ser excitado desde el férreo control político. Dicho control no puede ejercerse por el Consejo de Ministros debido a la identidad política entre ambas instituciones.

El control político necesario al Consejo Europeo sólo puede ser realizado de forma verosímil por el Parlamento. Tal realidad, a la espera del encuadre constitucional de los Parlamentos nacionales en la Unión, aboga por el reforzamiento del papel del PE. Un reforzamiento que debe producirse de forma directa por el papel desarrollado de forma autónoma por la institución y su repercusión en las modificaciones del Derecho Originario.

Ante la poderosa apisonadora del Consejo Europeo, el Tribunal de Justicia carece de asideros procesales para actuar de forma general. Además, debemos lamentar que, en los pocos asuntos donde pudo entrar a considerar la naturaleza jurídica de sus actos o de la propia institución, careció de la decisión necesaria para defender el Estado de Derecho comunitario (62).

(62) Véanse los casos: Grand Duchy of Luxembourg v. the European Parliament, Asunto 230/81, ECR 1983, pág. 255, párr. 27; Order of the President of the Court of 13 December 1984, Germany v. Commission, Asunto 278/84, ECR 1984, pág. 123; Reino de Los Países Bajos v. Consejo de la Unión Eu-

La ausencia de control judicial al Consejo Europeo, por ausencia de cauce procesal y por ausencia de determinación por parte de la Corte, demanda la activación de controles políticos. Ello independientemente del reforzamiento de la Corte con relación al Consejo Europeo. Dicho aspecto, como los relatados con anterioridad, denotan la apuntada superación de lo disciplinado en los Tratados, demostrando de un lado la superación del marco constitucional hipotéticamente recogido en el Derecho Originario, y de otro, la superación (si no destrucción) de la Constitución europea en sentido material tal y como se venía entendiendo. Como sentencia *Meinhaf Hilf*: «La estructura tradicional de la CEE está destruida. Los principios válidos sobre los que está establecida la comunidad quedan destruidos al transferir el poder al Consejo Europeo, Art. D, que no es más que una organización internacional tradicional a merced de los Estados Miembros» (63).

Pueden albergarse dudas sobre el resultado final de la CIG de 2004, pero no puede dudarse que el Consejo Europeo continuará compatibilizando su limitado *status* en el Derecho Originario con su incidencia *erga omnes*. Si a ello añadimos la inclusión de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea, tendremos una tríada (incluyendo al Consejo Ordinario) pro-estatal demasiado pesada para que el principio de la tolerancia constitucional aguante la concepción tradicional de la Constitución material europea.

5. *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pese a las limitaciones que le impuso desde un principio el Derecho Originario, supo asumir un papel protagonista como intérprete de un sistema legal en desarrollo, papel asemejado por la doctrina al del Tribunal Supremo Norteamericano durante la consolidación de los Estados Unidos.

El Tribunal ha venido asumiendo un papel equiparable en muchos aspectos al de los Tribunales Constitucionales de los EEMM. Dicha realidad, alcanzada por la Corte a través de una política de hechos consumados a golpe de sentencia, provoca que haya un serio vacío entre el papel formal atribuido a la Corte de Justicia y el papel activista jugado *de facto* por la institución durante las últimas décadas. Su obra le ha convertido en causa y víctima del giro intergubernamental de los noventa, los

ropea, Asunto C-58/94, Recopilación de Jurisprudencia (ECR), 1996, págs. I-2169; Judgement of the Court of 22 September 1988 French Republic v. European Parliament, Asuntos acumulados 358/85 y 51/86; Asunto Comisión de las Comunidades Europeas v. República Helénica, Asunto, C-120/94 Recopilación de Jurisprudencia (ECR), 1994, págs. I-3037; Auto del TJCE de 13 de enero de 1995, Jaques Bonnamy v. Consejo de las Comunidades Europeas, asunto C-264/94, Recopilación de Jurisprudencia (ECR), 1995, págs. I-0015; Auto del TJCE de 13 de enero de 1995, Oliver Roujansky v. Consejo de la Unión Europea, asunto C-23594, Recopilación de Jurisprudencia, 1995, págs. I-0007.

(63) M. HILF: «La Constitución Europea: principios básicos y derechos humanos», en M. OREJA: *La Constitución Europea, op. cit.*, pág. 54.

órganos estatales (gobiernos y Tribunales constitucionales principalmente), han dejado de lado la gran aportación realizada por el Tribunal en la configuración del Derecho Comunitario y han iniciado una campaña restrictiva de su ámbito competencial e interpretativo.

La principal muestra de dicha limitación fue el *status* marginal obtenido en Maastricht con respecto al segundo y tercer pilar. Los pilares intergubernamentales, bien es cierto, no pueden ser ponderados con la misma perspectiva que el pilar comunitario a los efectos estudiados. Pese a ello, no debe ignorarse que la estructura de pilares no implicaba la formación de compartimentos estancos, especialmente en el plano institucional, dado que el sistema institucional único se consagró en la Unión además de en la Comunidad (64).

Pero la limitación alcanzó también a las nuevas competencias de la Comunidad Europea tal y como fueron concebidas en Maastricht. En nuevos ámbitos como cultura, educación y salud, novedosos límites fueron introducidos en la legislación comunitaria, de suerte que, el Tribunal de Justicia se ve impedido para reproducir allí los pasos de interpretación expansiva llevada a cabo con el resto de competencias comunitarias.

Maastricht también introdujo una nueva fórmula para restringir el ámbito interpretativo de la Corte, anejando al Tratado el denominado «Protocolo Barber» (65). El Protocolo fue un intento de acotar la interpretación del Tribunal sobre el artículo 119 TCE injertando una en el Derecho Originario. El injerto, y ahí la trascendencia, surge tras una interpretación de la Corte poco grata para los Estados con relación al delicado tema de las pensiones (realizada en el asunto Barber *versus* Royal Guardian Exchange Assurance). El hecho de que los Estados no hayan dudado en corregir y limitar de cara al futuro la doctrina de la Corte por la vía más directa y traumática, es el más claro aviso para el Tribunal de que los Estados han decidido no permanecer impasibles ante sus interpretaciones expansivas. Tal proceder ha sido destacado por la doctrina como una amenaza explícita a la independencia de la Corte.

El punto de inflexión establecido en Maastricht se ratificó en Amsterdam y se mantuvo, en lo que nos concierne, en Niza, donde «se cambia todo para que las cosas sigan casi igual» (66). La modificación del artículo L ubicó a la Corte fuera de todo control de la PESC, todo lo más se podría llegar a hablar de una puerta abierta al control indirecto sobre aquellos aspectos en los que la PESC incida en el primer

(64) Ver artículo 3 del TUE.

(65) Protocolo número 2 del Tratado de Maastricht.

(66) M. LÓPEZ ESCUDERO: «Modificaciones del Tratado de Niza en el sistema jurisdiccional comunitario», *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núms. 7/8, 2001, pág. 40. En general sobre la reforma del Tribunal de Justicia ver D. RUIZ-JARABO: «El Tribunal de Justicia y el Tratado de Niza», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 211, 2001, págs. 4-11; B. FERNÁNDEZ PÉREZ: «El Tratado de Niza y el sistema jurisdiccional de la Unión Europea», *La Ley*, núm. 5238, 2001, págs. 2-3.

pilar o en el Derecho Comunitario. De forma algo más generosa, «la jurisdicción del TJCE se extiende al tercer pilar, si bien la competencia no es genérica sino específica en los términos que se establecen en los artículos k 7 y k 12» (67).

El desarme de la Corte ante el giro intergubernamental demanda la reacción del resto de instituciones comunitarias en el plano político, entre ellas sin duda la del Parlamento, por poseer la cualificación especial destacada en relación a los Consejos.

Entramos aquí en una segunda dimensión, distinta pero estrechamente relacionada con la limitación constitucional impuesta al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a saber: las limitaciones observables en la propia actitud de la Corte europea. La nueva dimensión nos remitirá también a la mencionada apuesta por un desarrollo político menos dependiente de la jurisprudencia de la Corte por parte del PE, la cual se puede fundamentar en razones intrínsecas a la misma.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es altamente controvertida, tanto vista desde la perspectiva de evolución adoptada, como desde la visión otorgada por la intensidad e inconstancia de la misma. La doctrina de la Corte, sin dejar de ser prointegracionista en su conjunto (lo cual disgusta a un número de EEMM), ha llegado a provocar la frustración de las expectativas parlamentarias, esencialmente por ser muchos los aspectos comprendidos en su interpretación y no todos complementarios con el incremento unidireccional de los poderes del Parlamento.

La realidad mencionada nos hace dudar del interés futuro del Parlamento en una jurisprudencia tan progresista como limitadora. Esta paradoja se muestra especialmente clara tras el Tratado de Maastricht. El *status* alcanzado allí por el Parlamento supera en todos los aspectos importantes el nivel alcanzado por vía jurisprudencial, obteniendo además tal mejora cobertura de Derecho Originario. En el mismo sentido, Niza, que deja de lado al PE en general, si suple dos carencias importantes de la legitimación activa de la institución: se le equipara en el recurso de anulación a la Comisión y al Consejo eliminando la carga de justificar su interés en la salvaguardia de sus prerrogativas (nuevo artículo 230 TCE); y se le otorga legitimación activa para poder interponer un dictamen consultivo ante el Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de un acuerdo internacional con el Tratado (nuevo artículo 300 TCE).

Por otro lado, el Tratado de la Unión cubre facetas no desarrolladas por vía jurisprudencial, cerrando una configuración de la institución tan elevada que dificulta en muchos aspectos las posibilidades de interpretación jurisprudencial superadora. *A sensu contrario*, este hecho implica que la relación coste-beneficio entre las dos instituciones se incline negativamente para el Parlamento, al menos en un contexto de mantenimiento del resto de variables. Por mejor decir, el PE puede obtener hoy más beneficios del uso de su autonomía política, por ello desea depender menos de la Corte. Tal realidad permitiría una hipotética limitación del Tribunal, la cual por

(67) N. STOFFEL VALLOTTON: «El Tribunal de Justicia», en M. OREJA: *El Tratado de Amsterdam de la Unión. Análisis y Comentarios*, volumen I, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 818.

otro lado reduciría los costes tradicionales de sus interpretaciones en el plano institucional. Recordemos dichos costes.

La Corte ha creado el principio del equilibrio institucional, pero lo ha creado con sus externalidades negativas. De *motu proprio*, ha postulado grandes principios para posteriormente aplicarlos con cuentagotas, o aplicarlos en una determinada línea y luego paralizarla, ignorarla y/o contrariarla. En *Isoglucose* (68), *Les Verts* (69) o *Dióxido de Titanio* (70), la Corte ha traído a colación principios y valores, asimilables en esencia a los contenidos en las Constituciones de los EEMM, con o sin adjetivación: el principio democrático fundamental, introducido en la Unión principalmente por la participación del Parlamento en los procedimientos legislativos; ha afirmado que la Comunidad es un Estado de Derecho, con una «carta constitucional» y con las implicaciones derivadas en el establecimiento de un sistema pleno de recursos y para la seguridad jurídica; ha creado de la nada el principio del equilibrio institucional, según el cual, las prerrogativas de las instituciones deben ser respetadas, incluso apuntando una mejora en el papel de la institución parlamentaria.

Dicha jurisprudencia ha traído realidades pero también falsas expectativas institucionales al Parlamento. Así la institución, guiada por la inercia de la jurisprudencia, ha llegado incluso a arriesgar ventajas comparativas por mor de alcanzar nuevos grados en la evolución jurisprudencial, como demuestran los episodios de los asuntos *Les Verts*, *Budget* (71) y *Comitología* (72). Tal realidad permite hablar tanto de eventual colaboración como conflicto entre el Tribunal de Justicia y el Parlamento.

El papel de la Corte en defensa de la seguridad jurídica tampoco ha sido lo suficientemente exitoso como para justificar su activismo general, y en particular con relación al papel del Parlamento. Buena muestra de lo apuntado ha sido el problema de las bases jurídicas (73). Precisamente ahí, pese a la intervención ambiciosa del Tribunal de Justicia de las Comunidades, la seguridad jurídica brilla por su ausencia.

Aquí, como en otros casos, podríamos cargar las tintas contra las limitaciones del Derecho Originario. Ello sería posible si la Corte hubiese mantenido la jurisprudencia *Hormonas*, pero no lo hizo, trajo a colación principios que no explotó. Estamos llamando la atención sobre dos aspectos: el cambio de la línea jurisprudencial y la interpretación del Derecho Originario de la Corte.

(68) SA *Roquette Frères v. Consejo*, asunto 138/79, ECR 1980, pág. 3333; *Maizena GmbH v Consejo*, asunto 139/79, ECR 1980, pág. 3393.

(69) Sentencia del TJCE de 23 de abril de 1986, «*Parti écologiste "Les Verts" v. Parlamento Europeo*», asunto 294/83, ECR 1986.

(70) Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, «*Cornisión v. Consejo*», asunto 165/87, Recopilación de Jurisprudencia, 1988.

(71) Sentencia del TJCE de 3 de julio de 1986, «*Parlamento Europeo v. Consejo de las Comunidades Europeas*», asunto 34/86, Recopilación de Jurisprudencia, 1986.

(72) Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, «*Parlamento Europeo v. Consejo de las Comunidades Europeas*», asunto 302/87, Recopilación de Jurisprudencia, 1988.

(73) Como en el Asunto *Dióxido de Titanio*, *op. cit.*

La Corte frecuentemente se apoya en principios constitucionales derivados del «espíritu del Tratado», o de una interpretación *mens legislatoris* bastante discutible, con la cual, en última instancia, no llega a cerrar la problemática provocada por el recurso a dichos principios. Tal desenlace se produjo con una destacable reiteración debido a los bruscos cambios en la interpretación jurisprudencial. Por ejemplo, el Tribunal no dudó en superar la literalidad del entonces artículo 173 TCEE en el sentido de la legitimación pasiva y no así de la activa (74), pese a que tal hecho no demandaba mayores abusos interpretativos. En aquella ocasión el Tribunal se apoyó en una peculiar interpretación *mens legislatoris*. Con posterioridad, el Acta Única Europea demostró que la interpretación realizada por la Corte era radicalmente infundada, pese a lo cual, la Corte mantuvo su interpretación. Sin embargo, en otros momentos, como en el asunto Comitología, la Corte no duda en apoyarse en la evolución del Derecho Originario, ni en cambiar la jurisprudencia Chevalley (75).

Incluso centrándonos exclusivamente en la aportación del «equilibrio institucional», no es claro que el marco definido por ese equilibrio interese al PE más que su evolución política autónoma sin las limitaciones de la Corte. El mejor ejemplo del alcance de la autonomía política del PE es el *iter* de acontecimientos que desembocarían con la dimisión de la Comisión Santer.

El vago principio del equilibrio institucional, se muestra en muchas ocasiones encorsetado por lo que la Corte considera «realidad presente», la cual, no lo olvidemos, tiene dos fuentes, derecho e interpretación jurisprudencial, es decir, «presente generado e interpretado por la Corte». Sobremanera destaca cómo la Corte ha marginado las vías de crecimiento del Parlamento a través del principio de la tutela judicial o de la seguridad jurídica (Tchernobyl) (76). En dicha faceta el Tribunal ha dado muestras de ser el centro de su jurisprudencia, así como de lo adjetivo que eventualmente le resulta el papel del Parlamento. Como se observa al estudiar la cuestión prejudicial, tal marginación es mayor cuanto más celosa sea la Corte sobre la materia a desarrollar (77). De ahí que la vinculación realizada por la Corte entre el equilibrio institucional y la representatividad democrática (Isoglucose) deba entrecuillarse.

Lo dicho no permite ser conformista con el estado de cosas. Por un lado hemos constatado la necesidad de participación activa por parte del Tribunal en la configuración del sistema institucional; y por otro lado hemos observado las deficiencias pasadas de tal jurisprudencia. No podemos dejar de ocultar que la Corte abrió puertas

(74) Como en el Asunto Luxemburgo, «Luxemburgo v. Parlamento Europeo», asunto 230/81, ECR 1983.

(75) Sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 1970, Arnedo Chevalley v. Comisión, asunto 15/70, ECR 1970.

(76) Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre del 1991, asunto C- 70/88, RJ 1991, págs. 1-4561-4569.

(77) Ver sobre el particular R. BIEBER: «The Role of the European Parliament in the Context of Article 177 of the EEC Treaty», en H. G. SCHERMERS, G. W. A. TIMMERMANS, A. E. KELLERMANN y J. S. WATSON: *Article 177: experiences and problems*, North- Holland, Amsterdam, 1987, pág. 317.

inexistentes para el PE en el Derecho Originario, pero precisamente, por no estar aquellas contempladas en los Tratados se han mostrado vías muy inciertas, tanto que a veces han desviado la atención de los actores en la lucha por la modificación del Derecho Originario. La Corte, hasta la llegada del Acta Única, fue un motor esencial del Derecho Comunitario y del papel del Parlamento, pero, mientras la primera faceta no puede activarse de *motu proprio*, el PE tuvo y tendrá mecanismos de autodesarrollo.

No se puede negar la labor integracionista del Tribunal, sin él, el mercado único no se hubiese alcanzado cuando se alcanzó; ni el Derecho Comunitario sería lo que es; ni el acervo comunitario, en general, tendría el peso que tiene en la Comunidad. La Corte, cierto es, ha llenado vacíos inmensos en el Derecho Comunitario arañando siempre más para la Europa unida. Pese a ello, no podemos olvidar que su arma principal, la interpretación extensiva de los Tratados Comunitarios, ha superado en muchas ocasiones los límites de la seguridad jurídica. Por muy loable que sea el fin perseguido, un Tribunal no puede ir tantas veces tan lejos de lo dicho por la «constitución», la cual, aun imperfecta, disciplina su jurisdicción.

Lo apuntado en el plano general vale con matizaciones en el plano institucional. Es obvio que el futuro del sistema institucional tiene como epicentro las posibilidades de evolución del PE. Históricamente el papel de la Corte ha sido fundamental en la configuración del *status* institucional del Parlamento. Pese a ello, su doctrina no tiene la coherencia ni la apoyatura jurídica necesaria para seguir delimitando tan intensamente el papel de la institución, especialmente ahora que los Tratados reducen aún más dicha apoyatura y que el contexto general demanda el protagonismo político del Parlamento más allá del pilar comunitario.

Concluyendo sobre lo dicho en el apartado presente, debemos destacar que la realidad del Tribunal europeo nos remite a las dos caras de la misma moneda. Por una lado, muestra que la Corte viene siendo víctima de limitaciones varias, las cuales han enfriado su tradicional activismo en beneficio de la Europa supranacional, lo cual restringe ostensible su aportación al equilibrio representado en el principio de la tolerancia constitucional europea. La otra cara de la moneda, muestra cómo la propia actividad de la Corte en defensa de la supranacionalidad atenta, como su antípoda el Consejo Europeo aún con menor intensidad, contra principios esenciales del Estado de Derecho. Dicha realidad sin duda demanda reflexionar sobre la capacidad de la institución para seguir siendo el contrapeso primordial en la balanza.

6. *La cooperación reforzada*

Conclusiones igualmente inquietantes pueden extraerse del estudio de un aspecto novedoso del modelo de integración, a saber: las repercusiones institucionales vinculadas a la inclusión de un modelo de integración diferenciador en la Unión. Su estudio nos lleva a concluir determinando la necesidad de activar la participación «real» del PE en la cooperación reforzada por mor de evitar la fractura del principio de unidad institucional vinculado a ella, así como para intentar mitigar el giro inter-

gubernamental aparejado a la cooperación reforzada (78). Hacemos hincapié en mitigar, pues la lógica intrínseca al mecanismo, particularmente a su ejecución, no permitirá eliminar tal giro.

La institucionalización de la cooperación reforzada rompe con la premisa del avance conjunto e implica la división entre los EEMM en una o varias dimensiones de integración, unos con plenos derechos y deberes, otros sin ellos. Siendo el derecho a la participación en las instituciones el contrapeso fundamental a la asunción de las obligaciones emanadas de los actos producidos por las mismas, la cooperación reforzada demandaba la ruptura de la unidad institucional (79). No es necesario entrar en las repercusiones que la cooperación reforzada envuelve con respecto al futuro del sistema político de la Unión para saber que estamos ante la demanda presente de bidimensionalidad de las instituciones según los EEMM tomen o no parte en aspectos de cooperación reforzada.

La fractura institucional, siendo inevitable, se intentó mitigar reduciendo sus efectos al Consejo de Ministros, dándose erróneamente por supuesto que ésta, frente al Parlamento, es la única institución que lo demanda. Limitar la afectación institucional al Consejo no es coherente, menos haciéndolo en la forma difusa realizada. El Parlamento no es una institución privada del interés nacional justificador de la fractura, tampoco está exenta de incidir en la toma de decisiones afectadas por la cooperación reforzada. Baste recordar que el artículo 189 del TCE afirma que el PE está «compuesto por los representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad».

Pese a ello, Amsterdam, en el último momento, desechó una fórmula similar a la aplicada con el Consejo, limitando el derecho de votación de los parlamentarios de las naciones no participantes en la política afectada por la cooperación. La justificación de tal medida radicó en un equilibrismo reaccionario tendente a la marginación del Parlamento en pasos claves del procedimiento.

Como vemos, la solución institucional es tremendamente insatisfactoria, no sólo por incompleta y contraria a la denostada claridad, sino por romper el principio general del sistema institucional común. Este principio como sabemos no es sólo esencial en el pilar comunitario. Según versa el artículo 3 del TUE, «la Unión tendrá un marco institucional único que garantizará la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario». Este principio general, de la Unión y de la Comunidad Europea, no existe en ninguno de los dos ámbitos cuando rige la cooperación reforzada, de ahí que Wessels acertadamente afirme que tras la institucionalización de la cooperación reforzada «es imposible seguir hablando de un sistema institucional

(78) Hemos estudiado con profundidad la problemática aquí apuntada en nuestro estudio «La Cooperación Reforzada tras Niza», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 50, 2001.

(79) Para el desarrollo en detalle de nuestra argumentación nos remitimos a nuestro estudio «La Cooperación Reforzada tras Niza», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 50, 2001.

único» tal como se desprende de dicho precepto (80). Dicha realidad demanda la reflexión que a continuación realizamos.

Si los principios básicos del Derecho Comunitario tienen razón de ser, su modificación o supresión debe llevar consigo una reflexión sobre la conveniencia de dicha evolución, teniendo en cuenta los costes de tal acción. Por mejor decir, no se puede prescindir o vulnerar un principio lleno de contenido por acuciante que sea la necesidad de tomar medidas que compliquen tal desenlace, tampoco por la ausencia de voluntad política para afrontar las alternativas a su vulneración. En nuestro caso, es obvio que el principio derrumbado por la cooperación reforzada es base en el sistema institucional así como en el desarrollo del Derecho Comunitario.

La primera dimensión del principio deja claro que el «sistema institucional único» es causa de la coherencia del sistema, y *a sensu contrario*, su vulneración la pone en peligro (81). Un sistema que, se quiera o no, provocará el enfrentamiento permanente entre «bloques» de Estados no es coherente con el sistema. El enfrentamiento vendrá por no existir la participación o no-participación «neutral» en una política. Tal realidad se fomenta de forma intensa ubicando la toma de decisiones en un Consejo formalmente dividido desde la activación de la cooperación reforzada.

Otra vertiente de la coherencia del sistema, aquella vinculada al ámbito de aplicación, estuvo presente durante la CIG 2000, tanto en el Cónclave Ministerial de la misma como en las reflexiones de la Presidencia. Según las orientaciones de estudio de la Presidencia, «el hecho de que tanto el interés de las cooperaciones reforzadas como el *posible riesgo que pueden entrañar para la coherencia de la actuación* varían en gran medida según los ámbitos, y que conviene tenerlo en cuenta en la identificación de las condiciones para recurrir a dichas cooperaciones» (82). De ahí la Presidencia dedujo «la conveniencia [...] de descartar en la práctica el recurso a las cooperaciones reforzadas en determinados ámbitos, e inversamente, facilitar su aplicación en los demás ámbitos» (83). Esta posible vía de solución, no recogida como tal en Niza, no haría en cualquier caso frente a las externalidades provenientes de la dimensión institucional de la misma.

En una segunda dimensión, el marco institucional único es en la Unión garante de «continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos» (84). La dimensión reseñada podrá verse afectada por la cooperación reforzada en la me-

(80) W. WESSELS: «Flexibility, differentiation and closer cooperation: the Amsterdam provision in the light of the Tindemans Report», en M. WESTLAKE: *The European Union beyond Amsterdam: New Concepts of European Integration*, Roudledge, 1998, pág. 92.

(81) Artículo 3 del TUE.

(82) Ver NOTA de la Presidencia sobre las cooperaciones reforzadas de 30 de agosto del 2000, punto I.ii); y NOTA de la Presidencia dirigida al Cónclave Ministerial de la CIG, punto I.ii). Énfasis nuestro.

(83) *Ibid.*, punto I.iii) de ambas.

(84) Artículo 3 del TUE.

didada en que los Estados activadores de una cooperación se aparten de desarrollos previos realizados por los 15 en las mismas áreas ahora afectas a la cooperación reforzada. Dicha posibilidad puede darse con frecuencia, pues de coincidir todos los Estados en la continuidad de una política dada, en muchas ocasiones, no procederá la activación de la cooperación.

En tercer lugar, el artículo 3 del TUE vincula la unidad institucional al «respeto al desarrollo del acervo comunitario.» Tal objetivo puede considerarse excluyente de la cooperación reforzada. La concepción institucional unitaria se pierde en las materias afectadas, perdiéndose igualmente la visión institucional de conjunto y la creación normativa al servicio del conjunto como se entiende en el acervo comunitario. La debilitada representación del interés común en sede del Consejo, opuesto al de la suma de intereses nacionales, resulta aún menos creíble si se promueve desde un «Consejo en cooperación reforzada» tomado sólo por parte de los Estados.

Este «Consejo reforzado» supone una acentuación hasta límites insospechados de la derrama intergubernamental también opuesta a la esencia del acervo comunitario. Como vimos, el papel del Parlamento es reducido, el de la Comisión limitadísimo, al igual que el del Tribunal de Justicia. Al final, el límite real del «Consejo reforzado» vendrá por el «Consejo de excluidos», gobiernos frente a gobiernos, nada podría estar más lejos del espíritu comunitario.

Todo ello presenta una ecuación no resuelta en Amsterdam ni en Niza: el Consejo debe fragmentarse pero el sistema institucional en su conjunto no puede desvincularse del principio de unidad institucional, ni siquiera en la esfera estudiada. Las garantías que para la evolución del sistema supone la unidad institucional solamente pueden intentar mantenerse a través del Parlamento. Dicha institución, a diferencia de la Comisión, es la única legitimada para compartir el poder decisorio con el Consejo. Frente al Consejo, el PE podría llegar a encarnar la representación del conjunto de la Unión y no de los pueblos de Europa como realiza hoy.

La solución a la ecuación planteada por la introducción de la cooperación reforzada en el plano institucional puede favorecerse con un mayor protagonismo del Parlamento, permitiéndole compartir la toma de decisiones en los ámbitos activados por la cooperación reforzada.

Antes de proceder a tal cambio de concepción, debe recordarse una vez más que el Parlamento no es hoy el representante del pueblo europeo, ni siquiera goza para su articulación de un sistema de partidos o electoral europeo, por ello, no está en condiciones de subsanar plenamente la merma producida en el contexto analizado. Este último argumento abogaría por la necesidad de fomentar una reforma profunda del Parlamento antes de equiparle con el Consejo en el orden competencial.

Otra línea argumental defendería la compatibilidad de otorgar la equiparación del Parlamento con respecto al Consejo de principio. Tal posición se apoya en una doble base. Primeramente, el Parlamento, pese a no ser un Parlamento al uso, goza de mayor representatividad europea que el Consejo, lo cual transformaría su participación en alivio para el problema generado en la unidad del sistema institucio-

nal (85). En segundo lugar, la reforma anticipada del PE es incompatible con la inminente activación de la cooperación reforzada, activación ligada a posibles secuelas dañinas en el sistema institucional.

Finalmente y como derivación de lo anterior, las cuotas de poder más amplias del Parlamento, como la presupuestaria, demuestran que la evolución última de la institución ha subvertido el orden ortodoxo de integración de forma exitosa. En lugar de consolidar la reforma plena antes de proceder al reparto de poderes, se residen poderes progresivamente en el Parlamento buscando el arrastre político, especialmente sobre el sistema de partidos. La ortodoxia debe dar paso al posibilismo, la ausencia de voluntad política no permite lo contrario, y aunque lo permitiese, no existe el concepto «reforma plena» a que remitirse, como no existe fin conocido al proceso de integración.

La reflexión aquí realizada responde a la necesaria reacción de los activos supranacionales por mor de mantener en vigor el desarrollo constitucional dado mayoritariamente por bueno hasta tiempos recientes, y toma expresión en el Parlamento ante las limitaciones que la Comisión y el Tribunal presentan. Pese a lo dicho, no debe ignorarse que el alcance constitucional de la marea intergubernamental es tan importante que demanda un contrapeso mucho más amplio.

V. CONCLUSIONES

De todo lo dicho se deduce que dentro y fuera del Derecho Originario se consolida el enfoque intergubernamental que simboliza la demolición del modelo comunitario, también de la dimensión del principio de tolerancia constitucional analizado. Dicha realidad resta fuerza a las tesis promotoras del *statu quo* constitucional. La Constitución material, frente a lo mantenido por la doctrina citada, está ya decidiendo qué autoridad debe primar en términos políticos, y ésta no es otra que la nacional, independientemente de ejercitar el poder desde Bruselas. Por ello, los promotores del mantenimiento constitucional pierden progresivamente una razón de peso en su defensa del estado de cosas.

La doctrina europea contraria a la formalización constitucional argumenta que dicho ejercicio tenderá inevitablemente a la centralización del poder en la federación, es decir, en Bruselas. Pero no podemos olvidar que la difuminación constitucional actual ha provocado el mismo efecto en ciertos momentos, por supuesto aportando mucha menor certeza jurídica de la que aportaría un marco Constitucional diáfano. La centralización en Bruselas debe ser entendida en relación con la soberanía y los sistemas políticos nacionales, y por ello, no deja de existir por el mero hecho que sean las instituciones intergubernamentales y no las supranacionales las que to-

(85) Sobre dicha problemática ver nuestro artículo «La cooperación reforzada tras Niza», *Revista de las Cortes Generales*. *op. cit.*

men el timón: los Consejos centralizan igualmente la toma de decisiones en Bruselas; además, como instituciones, carecen de control político real. ¿Qué pasaría si tal intergubernamentalismo orientara la formalización constitucional? En dicho caso, parece difícil argumentar que la inercia centralizadora de la Constitución sería más fuerte que lo preceptuado en la misma. Resulta en cualquier caso un tanto visionario sentar cátedra sobre los males de una Constitución desconocida.

A contrario, en un tono más modesto, puede resultar procedente reflexionar sobre los beneficios de una Constitución formal. Sin entrar en el etéreo principio de subsidiariedad, la necesaria clarificación del reparto competencial encontraría en la Constitución su base ideal. Además, encontramos aquí un resquicio inexistente en la alternativa antípoda. En *ceteris paribus*, una formalización constitucional del Derecho Originario, incluso manteniendo la actual arquitectura, recogería cuando menos el plus legitimatorio del debate constitucional previo. Incluso sin introducir la Carta de derechos fundamentales, es necesario que todo el Derecho Originario y el acervo comunitario se enfrenten a la opinión pública.

Hoy por hoy, nos parece mucho más importante la legitimidad de la fórmula que la fórmula en sí, y como bien se ha apuntado, aunque esta no respondiese a la fórmula clásica no tendría porque carecer de justificación y legitimidad (86). Puede argumentarse que, tanto la sucesión de Tratados como la Constitución, dependiendo de su contenido final, pueden ser mecanismos aptos para colmar las demandas técnicas. Por el contrario, parece que la formalización constitucional está en mejores condiciones para satisfacer dos demandas mayúsculas: la del «debate constitucional global»; y a la sazón, la de la selección de países y grados de integración futuros. Ambas demandas se arrastran desde el proceso de ratificación de Maastricht y llegan al no irlandés, curiosamente único país que sometió (y por imperativo Constitucional) la ratificación del Tratado de Niza a referéndum. No se trata de la vil capacidad de los euroescépticos para tergiversar la voluntad de los ciudadanos. Se trata de que la distancia, el desconocimiento y el desinterés de la ciudadanía por lo europeo son caldo de tales mañas; o simplemente el reflejo de que algunos pueblos de Europa ya tienen suficiente, al menos por el momento. No es casualidad que Jacques Delors, Helmut Schmidt y Valéry Giscard d'Estaing, en el debate de la GIG 2000, hayan hecho énfasis en la necesidad de afrontar la diferenciación europea. El modelo constitucional actual, pese a introducir la cooperación reforzada, convive con la quimérica idea, alentada desde el Consejo Europeo, de una Europa de 30 Estados manteniendo el nivel de progresión integracionista.

Que el vértice político de la Unión siga pensando que el debate constitucional europeo no es cosa de la base social es profundamente rechazable y dudosamente compatible con el espíritu europeo y con las Constituciones nacionales. Resulta inquietante el poco respeto mostrado por políticos y medios a la voluntad del pueblo

(86) R. BELLAMY, D. CASTIGLIONE: «Building the Union: The Nature of Sovereignty in the Political Architecture of Europe», en N. MACCORMICK (ed.): *Constructing Legal Systems - European Union in Legal Theory*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997, págs. 91-115.

irlandés, que es democráticamente la de quienes votaron la vigésimo-cuarta enmienda de la Constitución, por pocos que fuesen. Ofrecerle un refrito o el mismo tratado y acusarles de insolidarios supone negar la mayor: no todos los pueblos de Europa quieren seguir el ritmo deseado por sus Jefes de Estado y Gobierno. Por ello, la realización, el debate y la ratificación de la Constitución Europea, contribuirá mejor que el *statu quo* constitucional a la resolución de las cuestiones ignoradas: cuanta Europa y con cuantos Estados.