

La legitimación del poder público europeo a la luz del Tratado Constitucional*

SERGIO DELLAVALLE**

SUMARIO

1. LOS «PUEBLOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS» COMO FUNDAMENTO DEL PODER PÚBLICO DE LA UNIÓN EUROPEA

2. NECESIDAD DEL LLAMADO AL «PUEBLO EUROPEO» (AL CONJUNTO DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN) COMO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD DEL PODER PÚBLICO EUROPEO

2.1. LA CONSOLIDACIÓN DEL PODER PÚBLICO EUROPEO: LA CUESTIÓN DE LAS COMPETENCIAS

2.2. LA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD EN LA CADENA DE LEGITIMIDAD QUE VA DE LOS PODERES LEGÍTIMOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS A LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN

2.2.1. LAS DIFICULTADES EN LA CADENA DE LEGITIMACIÓN DERIVANTES DEL VOTO POR MAYORÍA EN EL CONSEJO

2.2.2. LA INTERVENCIÓN DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN LA LEGITIMACIÓN DEL PODER PÚBLICO EUROPEO

3. EL CONCEPTO DEL «PUEBLO DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN»

4. LA PROGRESIVA REEVALUACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO. CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

* Traducido del italiano por Maria Emilia Scaletti Farina.

** Desde 1999 es docente de Doctrina del Estado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Piemonte Orientale en Italia. Es autor de dos monografías sobre el pensamiento político de Hegel y de numerosos ensayos sobre temas de teoría y filosofía política y de Derecho.

1. LOS «PUEBLOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS» COMO FUNDAMENTO DEL PODER PÚBLICO DE LA UNIÓN EUROPEA

Afrontando la cuestión de la legitimidad del poder público europeo, tomaré aquí las mociones emanadas de dos propuestas, para cuya demostración solo podrán hacerse breves advertencias.

- a) *La legitimación del poder público, debidamente entendida, no puede ser sino democrática.* Poniendo esta afirmación apodíctica al inicio de mis reflexiones, no pretendo ignorar las tentativas, también recientes, hechas por eminentes estudiosos de asuntos europeos, de ir en busca de una legitimación menos comprometedora a nivel de la Unión, entre otras cosas para evitar precisamente aquellos obstáculos específicamente comunitarios sobre los cuales volveremos a tratar con mayor amplitud más adelante.¹ Según una de las más válidas de tales tentativas,² el recurrir a los procedimientos de la democracia no representa sino una de las vías para legitimar adecuadamente el poder público, mientras que las otras están constituidas por la legitimación «tecnocrática-utilitarista», que consiste en la «capacidad de garantizar el funcionamiento del sistema social [...] y la satisfacción de las necesidades individuales»,³ y por aquella «jurídico-formal», o sea por la garantía del respeto por las normas en las cuales se funda el orden jurídico vigente. Indudablemente, la capacidad del sistema político para dar respuestas satisfactorias a los problemas de gobierno de la sociedad, así como la racionalidad y certeza del Derecho, constituyen dos pilares insustituibles de la legitimación del poder público. Y, sin embargo, algunos motivos válidos nos inducen a sostener que ellos solos no bastan, al extremo de que se fundamentan a su vez en un momento

¹ Entre los ejemplos más significativos: BOGDANDY, Armin von. «L'unione sovranazionale come forma di potere politico. Destatalizzazione e integrazione comunitaria nella prospettiva della teoria dello stato». *Teoria Politica*, vol. X, n.º 1, 1994, pp. 133-151, aquí p. 146 y ss.; SCHARPF, Fritz Wilhelm. *Governing in Europe: Effective and Democratic?* Oxford University Press, 1999; WEILER, Joseph H. H. «Problems of Legitimacy in Post 1992 Europe». *Aussenwirtschaft*. 46. Jg. Heft III/IV, 1991, pp. 411-437, aquí p. 433.

² Se trata del modelo propuesto por BOGDANDY, *op. cit.*

³ *Ibidem*, p. 146.

más profundamente esencial: la participación de los ciudadanos. El primer argumento es el clásico del *volenti non fit iniuria*: solo el control y la contribución conciente garantizan que los gobernantes no se transformen en una casta autónoma, y el poder legítimo, en autocracia. En segundo lugar, la legitimación «vía tácito consenso» presupone y consolida una especie de decadencia ética de los ciudadanos, su involución de miembros concientes de la sociedad, capaces de proporcionar una contribución original a la gramática normativa de la colectividad en la que viven, a súbditos pasivos, pacientes o indignos de confianza, mas nunca participadores y positivos. En tercer lugar, el poder en una colectividad puede considerarse sólido solamente si permanece permeable a las solicitudes provenientes de la sociedad civil, cuya mejor correa de transmisión la constituyen los procedimientos democráticos. Cuando las inquietudes sociales no encuentran expresión en propuestas políticas, queda siempre encubierto el peligro de que, tras un período de latencia más o menos prolongado, estas exploten con efecto destructivo sobre el entero orden social y político. Para concluir, la gestión eficiente de los problemas socioeconómicos y el estado de derecho constituyen instrumentos fundamentales de la legitimación del poder político solo si pueden referirse a la participación cívica, mas no como sus alternativas.

- b) *Para ser efectivamente democrática, la legitimación del poder público debe prever instrumentos adecuados para la participación de hecho de los ciudadanos en la formación de la voluntad colectiva.* Se sobreentiende, a este respecto, que «democracia» no coincide con «parlamentarismo», razón por la cual la intervención individual de los ciudadanos en la vida democrática no puede limitarse al derecho de deponer el voto en la urna, más bien debe estar garantizada por normas que permitan una ósmosis continua entre las estructuras de poder y los fermentos civiles. Solo de este modo los *arcana* del poder pueden adquirir, al menos parcialmente, esa cercanía a los gobernantes que distingue la forma de gobierno democrática y la califica en contraposición a las soluciones auto- o aristocráticas.

La discusión de este segundo asunto implicaría una confrontación suficientemente profundizada con la cuestión de los estándares de tutela de los derechos políticos, por el sistema electoral más válido en vía de principio o en el contexto dado, a las vías para conceder espacio y visi-

bilidad institucional a la sociedad civil aun más allá de la cita electoral. Se trata de problemáticas de interés central, las cuales sin embargo, en su dimensión de aplicación concreta de principios generales, nos alejarían del intento principal de las observaciones siguientes. Se buscará seguidamente, sobre todo, verificar si subsisten las condiciones para una legitimación democrática del poder de la Unión, y de cómo esta pueda ser estatuida normativamente, como criterio fundamental, en un Tratado Constitucional que reorganice la Unión, mientras se tocara solo fugazmente —y solo en la medida en la cual esto es funcional respecto a la cuestión precedente— la temática de las articulaciones de procedimientos del proceso de legitimación.

A la exigencia de dar centralidad normativa al principio democrático —formulada en la primera propuesta— según lo cual solo puede existir un poder público en la medida en que está explícitamente legitimado por el conjunto de ciudadanos que le están sujetos, los países democráticos han respondido tradicionalmente insertando en el preámbulo de la Constitución o en uno de sus artículos una oportuna formulación. El primer ejemplo significativo en la edad moderna nos fue dado por la Constitución de los Estados Unidos (1787),⁴ con su llamado en el preámbulo a «We the People» como poder constituyente y fundamento de un ordenamiento de justicia, paz, bienestar y libertad. En Europa, en cambio —aparte de algunas excepciones interesantes, pero lejanas en el tiempo y relativamente marginales—⁵ se han impuesto esencialmente tres modelos.⁶ Poco más reciente respecto al modelo americano, el primero tiene en la Francia revolucionaria su más antigua y famosa expresión e identifica la legitimidad democrática con la soberanía de la nación: en el artículo 3º de la *Declaration des droits de l'homme et du*

⁴ La Constitución de los Estados Unidos nos remite, por otra parte, a preámbulos importantes, como las Cartas en las cuales las Colonias americanas habían otorgado una organización ya ampliamente autónoma a sus comunidades.

⁵ Se trata de Dinamarca, donde la Constitución hace referencia al poder legislativo del King in Parliament; de los Países Bajos, donde se menciona solamente al Parlamento como representante del pueblo en el art. 50; y del Reino Unido, que notoriamente no tiene una Constitución en el sentido propio del término.

⁶ El modelo propuesto no pretende absolutamente tener relieve alguno desde el punto de vista de la historia constitucional, más bien, trata solo de reconstruir las posibles alternativas en el anclaje constitucional del principio democrático, tomando las iniciativas de la ley fundamental de tres países fundadores de las Comunidades.

citoyen (1789) leemos, precisamente, que «le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation».⁷ El segundo es el modelo italiano, que también hace referencia a la soberanía, pero sin colocarla en la nación, sino en el pueblo; el artículo 1º, versículo 2, de la Constitución (1948) recita de hecho lapidariamente que «la soberanía pertenece al pueblo».⁸ El que sigue más de cerca, aunque con muchas y diversas variaciones, es el modelo que encuentra en el Grundgesetz alemán su más notable formulación: la sintética y pregnante aseveración según la cual «toda autoridad pública emana del pueblo»⁹ debe en efecto su suerte precisamente a la ausencia de referencias a conceptos cargados de historia, pero poco flexibles y escasamente aplicables en el contexto de las actuales relaciones políticas internas e internacionales, como «nación» y «soberanía». Por el resto, también la mayor parte de los países recientemente admitidos a formar parte de la Unión prevén en sus constituciones aseveraciones que conducen a estos tres modelos, aun en esta circunstancia con una prevalencia del «modelo alemán».¹⁰

Como es notable, nunca se ha insertado en los tratados ninguna aseveración de este tipo (ni en los Tratados sobre las Comunidades, en particular en el de más relieve en términos de asignación de competencias, el Tratado sobre la Comunidad Económica Europea —luego Co-

⁷ Prácticamente idénticas al modelo francés, las formulaciones en las Constituciones de Bélgica (art. 33, inciso 1) y de Luxemburgo (art. 32, inciso 1).

⁸ Retomando el modelo italiano las Constituciones de Portugal (art. 3, inciso 1) y de España (art. 1, inciso 2).

⁹ Idéntica a la formulación en la Constitución austriaca (art. 1). Se le acercan mucho las de Finlandia (cap. 1, sección 2, inciso 1), de Grecia (art. 1, inciso 3) y de Suecia (art. 1, inciso 1). Sustancialmente análogo es también el dictado de la Constitución irlandesa, aunque en este caso hay una referencia a Dios (art. 6, inciso 1).

¹⁰ Cercanas al modelo alemán son las formulaciones en las constituciones de Estonia (art. 1, inciso 1), de Letonia (cap. 1, art. 2), de Hungría (cap. 1, art. 2, inciso 2) y de Eslovenia (cap. 1, art. 3, inciso 2). Interesantes las variantes de Eslovaquia, donde la referencia no es al «pueblo», sino a los «ciudadanos» (cap. 1, art. 2, inciso 1: «el poder estatal emana de los ciudadanos»), y de la República Checa, con un Preámbulo que llama a los «ciudadanos» y el cap. 1, art. 2, inciso 1, que habla del «pueblo» como origen de la legitimación, según la vía trazada por el Grundgesetz. Siguen, en cambio, el modelo italiano la Constitución de Lituania (cap. 1, art. 2) y el francés la Constitución de Polonia (cap. 1, art. 4, inciso 1). Particulares son los dictados de las Constituciones de Malta (que se limita a definir, sobre falsa línea británica, los procedimientos de los órganos representativos) y de Chipre (preocupada sobre todo por el equilibrio étnico).

munidad Europea— ni en aquel sobre la Unión), desde la primera firma del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en el 1951, a las modificaciones introducidas con el Tratado de Niza del 2000. En un primer tiempo, esta ausencia podía ser compartible, pues las Comunidades nacieron como organizaciones de derecho internacional, y tuvieron, por tanto, naturaleza aún prevalentemente pactual. En tal situación se podía sostener que las competencias ejercidas centralmente fueran una directa emanación de la soberanía de los estados miembros, por lo que no se ponía la cuestión de una legitimación específica del poder público europeo, pues este parecía todavía inexistente. A decir verdad, algunos aspectos que iban más allá de una mera naturaleza pactual estaban presentes desde el inicio en los tratados (entre otros, su petuidad y la creación de órganos supranacionales como la Comisión, el Parlamento y la Corte de Justicia); aunque ellos aparecían, inicialmente, demasiado débiles como para justificar la urgencia de una reflexión más profunda. Pero la situación cambió radicalmente en el curso de los decenios: la imposición de principios tales como la prioridad del derecho comunitario, y su inmediata validez en los países miembros; la introducción del voto por mayoría calificada en el Consejo; la extensión de los poderes del Parlamento; la inserción de temáticas como la política exterior, la defensa, la justicia y los asuntos internos entre las materias de intervención de la Unión; el pasaje de la soberanía monetaria y financiera a la Unión; la creación de organismos como el Europol y el Eurojust; ha consolidado enormemente la dimensión supranacional, y ha puesto en este punto, con prioridad, la cuestión de la falta de una precisa articulación normativa de la legitimidad democrática del poder de la Unión. Se trata del famoso *déficit* democrático del cual a menudo se habla, que no es solamente un slogan vagamente euroescéptico, sino más bien la constatación de una carencia que crea una justificada inquietud.

En efecto, también en la Unión se han percatado del problema y en una circunstancia relativamente reciente ha sido prospectada una solución análoga a la que reencontramos en la mayor parte de las constituciones de los estados nacionales. En particular, en el curso de los trabajos de la Convención sobre la *Carta de los Derechos*, fue ingresada una propuesta en fecha 20 de marzo de 2000,¹¹ donde leemos junto a la for-

¹¹ Convent 17.

mulación de los distintos derechos políticos, que «toda autoridad pública emana del pueblo» (art. A, 1). Se podía, en efecto, percatarse de que la Unión —en la medida en la cual entendía subordinar sus instituciones a los principios de la legitimación democrática— insertase tal artículo en la Carta, dándole el relieve apropiado. Y en cambio, mientras el inciso 2 del mismo artículo A de la propuesta del 20 de marzo de 2000 se encuentra confluido en el Preámbulo de la versión definitiva de la Carta, no hallamos en esta ninguna huella de referencia al origen de todo poder público en la voluntad del pueblo. En otros términos, precisamente esta aseveración tan esencial en definir la calidad del poder democrático, en cuanto distinto de cualquier otro poder político, ha sido borrada en el pasaje que va de los trabajos preparatorios al desarrollo del texto definitivo. Por el contrario, leemos siempre en el Preámbulo la referencia no al «pueblo de la Unión», sino a los «pueblos de Europa» que, «al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un futuro pacífico basado en valores comunes».

Continuando con una tradición por lo demás ya consolidada en los Tratados,¹² es entonces evidente que los autores de la Carta no han querido postular, como fundamento de la autoridad pública comunitaria, la existencia de una entidad política no sedimentada históricamente, como es precisamente el «pueblo europeo», y han recurrido exclusiva-

¹² El Tratado sobre la Comunidad Europea (TCE) habla de los pueblos de Europa en el Preámbulo no como elemento en que se funda la Comunidad, sino como objeto de las políticas promovidas por los estados miembros, representados por sus máximos exponentes institucionales. Entre estas políticas se mencionan «las bases de una unión cada vez más estrecha» (Preámbulo, versículo 1), «la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo» (versículo 3), la «defensa de la paz y la libertad» (versículo 8), «el desarrollo del nivel de conocimiento más elevado posible para sus pueblos mediante un amplio acceso a la educación y mediante su continua actualización» (versículo 9). De los «pueblos», pero en este caso «de los Estados» y no «de Europa» hablan también los artículos 189 y siguientes del TCE, donde se define al Parlamento Europeo como compuesto precisamente por los representantes de tales pueblos. Inspirado por los mismos principios es también el dictado del Preámbulo del Tratado sobre la Unión Europea (TUE), el cual en el versículo 12 retoma el tema de la «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», además de insertar toda una serie de otros objetivos, siempre entendidos en el sentido de políticas concedidas a dichos «pueblos», no por estos deseadas y legitimadas en la específica sede supranacional. Como veremos, se trata de un *déficit* no solo formal, respecto al cual, aun con todas sus limitaciones, el Preámbulo de la *Carta* muestra de saber ir más allá, afirmando que «los pueblos han *decidido* compartir un futuro [...]» [cursiva del autor].

mente a la legitimación derivante de la voluntad de los *pueblos* —en plural— de los estados miembros. Por su parte, los miembros de la segunda Convención, aquella sobre el Futuro de Europa, encargada de dirigir el nuevo esbozo de Tratado Constitucional que representa el objeto principal de la presente investigación, se han detenido aun antes que sus predecesores, sin llegar ni siquiera a establecer hipótesis concretas sobre la inserción en el Tratado de un artículo sobre el origen democrático-popular del poder público. Más allá de las razones contingentes que puedan haber impulsado a legisladores europeos, en el curso de los decenios, a una elección tan prudente, parecen ser dos, según mi opinión, los motivos profundos y conceptualmente relevantes que podrían justificarla:

- a) La opción a favor de la legitimación del poder político comunitario por obra de los «pueblos de Europa» y no del «pueblo europeo», entendido obviamente como la suma de los ciudadanos de la Unión, podría haber sido determinada por la *no necesidad* de recurrir a este último concepto. En otros términos, o no existía un poder público europeo que debiera ser legitimado en sede específicamente europea, o la legitimación democrática de los actos comunitarios estaba plenamente garantizada por la participación de los estados miembros en el proceso de toma de decisiones, en particular de sus ejecutivos democráticamente elegidos y controlados por los parlamentos que representaban a sus respectivos pueblos.
- b) La segunda motivación de la renuncia a recurrir al concepto de un «pueblo europeo» podría, en cambio, ser determinada por una eventual *impensabilidad* de tal concepto, o bien, más allá de su actual existencia, en la imposibilidad de formular sus contornos sin caer en contradicciones y problemas irresolubles.

2. NECESIDAD DEL LLAMADO AL «PUEBLO EUROPEO» (AL CONJUNTO DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN) COMO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD DEL PODER PÚBLICO EUROPEO

Consideramos separadamente las dos posibles justificaciones, confrontando siempre los dos distintos aspectos: por una lado, la situación consolidada en los Tratados hasta Niza, por el otro, le disposizioni formuladas en el «Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa» aprobado por la Convención sobre el Futuro de Europa en ju-

nio de 2003 y aprobado, con alguna (no indiferente) modificación, por la Conferencia Intergubernamental de junio de 2004. Ante todo, será examinada como adelanto, para clausurar el párrafo precedente, la primera posible razón conceptual de la renuncia a referirse al «pueblo europeo», o sea la eventual no necesidad de tal recurso. También en este caso es indispensable reflexionar sobre dos variantes de tal razonamiento, la primera de las cuales asevera la no presencia de un poder público europeo en el sentido propio de la palabra, mientras la segunda afirma que el poder comunitario está ya adecuadamente legitimado por vía de los mecanismos de participación democrática previstos al interior de los estados miembros.

2.1 LA CONSOLIDACIÓN DEL PODER PÚBLICO EUROPEO: LA CUESTIÓN DE LAS COMPETENCIAS

En lo arriba expuesto, he hecho ya mención de la tesis de consolidación progresiva de un poder público europeo en el transcurso de los decenios, luego de la creación de las Comunidades y posteriormente de la Unión. Si tal observación es correcta, nosotros ya teníamos, en el estado consolidado del Tratado de Niza, por tanto, antes aún de la aprobación del Tratado Constitucional, una situación tal que requiera una legitimación democrática específicamente europea de lo que se ha venido formando más allá de los estados miembros y de su soberanía. Para afirmar que tal legitimación es superflua, habría por tanto que demostrar que las modificaciones de los Tratados introducidos dal Trattato costituzionale rirroducono, por lo menos en buena parte, el *status quo ante*, anulando el actual núcleo de poder público europeo y reconduciendo las competencias hacia los países miembros. En otros términos, el discutir sobre las vías de legitimación del poder europeo devendría una ocupación inútil si estuviésemos asistiendo al desmantelamiento de las competencias de la Unión. Queda entonces por ver si este es el camino indicado en el Tratado Constitucional.

En efecto, en sede de preparación de los trabajos de la Convención, no faltaron voces que apelaron a la necesidad de un retorno de competencias a los estados nacionales, motivando tal solicitud sea con

¹³ *Annexes to the Presidency Conclusions- Laeken, 14 and 15 December 2001*, SN 300/1/01 REV 1, p. 21.

el principio de subsidiariedad, sea con el argumento de la mejor legitimación democrática. En efecto, ya en el mandato de la Convención estaba previsto que la simplificación y el ajuste de la división de las competencias entre la Unión y los estados miembros pudiera eventualmente conducir —pero solo como una de las alternativas— a «devolver tareas a los estados miembros».¹³ Y todavía en la relación sobre la reunión del 21-22 de marzo de 2002 se lee, en referencia a la posición expresa de algunos miembros, que «la reducción de los poderes de Europa y la limitación del *acquis communautaire* a áreas donde pueda traer un real valor agregado, conferiría a Europa una mayor legitimidad».¹⁴ En el proseguimiento de los trabajos de la Convención, fue el Grupo de Trabajo V sobre las Competencias Complementarias quien asumió el rol de portavoz de las instancias más radicales dirigidas a restablecer la soberanía posiblemente plena de los Estados nacionales. Tomando el argumento de la convicción, por otro lado ampliamente compartida, según el cual subsiste una falta de claridad en los Tratados en mérito a la subdivisión de competencias,¹⁵ el Grupo de Trabajo V de hecho ha lanzado, en su informe final, un severo ataque al traspaso de competencias —pasado, presente y futuro— de los estados nacionales a la Unión. En particular, las propuestas aquí contenidas comprendían¹⁶ la enmienda (o eliminación) del llamado a una «unión cada vez más estrecha» presente en los Tratados,¹⁷ la lista detallada de las competencias de la Unión cual baluarte contra una futura extensión de estas, la especificación del principio del respeto de la identidad nacional,¹⁸ la preferencia por el método intergubernamental respecto al voto por mayoría en el Consejo y a la codecisión, la reformulación del artículo 308 TCE.¹⁹ En un pri-

¹⁴ *Note on the Plenary Meeting: Brussels, 21 and 22 March 2002*, Conv 14/02, p.3.

¹⁵ Es explícito el relieve del *déficit* en el documento preparatorio de la discusión sobre las competencias en la Convención; cfr. *Delimitation of competence between European Union and the Member States (Discussion Paper)*, Conv 47/02, p. 3.

¹⁶ *Final Report of the Working Group on Complementary Competencies*, Conv 375/02, en especial pgs. 2,5,10 y siguientes, 14.

¹⁷ Preámbulo y artículo 1, inciso 2, TUE; Preámbulo TCE.

¹⁸ Tal principio tendría que haber comprendido, entre otras cosas, la definición de la ciudadanía, el territorio, la defensa nacional y la organización de las fuerzas armadas, las políticas fiscales y redistributivas, el sistema del *welfare*, la educación la salud y la cultura (cfr. *Final Report of the Working Group on Complementary Competencies*, Conv 375/1/02, en especial p. 11).

¹⁹ El art. 308 (ex art. 235) TCE es la «Cláusula de elasticidad de la Comunidad» (WEILER, Joseph *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press 1999, p.

mer momento, ninguna de estas sugerencias recibió apoyo suficiente en la Convención:²⁰ en el sumario de la parte oral de la discusión plenaria sobre el informe final del Grupo de Trabajo V, llegamos a leer, en un tono no habitual para las cautas reglas de la diplomacia comunitaria, que «una gran mayoría de los miembros [de la Convención] no se mostró de acuerdo con la aproximación adoptada en el informe, razón por la cual la Presidencia considerará la materia a la luz de los diversos puntos que emergieron del debate».²¹ Con mayor razón sorprende la circunstancia de que algunas de las propuestas del Grupo de Trabajo V hayan vuelto a aparecer, aunque en forma menos radical, en la versión final del Tratado Constitucional. De la referencia a la «unión cada vez más estrecha» ya no se encuentra huella, sino —curiosamente— en el Preámbulo de la Carta de los derechos, ahora insertada como Parte II de la Constitución, donde esto se ha mantenido.²² Además, aparece por primera vez en la ley fundamental de la Unión el concepto de «atribución» de competencias,²³ el cual expresa claramente el principio del origen de estas en la soberanía de los estados nacionales y lo ilícito de su extensión *motu proprio* por parte de la Unión. Mientras el método de la codecisión ha sido ampliamente extendido —punto sobre el que se volverá en seguida— y la definición de la identidad nacional, aunque algo incómoda, queda por debajo de las solicitudes más radicales,²⁴ la «cláusula de flexibilidad» ha sido efectivamente objeto de un añadido que limita significativamente su aplicación y por tanto también su función. Ahora bien, ella establece de hecho que «las medidas basadas en el presente artículo no podrán conllevar una armonización de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros cuando la Constitución excluya dicha armonización».²⁵ La exclusión de

52; ver también p. 22 y siguientes), sobre la que se ha basado la así llamada doctrina de los «poderes implícitos», sostenida por la Corte de Justicia a partir de los años setenta.

²⁰ *Summary Report of the Plenary Session- Brussels, 7 and 8 November 2002*, Conv 400/02, P. 12 y siguientes.

²¹ *Ibidem*, p. 14.

²² *Versión consolidada provisional del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (Tratado Constitucional)*, CIG 86/04, Parte II: Carta de los derechos fundamentales de la Unión, «Preámbulo», versículo 1.

²³ *Ibidem*, art. I-9, inciso 1-2. En los idiomas inglés, francés y alemán respectivamente, *conferral, attribution, begrenzte Einzelermächtigung*.

²⁴ *Ibidem*, art. I-5, inciso 1.

²⁵ *Ibidem*, art. I-17, inciso 3. El artículo III-217, inciso 6, precisa además que «el

la armonización —y por ende la neutralización del principio de los «poderes implícitos»— está, por otro lado, prevista en forma amplísima, y tal como para cubrir ámbitos de intervención ciertamente no marginales, como las medidas de incentivo para combatir la discriminación,²⁶ las intervenciones aptas a favorecer la cooperación en las políticas sociales,²⁷ la integración de los ciudadanos de terceros países con residencia regular,²⁸ las medidas para proteger o mejorar la salud humana,²⁹ la industria,³⁰ el incentivo a la cultura,³¹ el turismo,³² la instrucción, la juventud y el deporte,³³ la formación profesional,³⁴ la protección civil,³⁵ la cooperación administrativa.³⁶

A pesar del alcance de la limitación de la cláusula de flexibilidad, debe reconocerse, sin embargo, que tal medida no es suficiente, por sí sola, para soportar la tesis de un corte tal de competencias de la Unión y para volver obsoleta la cuestión de la legitimación del poder público europeo. Para llegar a tanto, bastaría demostrar que la inserción en el Tratado de algunas propuestas del Grupo de Trabajo V haya ido acompañada, en términos generales, por un reforzamiento de los ámbitos de intervención exclusiva de los estados miembros y por un debilitamiento paralelo de los de la Unión. A este respecto, debemos aclarar antes que nada que el Tratado Constitucional no enumera específicamente las competencias de los estados miembros, limitándose, con referencia a los principios de subsidiariedad y de la ya citada «atribución», a aseverar que «toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución

ejercicio de las competencias conferidas por el presente artículo en el ámbito de la política comercial no afectará a la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros, ni conllevará una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros en la medida en que la Constitución excluya dicha armonización ».

²⁶ *Ibidem*, art.III-8, inciso 2.

²⁷ *Ibidem*, art.III-104, inciso 2, a).

²⁸ *Ibidem*, art.III-168, inciso 4.

²⁹ *Ibidem*, art.III-179, inciso 5.

³⁰ *Ibidem*, art.III-180, inciso 3.

³¹ *Ibidem*, art.III-181, inciso 5, a).

³² *Ibidem*, art. III-181 bis, inciso 3.

³³ *Ibidem*, art.III-182, inciso 4, a).

³⁴ *Ibidem*, art.III-183, inciso 4. Curiosamente —y presumiblemente por un casual olvido— la limitación falta en el texto español, mientras está presente en las versiones inglesa, francesa, alemana e italiana.

³⁵ *Ibidem*, art.III-184, inciso 2.

³⁶ *Ibidem*, art. III-185, inciso 2.

corresponde a los Estados miembros». ³⁷ Solamente la especificación de las competencias de la Unión puede entonces ayudarnos a dirimir la cuestión de un eventual traslado de la línea de demarcación entre Bruselas y las capitales de los estados nacionales. A este propósito, no cabe duda que el Tratado Constitucional introduzca un significativo esclarecimiento respecto a la situación vigente hasta Niza. En particular, las competencias atribuidas a los órganos europeos están divididas ahora en tres grupos: a) las competencias exclusivas de la Unión, ³⁸ b) las competencias compartidas o concurrentes, ³⁹ c) las competencias «para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o completar la acción de los Estados miembros». ⁴⁰ Las primeras, que son exclusivas

³⁷ *Ibidem*, art. I-9, inciso 2. Análoga había sido, por otro lado, la propuesta contenida en el Informe Lamassoure del Parlamento Europeo, el cual sugería que no se enumerasen las competencias exclusivas de los estados miembros, entendiendo que son de su competencia todas las materias sobre las cuales el Tratado constitucional no dispone de otro modo (Parlament européen/ Commission des Affaires Constitutionnelles, Rapport sur la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres (Rapport Lamassoure), PE 204.376, &4.3.2., p.20). Una disposición idéntica a la de la versión final promulgada por la Convención estaba ya contenida en el art. 8, inciso 1, del esbozo preliminar del 28 de octubre de 2002 (*Preliminary Draft Constitutional Treaty*, Conv 369/02).

³⁸ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-11, inciso 1 y art. I-12.

³⁹ *Ibidem*, art. I-11, inciso 2, y art. I-13. En las versiones inglesa y francesa tales competencias son definidas como «compartidas», respectivamente *shared* y *partagée*. Análogamente, en la traducción alemana (*geteilt*), no obstante en el Grundgesetz esté prevista explícitamente la figura de la «*konkurrierende Gesetzgebung*» (art. 72). Distinta —y en cierta medida curiosa— la elección de la versión italiana que las llama en cambio «concurrentes».

⁴⁰ *Ibidem*, art. I-11, inciso 5, y art. I-16 («acción de apoyo, coordinación o complemento»). Inicialmente, se había propuesto definir tales competencias como «complementarias». La redefinición nace de una propuesta del Grupo de Trabajo V, el cual había sugerido que no se utilizara el término «competencias complementarias», prefiriendo el de «medidas de apoyo», vislumbrando, por otro lado, en la renuncia al término «competencias» algo como una limitada reinversión de los estados nacionales. V. *Final Report of the Working Group on Complementary Competencies*, Conv 375/1/02, en particular p. 1 y siguiente. La Convención criticó también en tal circunstancia la solicitud, argumentando que la nueva definición «no esclarecería que la referencia es a áreas en las cuales la Unión ha sido investida del poder de acción» (*Summary Report of the Plenary Session- Brussels, 7 and 8 November 2002*, Conv 400/02, p. 12). No obstante esto, se reencuentra la idea del Grupo de Trabajo en el esbozo preliminar de Tratado Constitucional; v. *Preliminary Draft Constitutional Treaty*, Conv. 369/02, art. 12. La versión final re-

en cuanto a los ámbitos previstos, y que solo la Unión puede legislar, mientras que los estados miembros pueden hacerlo solo si están explícitamente autorizados por ella, comprenden un número bastante moderado de áreas:⁴¹ a) la política monetaria para los estados de la zona del euro, b) la política comercial común, c) la unión aduanera, d) la conservación de los recursos biológicos del mar en el marco de la política común de la pesca, e) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, f) la conclusión de acuerdos internacionales dentro de determinados ámbitos. Para algunos puntos se trata entonces de un paso atrás ya sea respecto a la situación de hecho, como a las propuestas más avanzadas. El *acquis communautaire* consolidado hasta el Tratado de Niza comprendía, entre las competencias exclusivas de la Unión, también las políticas estructurales y de cohesión (área hoy inserta entre las «competencias concurrentes»). Además —solo para puntualizar una de las solicitudes más importantes y avanzadas, formuladas en la sede de preparación de los trabajos de la Convención— el Informe Lamassoure del Parlamento Europeo había aconsejado incluir en este ámbito también: i) la definición y la conducta de la política exterior y de defensa común; ii) el fundamento jurídico del espacio común de libertad y seguridad; iii) la financiación del presupuesto de la Unión.⁴² Por otra parte, no obstante los límites y la desilusión que el resultado por ahora conseguido pueda justificadamente provocar entre quienes sustentan la aceleración de la integración europea, sería, sin embargo, muy exagerado afirmar que el Tratado Constitucional reduzca las competencias exclusivas de la Unión

presenta así una especie de compromiso: queda la referencia a la «competencia» de la Unión, mientras se modifica el adjetivo que la califica.

⁴¹ *Ibidem*, art. 1-12.

⁴² *Rapport Lamassoure*, cit., p. 10. Sobre la extensión de las competencias de la Unión en política exterior, de la defensa y de la justicia, también la Convención había expresado en sede plenaria una opinión ampliamente favorable, aunque sea exagerado pensar que la mayoría de sus miembros entendiese con esto una explícita inserción de tales ámbitos entre las competencias exclusivas (v. *Note on the Plenary Meeting- Brussels, 15 and 16 April 2002*, Conv 40/02, p. 3). Parcialmente en desacuerdo han estado, en cambio, las opiniones surgidas sobre la introducción de un financiamiento autónomo del presupuesto (*Ibid.* p. 4). El Grupo de Trabajo IX no había tomado posición sobre la cuestión de la competencia, limitándose a plantear algunas propuestas —por otro lado muy razonables— sobre el procedimiento de aprobación del balance (*Final Report of the Working Group on Simplification*, Conv. 424/02, p. 18 y siguientes).

en modo significativo respecto a la situación dada hasta Niza.

Más positivas —desde el punto de vista de la integración— resultan ser las disposiciones relativas a las áreas comprendidas en las competencias «compartidas» o «concurrentes». Interesante es, antes que nada, el modo en el cual estas son definidas. El artículo I-11, inciso 2, del Tratado Constitucional, en el que se habla de competencia concurrente en los casos en los que «los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla», deja, en efecto, a la Unión un espacio de maniobra potencialmente amplio. En tal sentido, el texto evacuado por la Convención retoma, ya sea la propuesta de formulación contenida en el Informe Lamassoure,⁴³ ya sea, más o menos literalmente, el artículo 72 del *Grundgesetz* alemán, donde se lee que «en los ámbitos de la legislación concurrente los *Länder* tienen facultad de legislar hasta y en la medida en la cual el *Bund* no ha hecho uso de sus derechos». Como es de notar, tal artículo ha conducido, entre otras cosas, a una progresiva erosión de las competencias de los *Länder* en ventaja de la autoridad federal. Seguramente se ha tratado de un desarrollo específico, favorecido por condiciones políticas particulares. No obstante esto, dada la ausencia de una limitación de instrumentos legislativos únicamente a la «ley marco» (la cual dejaría necesariamente a los estados miembros un espacio de autonomía),⁴⁴ es indiscutible que nada se opondrá, en línea de principio, a la ulterior penetración de la Unión en sectores muy sensibles del poder nacional. De hecho —y es este el segundo punto favorable a la dinámica de la integración, digno de ponerse en relieve para normar las competencias concurrentes— son indudablemente significativas las áreas insertadas explícitamente en este sector: desde el mercado interno a la justicia, desde la agricultura y la pesca a los transportes, pasando por energía, política social, cohesión social, económica y territorial, ambiente, protección de los consumidores y sanidad pública (aunque limitadamente solo a los problemas de seguridad común).⁴⁵ Además, la aseveración según la cual «la Unión dispondrá de compe-

⁴³ *Rapport Lamassoure*, p. 10.

⁴⁴ Como es evidente, la «ley europea» (o «reglamento», según la denominación consolidada hasta Niza) está inmediatamente vigente en los estados miembros, por ende no deja a estos últimos ningún espacio a la diferenciación. Cfr. *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-32.

⁴⁵ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-13, inciso 2.

tencia compartida con los Estados miembros cuando la Constitución le atribuya una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos I-12 y I-16» (artículo I-13, inciso 1) indica que los sectores enumerados en el inciso 2 son solamente los «principales», y no *todos* los potencialmente susceptibles de legislación concurrente. En fin, resaltamos como inserción explícita entre los sectores definidos como «principales» de las competencias concurrentes, de áreas como el espacio de libertad, seguridad y justicia, la política social, la cohesión social y territorial, algunos aspectos de la sanidad pública, lo cual representa una novedad significativa en la normativa europea, que conllevaría a la superación de tradicionales y arraigados celos nacionales.⁴⁶ También la introducción del ambiente y de la protección de los consumidores en este ámbito ameritan ser tenidos en consideración de manera adecuada.

Precisamente sobre la justicia —con toda probabilidad la más significativa entre las áreas insertadas en las competencias concurrentes— es necesario extenderse un poco más. Más que de un aumento de competencias de la Unión, aquí se trata, en el cuadro de la superación global de la estructura «de pilares», de un traslado de áreas de intervención desde el ámbito intergubernamental (que distingue hoy el Título VI TUE y, parcialmente, el Título IV TCE) al método comunitario (comprendido el voto por mayoría en el Consejo y la codecisión del Parlamento).⁴⁷ Siguiendo la sugerencia del Grupo de Trabajo X sobre

⁴⁶ En lo que concierne a la política social y a la sanidad pública, la primera versión del Tratado era aún más valiente, en cuanto privada de las limitaciones contenidas en el texto final. Cfr. *Draft of Articles I-16 of the Constitutional Treaty*, Conv. 528/03).

⁴⁷ A partir de Maastricht y hasta el Tratado de Niza, la Unión ha comprendido tres «pilares»: las Comunidades, la Política Exterior y de Seguridad Común (Título V TUE) y la Cooperación en Asuntos Internos y Justicia (Título VI TUE). En el ámbito de la adopción de una personería legal única para la Unión, el Tratado Constitucional prevé también la unificación de los pilares, instituyendo en todas partes el método comunitario (voto por mayoría calificada en el Consejo y codecisión) como procedimiento de legislación ordinaria, mientras en el estado actual, la cooperación intergubernamental representa la norma en la Política Exterior y de Seguridad Común y en la Cooperación en Asuntos Internos y Justicia. Sin embargo, ello no implica necesariamente que para todas las materias deba estar vigente el mismo procedimiento legislativo: en algunos sectores particularmente delicados continúan previniéndose derogaciones al «procedimiento legislativo ordinario». Cfr. *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-33. Sobre propuestas de tra-

Libertad, Seguridad y Justicia,⁴⁸ la Convención ha introducido precisamente lo que ahora se ha definido como «procedimiento legislativo ordinario» (el cual prevé en efecto el voto por mayoría calificada en el Consejo y la codecisión del Parlamento)⁴⁹ también para las materias que forman parte actualmente del título IV TCE (asilo político, refugiados, prófugos, inmigración, visa, cooperación en materias de derecho civil).⁵⁰ También en el área que hasta el Tratado de Niza recaía bajo el Título VI TUE (cooperación en el ámbito del derecho penal), el procedimiento legislativo ordinario deviene norma y se extiende a numerosos sectores.⁵¹ No obstante ello, en la cooperación en materia, sea de derecho civil, sea de derecho penal, así como también en la cooperación policial,⁵² quedan importantes ámbitos de decisión para los cuales está prevista la unanimidad del Consejo y la mera consulta o la aprobación del Parlamento: en el derecho civil se trata de medidas relativas al derecho de familia;⁵³ en el derecho penal se trata de fijación de normas mínimas concernientes a procedimientos penales, las cuales van más allá de los ámbitos enumerados por el Tratado Constitucional,⁵⁴ de la extensión de las esferas de criminalidad para las cuales está prevista una competencia mínima europea,⁵⁵ de la institución de una Procuraduría europea,⁵⁶ de la cooperación policial en medidas concernientes a cooperación operativa entre las autoridades competentes de los países miembros,⁵⁷ así como de la posibilidad para las mismas de operar sobre territorio de un estado miembro.⁵⁸ Queda implícito que ta-

bajo ver *Final Report of the Working Group on Legal Personality*, Conv 305/02, p. 6. La sugerencia de unificar los pilares estaba, por otro lado, ya contenida, entre otras, en el Reporte Lamassoure; ver *Rapport Lamassoure*, cit., p. 8.

⁴⁸ *Final Report of the Working Group on Freedom, Security and Justice*, Conv 426/02, p. 3 y sigtes.

⁴⁹ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. III-302.

⁵⁰ *Ibidem*, art.III-158 y sigtes.

⁵¹ *Ibidem*, art.III-171 y sigtes.

⁵² *Ibidem*, art.III-176 y sigtes.

⁵³ *Ibidem*, art.III-170, inciso 3 (previa consulta al Parlamento); quedando firme la posibilidad de que, siempre con el mismo procedimiento, el Consejo delibere la transferencia de algunas materias al procedimiento legislativo ordinario.

⁵⁴ *Ibidem*, art.III-171, inciso 2, d (con aprobación del Parlamento).

⁵⁵ *Ibidem*, art.III-172, inciso 1 (con aprobación del Parlamento).

⁵⁶ *Ibidem*, art.III-175, inciso 1 (con aprobación del Parlamento).

⁵⁷ *Ibidem*, art.III-176, inciso 3 (previa consulta al Parlamento).

⁵⁸ *Ibidem*, art.III-178 (previa consulta al Parlamento). También en las limitaciones

les limitaciones garantizan la persistencia del control por parte de los gobiernos nacionales en ámbitos considerados particularmente delicados, adelgazando al mismo tiempo el paquete de competencias atribuidas al poder público europeo.

Quedan las competencias llamadas «de apoyo, coordinación o complemento», referentes a aquellos sectores en los que la acción de la Unión puede solamente completar la de los estados miembros. En este ámbito han sido insertadas la educación, la cultura, la industria, el turismo, la cooperación administrativa, la protección civil y la salud pública (con excepción de las cuestiones de seguridad de alcance transnacional).⁵⁹ Por otro lado, junto a las tres categorías «oficiales» de competencias, el Tratado Constitucional inserta subrepticamente otras tres, pero sin colocarlas orgánicamente como parte de la estructura. Dispone así que «los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades expuestas en la Parte III, para cuya definición la Unión dispondrá de competencia»,⁶⁰ así como de la «competencia para definir y realizar una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política común de defensa». ⁶¹ Ninguna de estas dos competencias es claramente insertable en alguna de las tres categorías «oficiales». Además, se agrega también una curiosa forma de competencia «paralela» aplicada a la

introducidas, el Tratado Constitucional retoma ampliamente las propuestas del Grupo de Trabajo X; cfr. *Final Report of the Working Group of Freedom, Security and Justice*, Conv 426/02, p. 7 y ss.

⁵⁹ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-16. En un primer tiempo, se había propuesto la inserción en este ámbito también de la política social y de la investigación. En la sesión plenaria de la Convención, sin embargo, emergieron voces críticas; ver *Summary Report of the Plenary Session- Brussels, 7 and 8 November 2002*, Conv 400/02, p. 13. Además, en la versión final del Tratado Constitucional, ha sido borrada una cláusula limitante, incluida en el texto aprobado por la Convención, según la cual las normativas vinculantes adoptadas por la Unión en mérito a las materias comprendidas en esta área no debían implicar algunas formas de armonización de las normativas vigentes en los estados miembros (*Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe*, Conv 850/03, art. I-16, inciso 3).

⁶⁰ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-11, inciso 3, con referencia al método de coordinación abierto. La versión de la Convención subrayaba, aún más, la competencia de la Unión, poniéndola en primer lugar respecto del trabajo de coordinación de los Estados miembros (*Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe*, Conv 850/03, art. I-11, inciso 3).

⁶¹ *Ibidem*, art. I-11, inciso 4.

investigación, al desarrollo tecnológico y al espacio,⁶² así como al desarrollo y a la ayuda humanitaria.⁶³ Esta, si bien inserta en el artículo concerniente a las competencias concurrentes, se distingue porque «el ejercicio de esta competencia [...no puede] tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya».⁶⁴ Es evidente que las tres categorías subrepticias de competencias para un punto darán mucho trabajo a la exégesis jurídica, por otra parte ponen desde ahora parcialmente en duda el logro del intento racionalizador y esclarecedor en mérito al reparto de competencias entre la Unión y los estados miembros —intento que había sido desde el inicio una de las razones principales de base del proyecto de un Tratado Constitucional.

De las tres competencias no encuadradas, la más delicada es sin duda la concerniente a la política exterior y la defensa. En ambos ámbitos han sido introducidas algunas novedades. Comenzando por la política exterior, antes que nada ha sido creada la figura del Ministro de Relaciones Exteriores de la Unión, para el cual está previsto el nombramiento por mayoría calificada de parte del Consejo Europeo con el acuerdo del Presidente de la Comisión (mas sin la intervención del Parlamento).⁶⁵ Tal nueva figura reúne en sí las funciones actualmente desempeñadas por el Alto Representante y por el Comisionado para las Relaciones Externas.⁶⁶ En su tarea de guía de la política exterior y de seguridad común de la Unión, el Ministro de Exteriores es responsable solamente respecto al Consejo Europeo, mientras que, en lo referente a sus otras competencias, rinde cuentas, como los otros miembros de la

⁶² *Ibidem*, art. I-13, inciso 3.

⁶³ *Ibidem*, art. I-13, inciso 4.

⁶⁴ *Ibidem*, art. I-13, incisos 3-4.

⁶⁵ *Ibidem*, art. I-27, inciso 1.

⁶⁶ La propuesta de tal fusión había sido formulada, por otro lado, por la Comisión de Asuntos Exteriores, los Derechos Humanos, la Seguridad común y la Política de Defensa del Parlamento Europeo (Parlement européen/ Commission des Affaires Constitutionnelles, *Rapport sur la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres (Rapport Lamassoure)*, PE 204.376, & 6, p. 29), para luego ser retomada por la Comisión (*Communication from the Commission. A Project for the European Union*, Conv 229/02, pp. 18 y ss., y por los Grupos de Trabajo III (*Final Report of the Working Group on Legal Personality*, Conv 305/02, p. 8 y ss.) y VII (*Final Report of the Working Group on External Actions*, Conv 459/02, pp. 5, 19 y ss.). Por otro lado, en mérito al nombramiento, el Grupo de Trabajo VII tenía prevista también la aprobación parlamentaria.

Comisión, al Parlamento.⁶⁷ De este modo, el rol desenvuelto por la nueva figura en el campo de la política exterior y de defensa queda bajo el exclusivo control intergubernamental, y queda limitada su «comunitarización».⁶⁸ El momento intergubernamental encuentra expresión también en la unanimidad prevista por la fijación de los objetivos e intereses estratégicos de la Unión.⁶⁹ Los órganos tutores de la dimensión supranacional están, en cambio, relegados al margen: mientras a la Comisión no se le asigna función alguna, al Parlamento le está garantizada solamente la regular consulta y la información sobre los desarrollos de las iniciativas.⁷⁰ La unanimidad está fijada también por las decisiones del Consejo de Ministros en la actuación de los objetivos e intereses estratégicos y como reacción a una situación internacional que requiera de una intervención.⁷¹ Por lo demás, en estos casos, para evitar el bloqueo de cualquier iniciativa, está prevista una cláusula de «opting out»: cada Estado puede abstenerse del voto, con la consecuencia de no estar obligado a poner en práctica las disposiciones (quedando firme la lealtad respecto a la Unión). En el caso que la abstención no alcance por lo menos un tercio de los países miembros con por lo menos un tercio de la población, la decisión es adoptada a pesar de las reservas.⁷² No obstante la introducción de tal cláusula, en consideración al tenor global de las disposiciones, la dimensión intergubernamental es, como quiera que sea, ampliamente prevalente —si no casi exclusiva— y tal como para poner en grave riesgo la efectividad de una política común. Tampoco corresponde la disposición relativa a la coordinación de las posiciones de los países miembros en las organizaciones internacionales.

⁶⁷ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-27, incisos 1 y 4.

⁶⁸ La Comisión, en cambio, había configurado la hipótesis de que el Ministro de Exteriores tendría que ser responsable de todas sus actividades frente al Parlamento; ver PRODI, Romano. *La nuova struttura istituzionale dell'Unione*, Discurso sostenido en el Parlamento europeo el 5 de diciembre de 2002, p. 4 y ss. Por el resto, precisamente sobre la cuestión de la unificación de la figura del Secretario General del Consejo y del Comisario de Relaciones Exteriores habían surgido dudas en la Convención, derivantes expresamente del temor de que la especificidad (intergubernamental) de la política exterior viniera tan a menos (ver *Summary Report on the Plenary Session- Brussels, 20 December 2002*, Conv 473/02, p. 7 y ss.).

⁶⁹ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. III-194, inciso 1.

⁷⁰ *Ibidem*, art. I-39, inciso 6, art. 40, inciso 8, y art. III-205, inciso 1.

⁷¹ *Ibidem*, art. III-201, inciso 1.

⁷² *Idem*.

les,⁷³ en su poder vinculador, a una eventual transferencia de competencias a la Unión sobre la base de la introducción de una personería legal unitaria⁷⁴. Ni reiteradas disposiciones en mérito a la obligación de los estados a la solidaridad y a dar seguimiento a las decisiones europeas⁷⁵ pueden impedir la eventual divergencia de intereses nacionales en sede de deliberación.

Análogo es el carácter en lo que respecta a las disposiciones relativas a la política de seguridad y defensa común, donde por el resto, la convergencia aparece particularmente dificultosa en razón de la distinta situación de los Estados miembros en cuanto concierne a historia, recursos y vínculos político-militares (específicamente entre los estados miembros de la Nato y los países neutrales).⁷⁶ También en este caso, de hecho, las misiones comunes son establecidas por unanimidad por el Consejo de Ministros,⁷⁷ mientras para la Comisión no está previsto ningún rol⁷⁸ y el Parlamento es meramente consultado.⁷⁹ Sobre el otro punto, para evitar también en este caso que la obligación de la unanimidad de las decisiones bloquee cualquier desarrollo más avanzado, se concede que algunos Estados puedan instaurar una cooperación más vinculante y comprometedora.⁸⁰ Además, el Tratado prevé la asistencia de parte de todos los países de la Unión respecto a otro estado participante que haya sufrido una agresión armada en su territorio.⁸¹ En fin,

⁷³ *Ibidem*, art. III-206.

⁷⁴ *Ibidem*, art. I-6. Sobre la necesidad de dar una voz unificada a la Unión en las organizaciones internacionales ver las propuestas de los Grupos de Trabajo III y VII: *Final Report of the Working Group on Legal Personality*, Conv 305/02, p. 11; *Final Report of the Working Group on External Actions*, Conv 459/02, p. 31 y ss.

⁷⁵ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-15, inciso 2; art. III-195, inciso 2.

⁷⁶ Como se ha puesto en relieve, entre otras cosas, en el informe final del Grupo de Trabajo VIII: cfr. *Final Report of the Working Group on Defence*, Conv 461/02, p. 10 y ss.

⁷⁷ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-40, inciso 4.

⁷⁸ Aparte de su consentimiento cuando se recurra a medios de la Unión.

⁷⁹ *Ibidem*, art. I-40, inciso 8.

⁸⁰ *Ibidem*, art. I-40, inciso 6, y art. III-213.

⁸¹ *Ibidem*, art. I-40, inciso 7. El texto de la Convención limitaba la obligación de ayuda a los países miembros adherentes a la cooperación reforzada (*Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe*, Conv 850/03, art. I-40, inciso 7), según la propuesta del Grupo de Trabajo VIII (cfr. *Final Report of the Working Group on Defence*, Conv 461/02, p. 20 y ss.), la cual había subrayado especialmente la necesidad del respeto a la neutralidad de algunos estados.

se prevé la institución de la Agencia Europea para Armamentos, Investigación y Capacidades Militares.⁸²

Concluyendo estas reflexiones, parciales y provisorias, sobre el tema de las competencias de la Unión, cabe resaltar que ni los sustentadores del reforzamiento de la soberanía de los Estados nacionales, ni los autores de una «unión cada vez más estrecha» pueden considerarse plenamente satisfechos. Si bien se ha puesto un límite bastante claro a la autoatribución de poderes por parte de la Unión vía modificación de la cláusula de flexibilidad —con el eventual riesgo de una disminución en la eficiencia de las políticas comunitarias—, por otro lado, la definición y el alcance de las competencias concurrentes delimita un campo de intervención de la Unión para ciertos puntos, aún más amplio del que fuera delineado hasta Niza. Al mismo tiempo, si en algunos sectores estratégicos continúa prevaleciendo el método intergubernamental, en otros campos ha sido consolidado el método comunitario, con voto por mayoría en el Consejo y codecisión del Parlamento, cual procedimiento legislativo ordinario. En otros términos, si bien el Tratado no señala un avance en cuanto a época en el proceso de integración europea, tampoco es lícito todavía hablar de un retraimiento efectivo de las competencias de la Unión. Por esta razón, nada nos hace pensar en un desmantelamiento del poder público europeo, que, por tanto, también sobre la base de lo formulado por la Convención, continúa siendo real y específico, y por ende necesitado de una legitimación propia.

Por otra parte, es necesario en este punto precisar que, para poder hablar efectivamente de un núcleo de poder público a nivel de la Unión, no basta demostrar que a esta última le sean reconocidas significativas competencias —cosa que se ha intentado hacer en el presente párrafo—, sino que es también indispensable que estas no sean ejercidas, aunque fuera indirectamente, por los Estados miembros mediante los órganos de la Unión que más inmediatamente los representan (Consejo Europeo o Consejo de Ministros). En términos más concretos, los Estados miembros (o, mejor dicho, los órganos que conducen la legitimación democrática) deben haber cedido competencias a instancias que los vinculan a la acción y ya no se encuentran completamente controladas por ellos. Pero para afrontar este argumento estamos constreñidos a

⁸² *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. III-212, según la propuesta del Grupo de Trabajo VIII (cfr. *Final Report of the Working Group on Defence*, Conv 461/02, p. 22 y ss.).

abandonar la cuestión del reparto de competencias entre Estados nacionales y Unión, y a dirigirnos a la segunda razón, antes expuesta, de una eventual no necesidad del recurso a la legitimación del poder público europeo *vía el conjunto de ciudadanos europeos*. *Debemos más bien* concentrar nuestra atención en el argumento según el cual no subsistiría solución de continuidad entre las competencias de la Unión y el control de las mismas por parte de los legítimos poderes de los estados miembros.

2.2. LA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD EN LA CADENA DE LEGITIMIDAD QUE VA DE LOS PODERES LEGÍTIMOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS A LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN.

Aun admitiendo que la Unión disponga de competencias propias, si se pudiera justificadamente afirmar que estas competencias velan, en última instancia, con eficacia, sobre las instancias nacionales legitimadas por la voluntad de los ciudadanos de los Estados miembros, entonces no sería lícito aseverar la existencia de un poder público europeo que necesite de una legitimación propia. Así, vendría a desaparecer toda necesidad de hablar de un «pueblo europeo» como conjunto de ciudadanos de la Unión. Sin embargo, por lo menos dos consideraciones nos inducen a sostener que la cadena de legitimación que debería ir de los Estados nacionales a los órganos de la Unión ya está irreversiblemente debilitada, tanto como para mostrar puntos de evidente ruptura. Ni este estado de hecho, ya presente según la normativa vigente hasta Niza, se atenúa con el Tratado Constitucional.

2.2.1. LAS DIFICULTADES EN LA CADENA DE LEGITIMACIÓN DERIVANTES DEL VOTO POR MAYORÍA EN EL CONSEJO

En el que constituía, al menos inicialmente, el eje legislativo supremo de la Comunidad, o sea el Consejo de Ministros, estaba vigente, hasta el Acta Única Europea de 1987, el principio de la unanimidad. Gracias a esta rígida limitación, estaba garantizada la plena legitimidad democrática de las decisiones. De hecho, ya que la única efectiva legitimación, a causa del entonces escaso peso del Parlamento Europeo, derivaba de la participación política *interna* a los estados miembros, el no permitir el decabalgamiento de sus representantes *vía* voto por mayoría en los órganos supranacionales tutelaba la integridad de la soberanía de las ciudadanías nacionales, conservando así la cadena de la legitimidad

que iba de los ciudadanos de los estados nacionales a los órganos comunitarios. Con el Acta Única Europea tal situación fue, sin embargo, profundamente modificada por medio de la introducción del procedimiento del voto por mayoría calificada para algunas de las competencias del Consejo. El ámbito de tales competencias fue, luego, progresivamente extendido hasta comprender un gran número de materias, aunque no fueran significativamente todas. Tal enmienda normativa, justificada por la necesidad de dar mayor eficacia al trabajo del Consejo y sobre todo de evitar una política de vetos capaz de bloquear cualquier ausplicable desarrollo de la integración europea, generó, sin embargo, importantes problemas sobre el punto de la legitimidad democrática de la Comunidad en cuanto creaba un hiato entre los procedimientos legitimados a nivel nacional —como se ha dicho, los únicos realmente presentes— y los órganos comunitarios.⁸³ Ante tal *déficit*, el legislador europeo reaccionó aumentando las competencias del Parlamento de Estrasburgo, en particular introduciendo el procedimiento de la codecisión, con el cual no se compensó, sino parcialmente, el alejamiento del proceso legislativo del control de los ciudadanos.

En este aspecto se podría objetar, sea que en ciertas circunstancias en los organismos internacionales está también previsto el voto por mayoría (baste pensar, por ejemplo, en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), sea que el voto por mayoría representa el procedimiento habitual en las asambleas parlamentarias, sin que en este caso se hable todavía de un *déficit* de legitimidad. Pero ambas objeciones son poco convincentes. En mérito a la primera, se puede replicar que el mero hecho de que en el Consejo de Seguridad tenga vigencia el derecho al voto por mayoría, no significa aún que no surjan también aquí problemas de legitimidad. No es casual que, entre las reflexiones relativas a la reforma de la Carta de las Naciones Unidas no falten aquellas que se concentran precisamente en la necesidad de una mayor calificación a la organización en el plano de la legitimación democrática.⁸⁴ Sobre el otro punto, el principio de la mayoría vale en los estados nacionales solamente porque subsisten dos supuestos previos: por un lado,

⁸³ El problema fue subrayado especialmente por WEILER, «Problems of Legitimacy...», cit.

⁸⁴ Cfr. en especial: HELD, David. *Democracy and the Global Order*. Cambridge: Polity Press, 1995; ARCHIBUGI, Daniele y David HELD (eds.). *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*. Cambridge: Polity Press, 1995.

está vigente la ficción jurídica de la existencia de un «pueblo» único, razón por la cual las decisiones tomadas en su nombre por sus representantes, aunque por mayoría, vinculan a todos; por otro lado, los parlamentos nacionales, como organismos autorizados a decidir por mayoría, son respectivamente objeto en su conjunto, de la elección por parte de dicho pueblo. Ambos supuestos faltan, en cambio, en la Unión Europea. Aquí, de hecho está ausente, al menos hasta ahora, la ficción de un «pueblo europeo», y el Consejo como órgano legislativo supremo no ha sido objeto de legitimación por parte del conjunto de ciudadanos de la Unión. Por consiguiente, los ciudadanos del estado minoritario se encuentran condenados a una situación de pasividad, sin poder intervenir en la composición del Consejo en su integridad, mas solo sobre el gobierno que los representa en su interior. Por otro lado, ellos no están ni siquiera vinculados a esa lealtad y solidaridad que podría derivar de una ciudadanía europea más consolidada sobre el plano normativo. Tampoco puede ser aplicado a la situación de la Unión el argumento según el cual tal situación de «impotencia» representaría la norma en las Cámaras de las Regiones o de los Estados en las federaciones, sin que de ello derive un particular *déficit* de legitimidad. De hecho, en los casos de las Cámaras de las Regiones o de los Estados existe la ficción jurídica del pueblo federal, el cual elige en su unidad y totalidad a sus representantes en el otro ramo del parlamento, destinado a apoyar a la Cámara de las Regiones en su función legislativa. A nivel de la Unión, este rol debería estar desempeñado por el Parlamento Europeo, el cual, sin embargo, en la actual situación normativa, se encuentra en una posición extremadamente subalterna respecto al Consejo como para poder hacerse cargo a plenitud.

Una vez localizado el problema, queda por ver qué desarrollos prospectar en el Tratado Constitucional. A este propósito, hay que relevar que nada que el Tratado de Amsterdam preveía aún el voto por unanimidad en el Consejo para numerosos y significativos ámbitos, entre los que,⁸⁵ además de la política exterior, están la defensa y la justicia comprendidas en el TUE, las medidas para combatir la discrimina-

⁸⁵ Las listas que en seguida presentamos no son exhaustivas, pero sirven solamente al objetivo de rendir parcialmente cuenta del relieve de los sectores en los que se requiere la unanimidad del Consejo.

ción,⁸⁶ la libre circulación de las personas,⁸⁷ la extensión de los derechos relativos a la ciudadanía de la Unión,⁸⁸ la política de inmigración y de asilo,⁸⁹ distintos aspectos de la política económica y monetaria,⁹⁰ la seguridad social de los ciudadanos de la Unión como de los trabajadores de terceros países,⁹¹ los trabajadores migrantes,⁹² la industria,⁹³ la cultura,⁹⁴ medidas externas a los fondos estructurales que tienen como fin la cohesión económica y social,⁹⁵ los fines y la organización de los fondos estructurales,⁹⁶ las medidas fiscales y de planificación para proteger el ambiente y en mérito a los recursos energéticos,⁹⁷ la fiscalidad en la medida en que está dirigida a la realización del mercado interno,⁹⁸ la armonización normativa dirigida al mismo fin,⁹⁹ el hallazgo de recursos comunitarios de balance,¹⁰⁰ la cláusula de flexibilidad.¹⁰¹ En Niza, fue luego extendida la aplicación del voto por mayoría calificada en la medida de todo lo considerado relevante, en particular a la libre circulación de las personas, y específicamente a los sectores de asilo y acogida a refugiados¹⁰² (pero con excepción de las medidas relativas a los documentos y a la seguridad social), al asilo y a la acogida de los refugiados,¹⁰³ a algunos ámbitos de la política económica y monetaria,¹⁰⁴ parcialmente a la seguridad social de los trabajadores de la Unión y de terceros países,¹⁰⁵ a la industria,¹⁰⁶ a los fines y a la organización

⁸⁶ TCE (Versión sucesiva al Tratado de Amsterdam), art. 13.

⁸⁷ *Ibidem*, art. 18, inciso 2.

⁸⁸ *Ibidem*, art. 22.

⁸⁹ *Ibidem*, art. 61 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*, art. 100 y ss.

⁹¹ *Ibidem*, art. 137.

⁹² *Ibidem*, art. 144.

⁹³ *Ibidem*, art. 157.

⁹⁴ *Ibidem*, art. 151.

⁹⁵ *Ibidem*, art. 159.

⁹⁶ *Ibidem*, art. 161.

⁹⁷ *Ibidem*, art. 175, inciso 2.

⁹⁸ *Ibidem*, art. 93.

⁹⁹ *Ibidem*, art. 94.

¹⁰⁰ *Ibidem*, art. 269.

¹⁰¹ *Ibidem*, art. 308.

¹⁰² TCE (Versión consolidada con las enmiendas introducidas con el Tratado de Niza), art. 67, inciso 5.

¹⁰³ *Ibidem*, art. 18, inciso 3.

¹⁰⁴ *Ibidem*, art. 100 y art. 111, inciso 4.

¹⁰⁵ *Ibidem*, art. 137, inciso 2.

¹⁰⁶ *Ibidem*, art. 157.

de los fondos estructurales.¹⁰⁷ Pero, no obstante estos progresos, la reforma fue considerada «más cuantitativa que cualitativa» (Romano Prodi), en cuanto no consolidó el voto por mayoría calificada como procedimiento ordinario del Consejo.

En el curso de la discusión sobre el nuevo Tratado Constitucional, no faltaron propuestas radicales con miras a la abolición general del voto por Unanimidad en el Consejo,¹⁰⁸ las cuales no recibieron suficiente apoyo en la Convención. Sin embargo, el Tratado Constitucional introduce precisamente esa novedad —cuya falta los autores de la integración habían lamentado en el acuerdo de Niza—, es decir, el voto por mayoría calificada como parte integrante del procedimiento legislativo ordinario.¹⁰⁹ En tal modo, ello deviene la norma —y ya no un procedimiento entre otros—¹¹⁰ cuyas excepciones requieren de una específica justificación. Sin embargo, esto no significa que, por otro lado, el Tratado Constitucional no prospere un número más que congruente de tales excepciones, a garantía explícita del momento intergubernamental de la política europea. De los sectores de justicia, política exterior y defensa, ya se habló en el párrafo precedente. A las excepciones allí previstas a la regla del voto por mayoría calificada en el Consejo, se añaden los siguientes ámbitos, en los que sigue siendo requerida la unanimidad:¹¹¹ la aplicación de la cláusula de flexibilidad,¹¹² la definición de los recursos de la Unión,¹¹³ la admisión de nuevos estados miembros,¹¹⁴ la suspensión de los derechos de pertenencia,¹¹⁵ las medidas para combatir la discriminación,¹¹⁶ aquellas relativas al pasaporte o documentos

¹⁰⁷ *Ibidem*, art. 159 y art. 161.

¹⁰⁸ *Communication from the Commission. A Project for the European Union*, Conv 229/02, p. 8. La propuesta ha sido en seguida ratificada: PRODI, *op. cit.*, p. 3; *For the European Union Peace, Freedom, Solidarity. Communication from the Commission on the Institutional Architecture*, Conv 448/02, p. 6.

¹⁰⁹ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-33 e art. III-302, según la propuesta del Grupo de Trabajo IX (*Final Report of the Working Group on Simplification*, Conv 424/02, p. 14 sg.).

¹¹⁰ *Idem*, art. I-22, inciso 3.

¹¹¹ También en este caso el elenco no llega a la pretensión de ser exhaustivo.

¹¹² *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-17, inciso 1.

¹¹³ *Ibidem*, art. I-53, inciso 3, y art. I-54, inciso 4.

¹¹⁴ *Ibidem*, art. I-57, inciso 2.

¹¹⁵ *Ibidem*, art. I-58, inciso 2.

¹¹⁶ *Ibidem*, art. III-8, inciso 1.

similares,¹¹⁷ para establecer las modalidades del derecho al voto activo y pasivo de los ciudadanos europeos en países de la Unión que no sean los de origen,¹¹⁸ para la eventual ampliación de los derechos de ciudadanía,¹¹⁹ para la restricción del movimiento de capitales con terceros países,¹²⁰ para la aplicación de medidas fiscales restrictivas por parte de un país miembro respecto a terceros países,¹²¹ para la admisión de compatibilidad con el mercado interno de medidas de ayuda adoptadas por un estado miembro,¹²² para determinar medidas fiscales,¹²³ para el acercamiento de las normativas nacionales con incidencia sobre el mercado interno,¹²⁴ para la definición de los regímenes lingüísticos de los títulos europeos,¹²⁵ para la sustitución del Protocolo sobre el procedimiento referente a los déficits excesivos,¹²⁶ para algunas disposiciones relativas a las competencias de la Banca Central Europea,¹²⁷ para algunos sectores concernientes a la protección de los trabajadores,¹²⁸ las primeras medidas concernientes a los fondos estructurales y de cohesión que siguen a la adopción del Tratado,¹²⁹ así como del ambiente,¹³⁰ para medidas fiscales que conciernen al sector energía,¹³¹ para disposiciones relacionadas a la asociación de territorios de ultramar,¹³² para acuerdos culturales, cuando pueda derivar perjuicio para la diversidad al interior de la Unión,¹³³ para determinados aspectos de cooperación económica con terceros países,¹³⁴ para establecer los procedimientos de elección del

¹¹⁷ *Ibidem*, art. III-9, inciso 2.

¹¹⁸ *Ibidem*, art. III-10.

¹¹⁹ *Ibidem*, art. III-13.

¹²⁰ *Ibidem*, art. III-46, inciso 3.

¹²¹ *Ibidem*, art. III-47, inciso 4.

¹²² *Ibidem*, art. III-57, inciso 2.

¹²³ *Ibidem*, art. III-62, inciso 1.

¹²⁴ *Ibidem*, art. III-65a.

¹²⁵ *Ibidem*, art. III-68.

¹²⁶ *Ibidem*, art. III-76, inciso 13.

¹²⁷ *Ibidem*, art. III-77, inciso 6 (disposición no presente en el Proyecto de la Convención).

¹²⁸ *Ibidem*, art. III-104, inciso 3, y art. III-106, inciso 2.

¹²⁹ *Ibidem*, art. III-119, inciso 2 (disposición ligeramente modificada respecto al Proyecto de la Convención).

¹³⁰ *Ibidem*, art. III-130/131, inciso 2.

¹³¹ *Ibidem*, art. III-157, inciso 3 (disposición no presente en el Proyecto de la Convención).

¹³² *Ibidem*, art. III-191.

¹³³ *Ibidem*, art. III-217, inciso 4.

¹³⁴ *Ibidem*, art. III-227, inciso 8; III-228, inciso 1.

Parlamento Europeo¹³⁵ y las medidas relativas a la tasación de sus miembros,¹³⁶ para la autorización a proceder a las cooperaciones reforzadas y para otras medidas concernientes a las mismas¹³⁷. Se agregan las normas relativas a la composición de diversos órganos.¹³⁸ Además, el Consejo Europeo decide por unanimidad en mérito a una eventual nueva composición del Parlamento Europeo,¹³⁹ a la composición de la Comisión¹⁴⁰ y a la extensión del voto por mayoría calificada en el Consejo de Ministros (sin enmienda del Tratado Constitucional).¹⁴¹

Si se compara, incluso solo superficialmente, la lista de las materias para las cuales se requiere de la unanimidad según el Tratado Constitucional con las deducibles de los Tratados de Amsterdam y Niza, se ve que poco o nada ha cambiado. En otros términos, el Tratado Constitucional se afirma sobre posiciones del *acquis communautaire*, con el grave riesgo de que la obligación de unanimidad sea aún demasiado frecuente como para garantizar políticas eficaces en una Unión compuesta por veinticinco estados. Sobre el punto de la legitimidad es necesario distinguir entre las decisiones que requieren de unanimidad y los ámbitos donde, en cambio, la mayoría calificada representa la norma. En lo que concierne a estos últimos, como ya se ha dicho anteriormente, la única solución está dada por el llamado al «pueblo de los ciudadanos de la Unión» y a su órgano representativo, o sea el Parlamento Europeo. Sobre el rol del Parlamento de Estrasburgo se volverá a tratar con mayor detalle más adelante; por ahora baste anticipar que, en la medida en la cual a partir del Tratado de Amsterdam prácticamente todas las decisiones por mayoría calificada del Consejo estaban acompañadas por la codecisión del Parlamento, su legitimidad estaba de hecho ya garantizada antes de que se pusiera mano en el Tratado Constitucional. La dimensión de hecho no correspondía, sin embargo, hasta Niza, a

¹³⁵ *Ibidem*, art. III-232, inciso 1.

¹³⁶ *Ibidem*, art. III, 232, inciso 2.

¹³⁷ *Ibidem*, art. III-325, inciso 2; II-326, inciso 2 (disposiciones que no están presentes en el Proyecto de la Convención, pero ya contemplada, con alguna modificación, en el TUE, art. 23 y siguientes). Sobre las cooperaciones reforzadas ver también los artículos siguientes

¹³⁸ *Ibidem*, art. III-258 y ss.

¹³⁹ *Ibidem*, art. I-19, inciso 2.

¹⁴⁰ *Ibidem*, art. I-25, inciso 6 (disposición no presente en el Proyecto de la Convención).

¹⁴¹ *Ibidem*, art. IV-7a, inciso 1.

la del principio, desde el momento que el Parlamento Europeo seguía siendo definido como asamblea de «representantes de los pueblos de los Estados»,¹⁴² así que faltaría la referencia al interés común de los ciudadanos de la Unión, único factor en grado de justificar el respeto al principio de mayoría en el Consejo. Distinto es el discurso en mérito a las materias sujetas a unanimidad. Aquí, precisamente, lo obrado individualmente por los ministros puede ser considerado democráticamente legítimo solo si está supeditado a un adecuado control por parte de las asambleas representativas de país de proveniencia. En tal modo se llega, sin embargo, a tocar una nueva cuestión, vale decir la del rol de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea, a lo cual será dedicado el próximo párrafo.

2.2.2. LA INTERVENCIÓN DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN LA LEGITIMACIÓN DEL PODER PÚBLICO EUROPEO

Si se parte del supuesto previo de que el poder público europeo tiene que hallar su legitimación —en medida total o parcial— en los Estados nacionales y en sus procedimientos democráticos, debería derivarse entonces que los órganos representativos de los ciudadanos de los estados miembros, o sea los parlamentos nacionales, tendrían que estar adecuadamente involucrados en la vida política de la Unión. Más precisamente, este involucramiento tendría que ser tal como para permitirles hacerse cargo de la difícil tarea de investir a los órganos comunitarios de plena legitimidad popular. La ausencia en los Tratados, hasta Niza, de mecanismos que respondan a una exigencia de este tipo¹⁴³ constituye desde hace tiempo razón de insatisfacción. Según las disposiciones vigentes hasta la ratificación del nuevo Tratado Constitucional, el rol de los parlamentos nacionales en la arquitectura comunitaria, tal como está previsto en el Protocolo 9 inserto en el TCE con el Tratado de Amsterdam, no va más allá de la imposición de una obligación de información, que por otra parte, en el caso de la actividad legislativa, resulta indirecta, o sea que pasa a través de los gobiernos nacionales. Secundariamente, el control parlamentario de la actividad de los ministros

¹⁴² Art. 189 TCE.

¹⁴³ Sobre el rol de los parlamentos nacionales a la luz de los Tratados vigentes, cfr. *The Role of National Parliaments in the European Architecture (Discussion Paper)*, Conv 67/02.

de los gobiernos nacionales en el Consejo está dejada por entero a las disposiciones vigentes en materia en los Estados miembros. En los casos en los cuales el control es insuficiente se verifica, por tanto, en razón de la inmediata validez de las normativas europeas sobre el territorio de los Estados miembros, un implícito pasaje de competencias del legislativo al ejecutivo.

La desazón relacionada a la falta de adecuación de las funciones, atribuida a los parlamentos nacionales, ha encontrado también eco en la declaración del Consejo Europeo de Laeken (15/12/2001), con la cual se estableció la institución de la *Convención sobre el futuro de Europa*. Precisamente, en la formulación del mandato conferido a la Convención, se lee, en la enumeración de las cuestiones, que esta tendrá que tratar, que «una segunda cuestión, también relativa a la legitimidad democrática, hace referencia al rol de los parlamentos nacionales. ¿Deben estar estos representados en una nueva institución, para apoyar al Consejo y al Parlamento Europeo? ¿Deben tener un rol en ámbitos de acción europea en los cuales el Parlamento Europeo no tiene competencia? ¿Deben enfocar su atención en la subdivisión de las competencias entre la Unión y los estados miembros, por ejemplo a través de un examen preliminar del respeto al principio de subsidiariedad?». Luego de que el rol de los parlamentos nacionales fuera objeto de algunas consideraciones preliminares en sede de discusión plenaria,¹⁴⁴ la temática pasó al Grupo de Trabajo IV, creado expresamente para dicho objetivo, cuyas conclusiones han sido finalmente retomadas ampliamente por la Convención.¹⁴⁵ Una vez rechazada la hipótesis de crear un nuevo órgano ad hoc de la Unión, compuesto por representantes de los parlamentos nacionales —hipótesis que se había avanzado sea en el ya citado mandato del Consejo de Laeken, sea en algunos trabajos preparatorios—¹⁴⁶ las modificaciones normativas han apuntado sobre todo a los procedimientos por medio de los cuales los parlamentos nacionales

¹⁴⁴ Cfr. en especial: *Note on the Plenary Meeting- Brussel, 23 and 24 May 2002*, Conv 60/02, p. 7.

¹⁴⁵ *Summary Report of the Plenary Session- Brussels, 28 and 29 October 2002*, Conv 378/02. También la Comisión ha dado su beneplácito a las propuestas; ver *For the European Union Peace, Freedom, Solidarity. Communication from the Commission on the Institutional Architecture (Discussion Paper)*, Conv 448/02, p. 19.

¹⁴⁶ Cfr. *The Role of National Parliaments in the European Architecture (Discussion*

pueden estar mejor involucrados en la actividad política europea. Tales procedimientos encuentran expresión en dos Protocolos, el primero sobre el rol de los parlamentos nacionales en la Unión Europea, el segundo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. En el primer Protocolo se establece en particular que todas las iniciativas legislativas sean enviadas por la Comisión a los parlamentos nacionales inmediata y directamente,¹⁴⁷ o sea, no como está previsto por el Protocolo 9,¹⁴⁸ a los gobiernos para que estos las pasen a su vez a los parlamentos. A este punto —como está precisado en el segundo Protocolo— cada Cámara de los parlamentos nacionales tiene facultades para presentar, en el término de seis semanas, «un dictamen motivado que exponga las razones por las que se considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad.». ¹⁴⁹ Cuando las opiniones contrarias correspondan a, por lo menos, un tercio de los parlamentos nacionales (o sea a un cuarto cuando se trate de propuesta referente al espacio de libertad, seguridad y justicia), la Comisión deberá reexaminar la iniciativa legislativa, aunque ella y los otros órganos de la Unión puedan mantenerla previa fundamentación de la decisión.¹⁵⁰ En fin, la Corte de Justicia es competente sobre eventuales violaciones de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, seguidamente a recurso, no de los parlamentos nacionales mismos, sino de los estados miembros, y eventualmente en su nombre.¹⁵¹

En mérito al control de la actividad de los gobiernos nacionales en el Consejo, ya el Grupo de Trabajo IV, aun reconociendo que se trata de una cuestión que forma parte esencialmente de la legislación nacio-

Paper), Conv 67/02, p. 12 y sigtes. Sin embargo, en el esbozo preliminar de Tratado constitucional había sido prevista en el artículo 19 «la posibilidad de la institución de un *Congreso de los Pueblos de Europa*», eventualmente como órgano representativo de los parlamentos nacionales (ver *Preliminary Draft Constitutional Treaty*, Conv 369/02, p. 3 y 13). La hipótesis no ha sido luego retomada en el Tratado Constitucional.

¹⁴⁷ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04 ADD 1, *Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales*, par. 1.2. A esta norma se agregan otras relativas a la obligación de información directa de los parlamentos.

¹⁴⁸ Ver *The Role of National Parliaments in the European Architecture (Discussion Paper)*, Conv 67/02, p. 3.

¹⁴⁹ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, ADD 1, *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, art. 5.

¹⁵⁰ *Ibidem*, par. 6.

¹⁵¹ *Ibidem*, par. 7.

nal, había avanzado la solicitud de que fueran establecidos estándares mínimos europeos. Al encuentro de tal exigencia, el Tratado Constitucional contiene en efecto la disposición ya mencionada según la cual la Comisión debe transmitir sin dilaciones los documentos relativos a las iniciativas legislativas directamente a los parlamentos nacionales. De tal modo se garantiza, oficialmente, «un acceso lo más rápido posible de los parlamentos nacionales a los documentos»;¹⁵² oficiosamente, se obtiene también el soslayar una eventual tentativa por parte de los gobiernos nacionales de tener parcial o totalmente a la sombra a los respectivos parlamentos en mérito a las iniciativas europeas. Además, el Consejo tendrá que reunirse en sesión pública en la medida en la cual se desarrolla la actividad legislativa.¹⁵³ Pero el momento más innovador del Tratado Constitucional consiste en la disposición por la cual «los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos».¹⁵⁴ La verificación democrática de lo obrado por los representantes nacionales en sede europea es así, con justicia, reconocida por primera vez como parte integrante de la normativa de la Unión.

Indudablemente, con las propuestas aquí suscitadamente enunciadas, los parlamentos nacionales serían introducidos en las estructuras del poder europeo como nunca había sucedido precedentemente. De aquí a hablar de su plena legitimación por tal vía, corre aún mucho camino. Tres consideraciones nos deben inducir también en este caso a la cautela.

¹⁵² *Final Report of the Working Group on the Role of National Parliaments*, Conv 353/02, p. 6.

¹⁵³ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-49, inciso 2, según lo requerido por el Grupo de Trabajo IV; cfr. *Final Report of the Working Group on the Role of National Parliaments*, Conv 353/02, p. 3 y siguientes. Es de notar, a este respecto, que tal solicitud va más allá de lo previsto en el documento final de la cumbre de Sevilla, la cual abre los trabajos legislativos del Consejo solo en el contexto de la discusión de materias para las cuales está vigente el procedimiento de la codecisión (ver *Conclusions de la Présidence. Conseil Européen de Seville, 21 et 22 Juin 2002*, Conv 850/03, art. I-45, inciso 2).

¹⁵⁴ *Ibidem*, art. I-45, inciso 2.

- a) La primera razón es de principio. Es tarea de los parlamentos nacionales la protección de los respectivos ciudadanos contra los eventuales abusos del poder europeo que se expresen en violaciones del principio de subsidiariedad y/o proporcionalidad. Este es también el fin de la normativa propuesta. Pero el poder público europeo puede conculcar los derechos de los ciudadanos no solamente en su *status* de pertenecientes a los estados nacionales, sino también —y tal vez sobre todo— en el de ciudadanos europeos. Esta faceta no puede aún ser cubierta, ni *de jure* ni *de facto*, por las reformas prospectadas.
- b) En segundo lugar, la intervención de los parlamentos nacionales en la actividad legislativa de la Unión tiene límites objetuales (monitoreo exclusivo de subsidiariedad y proporcionalidad) y temporales (control *ex ante* y *ex post*). Todos los otros ámbitos temáticos, así como las otras fases de la legislación, quedan fuera de sus competencias. Ni siquiera esto debe asombrarnos: la legislación europea necesita de legisladores europeos.
- c) En fin, aun reconociendo el coraje implícito en el llamado a estándares mínimos del control democrático nacional de los miembros del Consejo, surgen seri dudas sobre la efectividad de tal disposición.

Haciendo una evaluación final sobre la hipótesis de que la legitimación del poder público europeo proceda de los parlamentos nacionales, se puede afirmar que, no obstante la validez de algunas modificaciones introducidas por el Tratado Constitucional, la cuestión aquí expuesta no puede ser resuelta únicamente por esta vía. El mismo Grupo de Trabajo IV subrayaba en su documento final que las propuestas formuladas no apuntaban a crear una justa entre los parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo: «cada quien tiene un rol diferente, pero ambas partes comparten el objetivo común de acercar la Unión a los ciudadanos, contribuyendo así a reforzar la legitimidad democrática».¹⁵⁵ Dicho en términos más explícitos, también los que abogaron institucionalmente — sin duda con buenos resultados— por la función de los parlamentos nacionales como fuente de legitimidad de las instituciones europeas, se ven obligados a reconocer que la fuente de la legitimación

¹⁵⁵ *Final Report of the Working Group on the Role of National Parliaments*, Conv 353/02, p. 2.

de la Unión no puede ser sino doble: a la nacional —identificada en los parlamentos de los estados miembros y en su rol de control de la actividad de los ministros comprometidos en el Consejo, así como de algunas fases de la actividad legislativa europea—, se debe añadir necesariamente una explícitamente europea, el Parlamento de Estrasburgo.

3. EL CONCEPTO DEL «PUEBLO DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN»

Según lo puesto en relieve en el párrafo precedente, el poder público europeo que, por un lado, existe, por otro no puede ser adecuadamente legitimado por medio de las prácticas democráticas de los países miembros. En particular las funciones del Consejo Europeo, así como las del Consejo de Ministros, parecen desvincularse de tal esencial exigencia normativa. En este punto debería imponerse con casi matemática necesidad el recurso al «pueblo europeo» (como conjunto de ciudadanos de la Unión) como base —ciertamente no exclusiva, pero en sinergia con las instituciones democráticas nacionales— de tal legitimación. En cambio, al menos hasta el Tratado Constitucional, este recurso no ha sido nunca explícitamente mencionado en la normativa europea. En efecto, la segunda razón frecuentemente adoptada por los legisladores europeos para justificar la exclusión de toda referencia al «pueblo europeo» en la ley fundamental de la Unión consiste (además de su no necesidad), precisamente en la presunta imposibilidad de formular tal concepto en modo no autocontradictorio. O bien, aun admitiendo que el recurrir al «pueblo europeo» sería tal vez oportuno o, mejor dicho, ausplicable, ello no sería proponible no solamente porque tal pueblo actualmente no existe, sino porque presupondría la aplicabilidad al contexto europeo de categorías adecuadas solo a realidades nacionales. Es esta la llamada *no demos thesis*, ampliamente difundida entre los estudiosos de asuntos europeos: y a que Europa no puede ser concebida sino como una suma de pueblos, la idea misma de un pueblo europeo unitario resultaría estar en contradicción con sus mismos supuestos previos. Y por el resto, aunque tal idea fuera realizable, no sería amparable. ¿Pero es en verdad compartible la tesis por la cual los ciudadanos europeos no pueden, por razones de fuerza mayor, autodefinirse como «pueblo» y por ende calificarse como poder constituyente de una Constitución Europea? ¿O no es tal vez concebible una caracterización del pueblo como del poder constituyente que sea compatible con la especificidad de la condición de la Unión?

Todo depende, en efecto, de cómo se entienda el concepto de «pueblo».¹⁵⁶ Dos son las principales tradiciones interpretativas que se contraponen en tal sentido, ampliamente superponibles a la clásica dicotomía del pensamiento político entre holismo e individualismo. La primera vía en la definición del pueblo es aquella emprendida por los estados nacionales: aquí el pueblo está identificado con la *nación*, vista como una entidad social de carácter prepolítico, que en cuanto a totalidad (*holon* precisamente) se coloca —en las intenciones de los propugnadores de tal tesis— sobre un substrato *objetivo*, genéticamente antecedente o axiológicamente superior a las voluntades, a los derechos y a los intereses de los individuos. En tal sentido, la nación es entendida como una realidad basada orgánicamente en una *sustancia* común, formada por la lengua, las costumbres, la cultura, la forma de vida, la historia, y no raramente, en modo más o menos explícito, también de la «sangre». El «pueblo» es así despojado de su carácter eminentemente político, de su naturaleza constructivista, y deviene en el *ethnos*, la etnia ancestral como fuente de una identidad visceral, que pretende distanciar de la vida pública los comportamientos privados y contra la cual no puede sino detenerse toda pretensión de integración supranacional. Valdría la pena preguntarse si un «pueblo», entendido en estos términos, exista a nivel de los Estados nacionales, o bien, aun admitiendo que haya existido en épocas más o menos lejanas, si su pasaje a una forma de coexistencia más propiamente política no sea visto como uno de los momentos más significativos del progreso humano, como uno de los supuestos previos indispensables de la transición desde el *status naturae* a la *societas civilis*. Si prescindimos de tales cuestionamientos, queda todavía evidente que en la Unión no es actualmente identificable un «pueblo» que tenga tales características ni hipotizable que se forme a breve plazo —como, por lo demás, no sería tampoco ausplicable si esto acaeciera. Así, quien adopta la aproximación holística al afrontar la temática del «pueblo» como origen de la legitimación democrática del poder público no puede sino desembarcar en la convicción de que la Unión debe construir su legitimidad sobre los estados nacionales, únicas entidades que posean —o que pretendan poseer— un «pueblo» en el sentido sustancial del término. La legitima-

¹⁵⁶ Más detalladamente, y con referencias bibliográficas, en S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione Europea alla luce delle concezioni del popolo come «potere costituente»* (Giuffré, Milán 2002).

ción popular del poder público europeo no sería, por tanto, posible sino por vía indirecta, cosa que nos retorna a las dificultades resaltadas en los párrafos precedentes.

Hay, sin embargo, otra vía posible, que consiste en la identificación del «pueblo» con la suma de los individuos intencionados en formar una colectividad política, o sea, sujetos a un poder público común. Se trata de la acepción individualista, según la cual, el movimiento normativamente central de la convivencia política y jurídica está representado por el individuo y su bagaje de derechos e intereses. En tal modo, resultan prioritarios no la totalidad del cuerpo social y su tendencia a la autoconservación, sino la razón y la voluntad de los individuos reunidos en una sociedad libremente organizada. Supuesto esto, definir a un «pueblo de la Unión» se torna también resoluble: si por «pueblo» se entiende la suma de los individuos sujetos a un determinado poder público —y no individuos que forman parte de una totalidad preconstituida y comparten su dimensión identitaria— entonces también para la Unión puede ser identificada tal realidad como la *suma de sus ciudadanos*. Precisamente en razón de las consideraciones ahora expuestas, ya en páginas precedentes, cuando se ha hablado del «pueblo de la Unión» o del «pueblo europeo» se ha especificado a menudo «como conjunto de ciudadanos». A fin de evitar errores, tal precisión es vista como núcleo esencial de las consideraciones desarrolladas.

Indudablemente, también el paradigma individualista presenta algunos riesgos. En particular, ello puede inducir a una acepción reduccionista de la ciudadanía, leída como mero derecho a moverse libremente en el mercado. En el debate sobre Europa, esto podría significar que los ciudadanos son entendidos exclusivamente como actuantes del mercado, cuyos derechos y deberes son exclusiva o esencialmente deducibles de las así llamadas «cuatro libertades» (del movimiento de personas, capitales, bienes y servicios). Interpretada de este modo, la idea de la «ciudadanía de la Unión» no puede estar dirigida a fundar la legitimación democrática, sea porque tal legitimidad en la perspectiva economicista-liberalista es, en suma, secundaria, sea porque los individuos, reducidos a agentes del mercado, no estarían en grado de proporcionarla. Para evitar esta dificultad, es entonces ausplicable la superación de la óptica individualista, para llegar a un tercer paradigma, al paradigma *comunicativo*, en cuya perspectiva la interacción política entre los individuos no persigue el mero interés egoísta de los individuos, sino que produce, con su mismo esclarecimiento, una red de valores compartidos, tales como para condicionar a fondo la identidad de cada

uno de nosotros. En particular, la interpretación comunicativa de la realidad socio-política presenta la ventaja de ver en la interacción política un sólido anclaje ético para toda la sociedad: la equilibrada discusión política sobre cómo resolver cuestiones comunes tiene carácter axiopoyético en cuanto cristaliza un *pool* común de valores, sobre los cuales se forja el fundamento democrático de la sociedad. Del círculo virtuoso entre el llevar a cabo válidos procedimientos para la discusión pública y la formación de valores comunes, surge la edificación de una bien entendida legitimación democrática.

No es esta la sede para discutir, aun solo parcialmente, los complejos problemas que circundan la dicotomía holismo-individualismo y las razones de un eventual pasaje a una tercera aproximación. Además, respecto al parentesco entre esta última con las dos precedentes, solo es posible decir que ello hace plenamente propia la tutela de los intereses y los derechos individuales, pero enriqueciéndola con una mayor referencia a la dimensión ética de la convivencia. Prescindiendo de tales cuestiones, cuanto aquí urge subrayar es la inconsistencia del argumento según el cual la idea de un «pueblo europeo» no sería en sí proponible o presupondría desarrollos histórico-sociales de larguísimo plazo y, en suma, improbables. Al contrario, si el «pueblo» entendido en sentido post-étnico y completamente democrático no es otra cosa sino el conjunto de ciudadanos, entonces —admitiendo que en Europa pueda desarrollarse un discurso político sobre temáticas comunes— no hay razón conceptual por la cual no debería haber un «pueblo de ciudadanos de la Unión». Y si se puede pensar en un «pueblo de ciudadanos de la Unión», es evidente que este debería cumplir un papel de primer plano en la legitimación del poder específicamente europeo al cual está sujeto.

4. LA PROGRESIVA REEVALUACIÓN DEL ROL DEL PARLAMENTO EUROPEO

En los primeros años de su institución, el Parlamento Europeo no tuvo otra función que la consultiva, en plena obediencia al principio según el cual la legitimación y el control parlamentario, en una organización de base pactual, estaban completamente garantizados por los parlamentos nacionales. Después de lo cual, con decisiones tomadas en 1970 y 1975, le fueron reconocidos a la Comunidad recursos propios, también en la reunión plenaria representativa propiamente europea le fueron coherentemente concedidas competencias en sede de aprobación del

balance. De tal modo se admitía que la Comunidad, una vez parcialmente autónoma respecto a los estados miembros, necesitaba de un control parlamentario específicamente suyo, dotado de adecuadas competencias. En el transcurso de los decenios, los poderes del Parlamento de Estrasburgo fueron progresivamente incrementados. En el campo de la actividad legislativa, la participación parlamentaria se ha traducido hasta el Tratado de Niza en cuatro procedimientos diferentes: la consulta, la opinión conforme, la cooperación y la codecisión. De estas, solo la codecisión —la última en nacer, y que fue introducida solo en 1992 con el Tratado de Maastricht— ve al Parlamento colocarse sobre un plano de igualdad respecto a otras instituciones comunitarias, en particular al Consejo. Con los Tratados de Amsterdam y Niza, la codecisión se ha extendido cada vez más, garantizando de tal modo la legitimidad democrática de las decisiones tomadas por mayoría en el Consejo, sin que todavía tal legitimación —implícitamente acordada «en nombre del pueblo europeo»— estuviera acompañada por una modificación de sus bases normativas. Como ya se ha dicho, en los Tratados hasta Niza no hay de hecho ninguna referencia a los ciudadanos de la Unión como base de la legitimidad democrática, y el mismo Parlamento de Estrasburgo está definido como representación de los pueblos de los Estados (y no de los «ciudadanos europeos»). Además, la codecisión no era más que un procedimiento legislativo entre otros, aunque colocado en posición preeminente.

Precisamente en estos ámbitos normativos, hasta hoy deficitarios, parecen delinearse importantes innovaciones. Ya se ha recordado la transformación del artículo 251 TCE en el «procedimiento legislativo ordinario», acompañado por el reconocimiento de igual dignidad del Parlamento y el Consejo.¹⁵⁷ Pero el aspecto ideológica y políticamente, si no jurídicamente, más innovador no debe buscarse aquí, sino en la redefinición de la «identidad» del Parlamento y en la mención de los ciudadanos de la Unión como base de la legitimidad democrática de instituciones y decisiones. Por primera vez, el Parlamento es definido

¹⁵⁷ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-33, inciso 1, obedeciendo las sugerencias formuladas por el Grupo de Trabajo IX; cfr. *Final Report of the Working Group on Simplification*, Conv 424/02, p. 15. La propuesta de generalización de la codecisión había sido hecha también por la Comisión: *Communication from the Commission. A Project for the European Union*, Conv 229/02, p. 27; *For the European Union. Peace, Freedom, Solidarity. Communication from the Commission on the Institutional Architecture*, Conv 448/02, p. 16; PRODI, *op. cit.*, p. 3.

como representación directa de los «ciudadanos» a nivel de Unión,¹⁵⁸ con lo que se prefigura, aunque implícitamente, la idea de un conjunto unitario de los ciudadanos de Europa como cofundamento de la Unión. Tal hipótesis está, por lo demás, confirmada por el artículo I-1, inciso 1, donde se lee que «la presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea », con un llamado relativamente claro a la doble base de legitimación.¹⁵⁹ Sin embargo, esta valiente innovación es inmediatamente contrabalanceada, en el mismo artículo, por la afirmación por la cual son exclusivamente los estados miembros los que confieren competencias a la Unión. De este modo, mediante el principio restrictivo del otorgamiento exclusivo de competencias por parte de los estados miembros —de lo que ya se habló precedentemente— se excluye toda iniciativa autónoma de la Unión en este caso, negando así también todo cuanto se había aseverado poco antes, o sea que el conjunto de los ciudadanos de la Unión pueda concretar una voluntad propia. En otro contexto —para complicar ulteriormente las cosas— es por otro lado precisamente esta posibilidad de los ciudadanos de la Unión, en cuanto tales, de expresar una voluntad propia para ser reconocida, por medio del derecho de presentar propuestas de ley de iniciativa popular a nivel europeo.¹⁶⁰

No obstante el relieve de las novedades que podrían ser introducidas con el nuevo Tratado Constitucional, el Parlamento sigue sin gozar,

¹⁵⁸ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-45, inciso 2. En la misma dirección va la norma que conduce a reformar los procedimientos de las elecciones europeas en los países miembros (*ibidem*, III-232, inciso 1; la propuesta había sido muy defendida por la Comisión: *For the European Union. Peace, Freedom, Solidarity. Communication from the Commission on the Institutional Architecture*, Conv 448/02, p. 16).

¹⁵⁹ En el documento de trabajo final del Grupo de Trabajo IX se lee que «la legitimidad democrática de la Unión está fundamentada sobre sus estados y sobre sus pueblos; consiguientemente, todo hecho de naturaleza legislativa debe provenir siempre de los órganos que representan a tales estados y pueblos, o sea del Consejo y del Parlamento» (*Final Report of the Working Group of Simplification*, Conv 424/02, p. 2). Por lo demás, la doble legitimación no sería ni siquiera una novedad: solo para citar el ejemplo más famoso, baste recordar cómo la Constitución de los Estados Unidos menciona en su dictado, ya al pueblo unitario federal (en el Preámbulo), ya a los pueblos de los estados (en el art. 1, sección 2, y en la 17.ª enmienda).

¹⁶⁰ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-46, inciso 4.

aun según el proyecto de la nueva normativa, de algunas de las prerrogativas fundamentales de una asamblea que entienda representar a una ciudadanía dotada de real autonomía. Solo para mencionar algunos ejemplos, el Parlamento no tiene derecho a iniciativa legislativa, carece de función en la elección del presidente del Consejo europeo,¹⁶¹ no puede proponer al Presidente de la Comisión¹⁶² ni al Ministro de Exteriores,¹⁶³ no tiene autonomía ni tampoco igual dignidad respecto al Consejo en fijar los recursos de la Unión.¹⁶⁴ Por otro lado, quedan muchas excepciones al procedimiento legislativo ordinario,¹⁶⁵ para las cuales se requiere solamente la aprobación¹⁶⁶ o la consulta¹⁶⁷ del Parlamen-

¹⁶¹ *Ibidem*, art. I-21.

¹⁶² *Ibidem*, art. I-26.

¹⁶³ *Ibidem*, art. I-27.

¹⁶⁴ *Ibidem*, art. I-53. Netamente más favorables al Parlamento habían sido las propuestas del Grupo de Trabajo IX (*Final Report of the Working Group on Simplification*, Conv 424/02, p. 19) y de la Comisión (*Communication from the Commission. A Project for the European Union*, Conv 229/02, p. 31; *For the European Union. Peace, Freedom, Solidarity. Communication from the Commission on the Institutional Architecture*, Conv 448/02, p. 15; PRODI, *op. cit.*, p. 3).

¹⁶⁵ Ya en el debate de la Convención había surgido la convicción de que «excepciones [al procedimiento de la codecisión] continuarán de existir por varias razones», donde tales razones se vislumbran en el *status* peculiar de materias «particularmente sensibles para algunos estados miembros» (*Summary Report on the Plenary Session- Brusels, 5 and 6 Decembrer 2002*, Conv 449/02, p. 5 y 9).

¹⁶⁶ La aprobación es exigida por la aplicación de la cláusula de flexibilidad (art. I-17, inciso 1), para la modificación de las normas, sobre iniciativa del Parlamento, que definen su composición (art. I-19, inciso 2), para fijar las medidas de aplicación del sistema de recursos propios de la Unión (art. I-53, inciso 4), para la aprobación del marco financiero (art. I-54, inciso 2), para la adopción de medidas contra la discriminación (art. III-8, inciso 1), para la ampliación de los derechos de ciudadanía (art. III-13), para las primeras medidas relativas a los Fondos estructurales y de cohesión que sigan a la firma del tratado (art. III-119, inciso 2), para la extensión de la cooperación judicial en materia penal (art. III-171 y siguiente), para fijar las normativas relativas a la elección del Parlamento Europeo con procedimiento uniforme (art. III-232, inciso 1), para impulsar una cooperación reforzada (art. III-325, inciso 1).

¹⁶⁷ La mera consulta está, en cambio, prevista para las medidas relativas a los pasaportes y a documentos similares (art. III-9, inciso 2), para establecer las modalidades del derecho al voto activo y pasivo de los ciudadanos europeos en países de la Unión que no sean los de origen (art. III-10), para las medidas relativas a la tutela diplomática de los ciudadanos de la Unión (art. III-11), a la restricción del movimiento de capitales con terceros países (art. III-46, inciso 3), a algunas normas relativas a la competición y a las ayudas estatales (arts. III-50 sgg., III-56 sgg.), a

to Europeo.¹⁶⁸ En general, se trata de ámbitos para nada secundarios, que afectan a buena parte de los sectores de competencia de la Unión. Del todo marginal es también el rol del Parlamento en el campo de política exterior y de seguridad,¹⁶⁹ para lo cual está prevista solamente la consulta por obra del Ministro de Exteriores,¹⁷⁰ mientras que para algunas tipologías de acuerdos internacionales es necesaria la aprobación parlamentaria.¹⁷¹

Es además interesante notar la función subordinada que el Parlamento vendría a asumir en un eventual procedimiento de enmienda constitucional, en cuyo ámbito este solo tiene derecho a formular propuestas, a ser consultado en mérito de la convocatoria de una Convención *ad hoc* y a enviar a sus representantes a dicha Convención.¹⁷² Fal-

determinadas medidas fiscales (arts. III-62), al acercamiento de las normativas nacionales con incidencia sobre el mercado interno (art. III-65bis), a los regímenes lingüísticos de los títulos europeos (art. III-68), para diversas medidas de política económica y financiera (arts. III-74, inciso 2, y sigtes., III-92, inciso 2), para orientaciones relativas a la coordinación de políticas sobre el empleo (arts. III-100, inciso 2, III-102) para algunos ámbitos concernientes a la protección social de los trabajadores (art. III-104, inciso 3), para la creación de un comité de protección social (art. III-111), así como al ambiente (art. III-130/131, inciso 2), para medidas tales como evitar la discriminación en el sector Transportes (art. III-138-inciso 3), relativas a la investigación (arts. III-149, inciso 3-4; III-154), para medidas de naturaleza fiscal en el campo energético (art. III-157, inciso 3), al espacio de libertad, seguridad y justicia (art. III-164, III-167, inciso 3, III-170, inciso 3, III-176, inciso 3, III-178) para disposiciones relativas a la asociación de territorios de ultramar (art. III-191.) para el nombramiento de los miembros de la Banca Centrale Europea (art. III-289, inciso 2b) y del Tribunal de Cuentas (art. III-291, inciso 2), para algunas medidas relativas a la institución de cooperaciones reforzadas (art. III-326, inciso 2 y sigtes.), para las normas relativas a la aplicación de la Constitución en los territorios de ultramar (art. III-330).

¹⁶⁸ En la propuesta del Grupo de Trabajo IX la consulta estaba en cambio reservada a ámbitos esencialmente técnicos y la aprobación de algunos tipos de tratados internacionales; cfr. *Final Report of the Working Group on Simplification*, Conv 424/02, p. 16 y siguiente.

¹⁶⁹ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-193 y ss.

¹⁷⁰ *Ibidem*, art. III-205 y art. III-215, inciso 3, con referencia a la puesta a disposición urgente de recursos financieros.

¹⁷¹ *Ibidem*, art. III-227, inciso 6a. El artículo regula los casos en los cuales está prevista la consulta al Parlamento y aquellos en los cuales es, en cambio, necesaria la aprobación. La consulta está prevista para las normas aptas a establecer la tasa de cambio de las divisas (art. III-228, inciso 1).

¹⁷² *Ibidem*, art. IV-7.

ta, en cambio, la prerrogativa de encaminar autónomamente el procedimiento de revisión —prerrogativa reservada al Consejo Europeo—, y la de aprobar los resultados en forma vinculante. Tales restricciones son con mayor razón significativas en cuanto afectan al órgano que representa oficialmente a los ciudadanos de la Unión, los cuales quedan así excluidos de la función fundamental de decidir prioritariamente sobre la ley fundamental que gobierna su vida civil. Análoga limitación se encuentra en el hecho de que los ciudadanos europeos no pueden deliberar sobre las premisas normativas de su propia definición, o sea de las condiciones que llevan a la adquisición de la ciudadanía de la Unión. De hecho, según lo que dicta del artículo I-8, inciso 1, «toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro posee la ciudadanía de la Unión», así que la ciudadanía de la Unión «se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla». En la medida en la cual la fijación de las condiciones para el reconocimiento de la ciudadanía nacional es dejada a los estados miembros, el conjunto de ciudadanos de la Unión no puede intervenir con su órgano representativo, o de otro modo, para precisar los límites de su propia composición: un límite curioso para una ciudadanía que se quiere, finalmente, democrática y participativa.

En la apertura del ensayo se ha precisado que para ser efectivamente democrática, la legitimación del poder público debe predisponer las vías para la participación de los ciudadanos. Las restricciones contenidas en el Tratado Constitucional, y aquí brevemente recordadas, representan en su conjunto una consistente violación de tal principio y por ende una grave limitación de los instrumentos que el Tratado Constitucional pone a disposición para la legitimación democrática del poder público que él mismo instaura. Curiosamente, pero con toda probabilidad no casualmente, tales limitaciones se acompañan, sobre la otra faceta, a un número consistente de disposiciones que, por primera vez, se proponen precisar el contenido ético de la Unión y de su identidad colectiva. Reforzar el contenido ético de una compaginación política significa esclarecer los valores sobre los cuales esta se apoya, determinando a su vez su identidad, y distinguirlos de los valores de distintas compaginaciones. En esta dirección va la referencia al común destino de los pueblos de Europa,¹⁷³ la insistencia sobre los valores,¹⁷⁴ la definición de objetivos como los implícitamente opuestos a los de otras co-

¹⁷³ *Ibidem*, Preámbulo, cap. 3.

lectividades políticas, en particular de los Estados Unidos,¹⁷⁵ el llamado a la «independencia e integridad» de la Unión,¹⁷⁶ la oficialización de los símbolos de identidad soberana (bandera, himno, moneda y el 9 de mayo como «día de Europa»¹⁷⁷). Frente al *déficit* de la concreta interacción política, se insinúa la duda de que la retórica ético-identitaria no sea otra cosa que un biombo detrás del cual esconder la falta de una real democratización de las instituciones. En otros términos, la insistencia —por primera vez presente en forma tan invasiva— sobre símbolos y valores comunes podría configurarse como la tentativa de crear una suerte de *comunitas europaea*, a falta del reconocimiento de plenas competencias político-institucionales a los ciudadanos de la Unión.

CONCLUSIONES

Como colofón del análisis, recapitulemos sumariamente los resultados, añadiendo algunas reflexiones finales.

- a) En la Unión Europea se ha consolidado un núcleo de poder público, el cual no se pone en discusión, en sus contenidos esenciales, por la parcial redefinición de las competencias prevista por el Tratado Constitucional.
- b) El poder público europeo no puede ser adecuadamente legitimado por medio de las instituciones democráticas de los estados nacionales. En otros términos, para que las decisiones tomadas en sede europea, en particular por el Consejo Europeo y por el Consejo de Ministros, puedan ser consideradas completamente legítimas, es indispensable recurrir a una fuente de legitimación específicamente europea, la que no sustituya, sino más bien integre la legitimación proveniente de los estados miembros.
- c) Tal fuente no puede hallarse sino en el conjunto de los ciudadanos de la Unión. En la medida en la cual el «pueblo» es entendido en términos post-étnicos, nada impide encontrar también para la Unión, salvando el pleno respeto de las diferencias histórico-cultu-

¹⁷⁴ *Ibidem*, art. I-2. Los valores aquí enumerados no son, por otro lado, idénticos a los que encabezan los derechos en la Parte II.

¹⁷⁵ *Ibidem*, art. I-3 y, con referencia a la política exterior, art. III-193.

¹⁷⁶ *Ibidem*, art. III-193, inciso 2.a.

¹⁷⁷ *Ibidem*, art. I-6bis.

rales, un sujeto político-jurídico unitario. Por primera vez, el Tratado Constitucional hace una tímida referencia a los ciudadanos de la Unión como fuente del poder público.

- d) La actividad democrática del «pueblo» como conjunto de ciudadanos se explica, en condiciones de transparencia, en los modos participativos y representativos (o sea por medio del Parlamento de Estrasburgo). El Tratado Constitucional introduce interesantes innovaciones en estos ámbitos. Recordemos en particular el artículo según el cual «las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil»,¹⁷⁸ el sucesivo, donde se hace mención del diálogo entre los interlocutores sociales,¹⁷⁹ y las disposiciones que prescriben la obligación de la transparencia¹⁸⁰ y a la accesibilidad de los documentos.¹⁸¹ En esta dirección va también la disposición que prevé iniciativas legislativas propositivas a nivel de la Unión.¹⁸² En fin, la codecisión es elegida en «procedimiento legislativo ordinario».
- e) No obstante esto, quedan numerosas carencias. Sobre todo en los ámbitos en los que no está prevista la intervención del Parlamento de Estrasburgo —o una sola intervención insuficiente— se genera un arrastrante traslado de competencias del legislativo al ejecutivo, con la consiguiente consolidación —eventualmente con el ulterior crecimiento, en la medida en la cual nuevos ámbitos pasan a la competencia de la Unión— de un preocupante *déficit* democrático.
- f) Para que los derechos democráticos puedan ser adecuadamente ejercidos, es necesario que haya una definición válida del *status* de la ciudadanía política. Pero también sobre este punto el Tratado Constitucional queda insuficiente, sea por cuanto respecta a la normativa relativa a los contenidos de la ciudadanía europea, sea en mérito a las condiciones de su adquisición. Damos por descontado que no se quiera que la ciudadanía de la Unión sustituya a

¹⁷⁸ *Ibidem*, art. I-46, inciso 2. En tal modo se rinde cuenta del pedido de un involucramiento de las organizaciones no gubernamentales; cfr. ZÜRN, Michael. «Über den Staat und die Demokratie in der Europäischen Union». En: PREUSS, Ulrich K. y M. ZÜRN (Hrsg.), *Probleme einer Verfassung für Europa*. Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik, 1995, pgs. 1-40, en especial p. 18 *passim*.

¹⁷⁹ *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-47.

¹⁸⁰ *Ibidem*, art. I-49, inciso 1.

las ciudadanía nacionales o que, dotada de un *status* propio autónomo, simplemente la respalde. Tomando esto como premisa, se mantendría el principio actual, según el cual la ciudadanía europea es entendida como derivación de las ciudadanía de los estados nacionales. En efecto, argumentos significativos pueden ser aportados en favor de tal solución. Sin embargo, ella presenta la limitación de dejar a los solos Estados nacionales la definición de una entidad que tiene, en cambio, relieve institucional a nivel de la Unión. Desde este aspecto se generan una carencia normativa y un significativo riesgo de superecuaciones. Para evitar tanto una como otro, es necesario que el legislador europeo promueva una armonización de criterios para la concesión de la ciudadanía de los Estados nacionales, la cual, sin borrar la peculiaridad de las tradiciones de los países miembros, rinda cuenta, comoquiera que sea, del relieve común de la cuestión y prevenga graves injusticias.¹⁸³ g) Actualmente, el ciudadano europeo que se encuentra en un país de la Unión que no es el suyo es un extranjero privilegiado, pero siempre un extranjero. Si se quiere reconocer plenamente el significado fundamental de la ciudadanía de la Unión en su asiento institucional, es imprescindible entonces que a cada ciudadano europeo le sea concedido el pleno acceso a los derechos políticos y sociales en todos los estados miembros en los cuales resida en forma estable, hecha la salvedad de un razonable período de latencia. Tampoco en este caso el legislador europeo debería sustraerse a su responsabilidad. Si es verdad, de hecho, que con la ampliación de los poderes del Parlamento de Estrasburgo el ciudadano de la Unión puede expresar su voluntad de participación política por medio de su específica representación europea y también los derechos sociales son tutelados

¹⁸¹ *Ibidem*, art. I-49, incisos 3-4, art. II-42 y art. III-305. En la literatura especializada se había hablado de la necesidad de publicar por internet los documentos de relieve público, cfr. WEILER, *The Constitution of...*, p. 348 y siguientes.

¹⁸² *Tratado Constitucional*, CIG 86/04, art. I-46, inciso 4. En la literatura especializada se encuentra la propuesta de referendums propositivos: cfr., en especial: ZURN. «Über den Staat...», p. 30 y sigte.; WEILER, *The Constitution of...*, p. 348 y sigtes.; GRANDE, Edgar «Demokratische Legitimation und europäische Integration». En *Leviathan*, 24. Jahrgang (1996), n.º3, pp. 339-360.

¹⁸³ BAUBÖCK, Rainer. *Citizen and National Identities in the European Union*. Cambridge (Mass.): Jean Monnet Working Paper Series, Harvard Law School, 1997.

aún más a nivel supranacional,¹⁸⁴ es aún innegable que el derecho a la movilidad tenga que encontrar pleno reconocimiento en la Unión también en el ámbito político y social.

- h) Frente a las carencias en la participación democrática, el Tratado Constitucional contiene por primera vez un llamado a la presunta identidad común europea. Va de por sí que la sólida identidad democrática de una colectividad política debería en realidad basarse en la activa participación y no en la retórica de la pertenencia.

En síntesis, el Tratado Constitucional, si es visto desde la óptica de la legitimación democrática del poder público, presenta luces y sombras. Si la mezcla de los dos factores no es tal como para conducir a un rechazo del texto global —hipótesis, por lo demás, poco dable, si no por otra causa, por razones prudenciales y por el inmenso valor de civilización arraigado en la integración europea—, todavía no hay razón para estar completamente satisfechos por el resultado. Una razón de más para el reiterado compromiso, científico y político, sobre la vía y el mejoramiento de las bases normativas de la convivencia en la Unión.

¹⁸⁴ Recuérdese, a este propósito, la sentencia de la Corte de Justicia del 20 de setiembre de 2001 (C-184-99, «Grzelczyk»).