

ALGUNAS MUTACIONES DEL DERECHO ORIGINARIO EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

SOME MUTATIONS IN THE PRIMARY LAW DURING THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

ALFREDO ALLUÉ BUIZA
Profesor de Derecho constitucional.
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONCERTACIÓN INTERINSTITUCIONAL. III. LA AMPLIACIÓN UNILATERAL DEL PARLAMENTO EUROPEO DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA CONFERIDA POR LOS TRATADOS. IV. LA ALTERACIÓN DE LAS FORMAS EN LA PROPIA REFORMA DE LOS TRATADOS. UN APUNTE EN RELACIÓN A LA FUNCIÓN CONSTITUYENTE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y AL SISTEMA DE CONVENCION.

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas que del Derecho originario se han hecho a lo largo del proceso de integración europea, o al menos, las de mayor calado, se han hecho sobre la base de consolidar al Derecho originario como un ordenamiento constitucional europeo. Entendemos como grandes reformas las realizadas entre el Acta Única Europea (que entró en vigor en 1987) y el Tratado de Lisboa de diciembre de 2009. Las anteriores reformas de los Tratados, como el de Fusión de Ejecutivos, de 1967 o las modificaciones presupuestarias de 1970 y 1975 apenas permiten entrever este viraje hacia presupuestos reconocibles desde los cánones del constitucionalismo contemporáneo. El profesor ARAGÓN REYES, con motivo de un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la adecuación de constitucionalidad del Tratado

de Maastricht a la Ley Fundamental de Bonn¹, decía que «la construcción europea se ha venido realizando mediante un proceso sustentado en el voluntarismo político de los Gobiernos y el activismo judicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad. Este modo funcionalista ha resultado hasta fechas recientes bastante eficaz, pero, como todo funcionalismo, tiene sus limitaciones. Y ha sido, precisamente, el gran paso del Tratado de la Unión Europea el que las ha puesto de manifiesto. Quizás porque cuando se pretende una mayor unificación, el funcionalismo ha de ser complementado, valga la palabra, por el estructuralismo. Establecer una ciudadanía europea, eliminar las fronteras, crear una política común en materia económica, imponer una moneda única, etc., son pasos decisivos que aproximan al federalismo, esto es, a la transformación sustancial de lo que surgió y es todavía, una comunidad de Estados soberanos. No es de extrañar, pues, que con ocasión de este Tratado se hayan planteado, por fin, problemas de Derecho constitucional que, en etapas anteriores habían quedado subyacentes, y sólo aparentemente velados por el Derecho comunitario».

En parecida línea doctrinal, más de quince años después, Laurence BURGORGUE-LARSEN² considera que no se puede aislar el sistema de la Unión Europea de los sistemas nacionales, ya que nos encontramos «en un proceso constitucional, es decir, estamos enfrentados a un constitucionalismo abierto, evolutivo, que no es inmutable y que se nutre de cada acción y reacción de los múltiples actores del sistema». Una visión sistémica, abierta y dialogante del sistema constitucional europeo, pues, más allá de comprender a los Tratados como instauradores de una comunidad de Estados que son los «señores» de aquellos, como dice el Tribunal Constitucional federal alemán en su *preventiva* Sentencia de 30 de junio de 2009, como expresaba, un tanto precozmente en el tiempo, ALONSO GARCÍA³, «la potencialidad expansiva del Derecho europeo hace que por primera vez en el mundo del Estado moderno europeo pueda hablarse de constitución por encima de las constituciones de los Estados soberanos, en definitiva, constitución expresada en normas elaboradas en forma de convenio internacional, que no por ello dejan de ser una carta constitucional de una comunidad de derecho»⁴; expresión «Carta Constitucional» que ya se utilizó en el

¹ ARAGÓN REYES, M., «La Constitución Española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», *La Constitución española en el Ordenamiento Comunitario Europeo (I)*, Ministerio de Justicia, Vol. I, Madrid, 1995, p. 1052.

² BURGORGUE-LARSEN, L., «La formación de un Derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial», *Ponencia presentada al VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España titulado «Derecho Constitucional Europeo»*, San Sebastián, 4 y 5 de febrero de 2010, pp. 3 y 4.

³ ALONSO GARCÍA, E., «La incidencia de la entrada en las Comunidades Europeas en el sistema constitucional de fuentes de derecho». *Implicaciones constitucionales y políticas del ingreso de España en la CEE y su incidencia en las Comunidades Autónomas. Actas del V Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y Derecho constitucional* (AGUIAR DE LUQUE, L., coord.) Oñate 1986, p. 127. Incluso, en relación a la actual crisis financiera se habla igualmente de crisis constitucional, al respecto, ver: TUORI, K., «The european financial crisis constitutional. Aspects and implication», *European University Institute Working Papers, Department of Law*, Law 2012/28.

⁴ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «La Constitución de la Comunidad Europea», *Noticias de la CEE* nº 100, p. 93.

Dictamen del TJCE 1/1991, de 14 de diciembre. En este sentido, como apunta DÍEZ PICAZO⁵, «el nudo gordiano de la existencia de una Constitución en una estructura compuesta o cuasi federal, no es la fuerza de origen, entendida como la ausencia de mácula jurídico internacional, sino que en algún momento se produzca un salto cualitativo que permita entender que el vínculo ha dejado de pertenecer al Derecho internacional».

Sin embargo, hablar de un Estado constitucional europeo o de una Unión Europea constitucionalizada entraña sus riesgos, principalmente en «el nivel de garantía de ese principio estructural de la sociedad política occidental que es la democracia»⁶, y, en el caso que nos ocupa no estamos exactamente ante la plasmación crónica de un déficit democrático, sino más bien ante un déficit constitucional que se manifiesta en un cúmulo de técnicas de mutación constitucional que se convierten en un auténtico trastorno, al menos durante determinadas etapas del proceso de integración europeo.

No nos referimos aquí a la mutación constitucional de las propias constituciones de los Estados miembros, lo que significa una alteración de los contenidos constitucionales por mor del proceso de construcción europea, ya sea a través de la superación de las técnicas de reforma, por la ampliación del ámbito constitucional con otras normas que ocupan su mismo rango o por el establecimiento de auténticas autorrupturas constitucionales (como la contenida en el artículo 93 de nuestra Constitución en vigor⁷), y en este sentido el proceso de integración ha sido un magnífico laboratorio. Nos referimos a los trastornos constitucionales, que se producen en los propios Tratados, si entendemos éstos como una carta constitucional, por prácticas interinstitucionales (que van más allá de meras prácticas políticas y se convierten en costumbres jurídicas) de difícil categorización, o por meros cambios en las normas para la producción jurídica, principalmente en los reglamentos internos de funcionamiento de las instituciones comunitarias, que determinan una clamorosa divergencia normativa entre lo que éstas regulan y lo estipulado por el derecho constitutivo, que significa un auténtico desbordamiento del mismo. Si bien es verdad, y hay que dejarlo previamente apuntado, que estas mutaciones no abarcan períodos relativamente largos y que, indefectiblemente, desembocan en una ulterior reforma del derecho originario a fin de cohonestar lo estipulado convencionalmente o a través de las reglamentaciones internas; siendo estas prácticas un auténtico «indirizzo político» configurador de la estructura constitucional de la Unión Europea.

⁵ DÍEZ PICAZO, L. M., «Reflexiones sobre la idea de Constitución Europea», *Revista de Instituciones Europeas*, nº 2, mayo-agosto de 1993, p. 533.

⁶ PÉREZ TREMPES, P., «El ordenamiento comunitario y estatal: las condiciones constitucionales al proceso de ratificación del tratado de Maastricht en el derecho comparado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 18, 1994, p. 51.

⁷ Una posición crítica a esta idea de autorruptura, desde la posición de que para mantener la coherencia necesaria entre el orden comunitario y el constitucional se hace necesaria la reforma constitucional, es la sostenida por Carlos DE CABO MARTÍN, en su obra *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Ed. Trotta, Madrid 2003, pp. 92 y ss.

Entendiendo, por lo tanto, el concepto de mutación como una técnica no formal de modificación del ordenamiento constitucional (en este caso del ordenamiento constitutivo u originario de la Unión Europea) que se impone como una necesidad o una exigencia de una realidad histórica (en este caso el dinámico proceso de integración) que en unos casos se queda en una adaptación sobre la base de una mera interpretación evolutiva, otras veces se genera una abierta contradicción con los textos constitucionales y, en la mayoría de los casos, en un compendio de ambas⁸. Pero que, en última instancia, como decía Konrad HESSE⁹ «una mutación constitucional modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto recibe una significación diferente».

En este sentido, vamos a centrarnos en tres tipos de mutaciones o desbordamientos del contenido normativo de los Tratados: la concertación interinstitucional, su derivación en las técnicas de consulta parlamentaria y la propia alteración de los mecanismos de reforma establecidos en el derecho constitutivo de la Unión Europea.

II. LA CONCERTACIÓN INTERINSTITUCIONAL

El Tratado de Luxemburgo de 1970 sobre Modificación de las Disposiciones Presupuestarias estableció el sistema de recursos para la financiación comunitaria, dando por finalizado el período de contribuciones nacionales para el sostenimiento de las comunidades. Este cambio obligaba a reconocer al Parlamento Europeo la capacidad de declarar o rechazar el proyecto de presupuesto anual, pasando de ser una institución meramente consultiva en la materia a tener la capacidad de aprobar, enmendar e incluso, rechazar el presupuesto comunitario, pues la competencia de los parlamentos nacionales sobre la materia no tenía ya ningún sentido al financiarse las Comunidades a través de recursos propios (exacciones agrícolas, derechos arancelarios y un porcentaje del IVA).

Este aumento de los poderes presupuestarios de la Asamblea puso en tela de juicio la descompensación existente entre esta nueva potestad y los limitadísimos, por no decir inexistentes, poderes de decisión que tenía el Parlamento Europeo en lo concerniente a la innovación del derecho derivado, circunscrito a una mera función consultiva sin carácter vinculante, pues la mayoría de las partidas presupuestarias eran consecuencia inmediata de una legislación comunitaria adoptada previamente. Es decir, el Parlamento Europeo no coparticipaba en la elaboración de las nor-

⁸ DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 183. El autor (Id., pp. 185 a 188) reconoce cuatro tipos de mutaciones: las debidas a prácticas políticas que no se oponen formalmente a la Constitución; las debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución, las debidas a la imposibilidad de ejercicio o desuso de competencias y atribuciones establecidas en la Constitución y las debidas a técnicas de interpretación de la Constitución, de tal modo que los preceptos tienen un contenido distinto de aquel en que inicialmente fueron tipificados.

⁹ Id., p. 180.

mas jurídicas con incidencia financiera y, sin embargo, en él residía la capacidad de aprobar o rechazar en última instancia el presupuesto. Como bien afirmaba en su día FONSECA MORILLO¹⁰, los poderes legislativo y presupuestario, «como todos los poderes comunitarios, son de atribución y deben de ser ejercidos en el respeto de las disposiciones de los Tratados y de los actos adoptados en su desarrollo, estando en manos del Consejo esa capacidad decisional, lo cual nos lleva de nuevo a afirmar que el Parlamento Europeo tiene el poder presupuestario pero no legislativo, y así, en materia de gastos normalmente los créditos inscritos en el presupuesto son la simple consecuencia financiera de unas obligaciones nacidas por decisiones y actos reglamentarios adoptados previamente en el marco de las políticas comunitarias; esto es, el corolario de decisiones ya tomadas por el órgano dotado de poder legislativo».

Para todo ello se buscó, un tanto forzosamente, a fin de paliar este desfase, un punto de conexión entre su débil poder consultivo y el poder decisorio del Consejo y se encontró en una resolución consignada en el acta de la reunión donde se hizo el Tratado sobre Modificación de las Disposiciones Presupuestarias y que decía: «El Consejo se compromete a mantener la más estrecha colaboración con el Parlamento Europeo en los actos que tengan incidencia financiera»¹¹. Para ello, el 4 de marzo de 1975 se aprobó la Declaración Común Interinstitucional entre Parlamento Europeo, Consejo y Comisión que creaba el llamado procedimiento de concertación interinstitucional, cuyo ámbito de aplicación eran los actos de Derecho derivado de carácter general que tuvieran expresas implicaciones financieras, teniendo por objeto resolver las divergencias que pudieran aparecer entre el Parlamento Europeo y el Consejo, siendo una especie de derecho de veto suspensivo de la Eurocámara que trasciende con mucho sus limitadas competencias consultivas, a fin de buscar un acuerdo, aunque la última palabra a la hora de adoptar definitivamente el acto la tuviera el Consejo.

El procedimiento establecía que en caso de que el Consejo considerara que el objeto del acto fuera susceptible de concertación y el Parlamento Europeo manifestara mediante una resolución su disposición a utilizar el procedimiento, éste se desarrollaría entre el Consejo y Parlamento Europeo, a través de una comisión de concertación formada por el Consejo, el presidente o vicepresidente del Parlamento y el portavoz de la comisión parlamentaria competente en la materia. La Comisión de las comunidades que no era parte de la concertación, sin embargo podía participar en los trabajos, dándose, en principio, prórrogas aparte, un plazo de tres meses para lograr un acuerdo. Siendo aplicado por primera vez con ocasión de la adopción del Reglamento Financiero de 21 de diciembre de 1979.

La concertación, más allá de sus peculiaridades formales, el éxito o fracaso de su utilización, el recorrido que tuvo; y si realmente se aplicó a innovaciones legis-

¹⁰ FONSECA MORILLO, F. J., «El presupuesto de las Comunidades Europeas, análisis jurídico», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, p. 79.

¹¹ NAVARRO BATISTA, N., «Parlamento Europeo y poder normativo en la Unión Europea», Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca 1995, p. 88.

lativas con calado financiero o a otras cuya incidencia financiera era colateral, permitía entrever, dentro de su complicado sistema, que los poderes del Parlamento Europeo, en aquella fecha, ya se adivinaban cada vez más crecientes, aun con sus limitaciones. Los poderes presupuestarios de la Eurocámara, en ese momento, eran mucho menores que los de cualquier parlamento nacional, pero mucho mayores que en relación al momento fundacional de las Comunidades, lo que permitía predecir no solo un aumento de los mismos por la vía de la innovación de los Tratados mediante las reformas de 1970 y, posteriormente, de 1975, sino, igualmente, por la vía de los hechos en lo que concierne a sus limitadísimas potestades consultivas que no habían sido reformadas por los Tratados de Modificación de las Disposiciones Presupuestarias¹².

Y si no se hizo una reforma del Derecho constitutivo, ¿qué valor podemos dar a una declaración común que altera el equilibrio institucional querido en los Tratados en materia de potestades decisorias, al «constitucionalizar» un método de acuerdo «entre pasillos»? ¿No hubiera sido más adecuado proceder a una reforma del derecho originario en materia de decisión en el propio proceso de modificaciones presupuestarias al que nos hemos referido? El valor que podemos dar a una declaración común es muy limitado, ya que no pueden nunca entenderse como una reforma expresa de los Tratados constitutivos, aunque permita a tal o cual institución (en este caso el Parlamento) conquistar nuevas potestades que no le competen a la luz de los Tratados. No tiene valor jurídico alguno, siendo un mero compromiso de carácter político, sustentado en el llamado «espíritu de los Tratados», concepto un tanto evanescente, que se traduce en una práctica o costumbre que nace de las propias Instituciones comunitarias y que las vincula *de facto*. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha sido muy cuidadoso de no pronunciarse expresamente, todo lo más se pueden deducir interpretaciones «*a sensu contrario*»¹³, sobre la naturaleza jurídica de las declaraciones. Como bien expresa CONSTANTINESCO¹⁴, si el Tribunal se manifestara acerca del valor jurídico de las declaraciones comunes finalizaría muy probablemente el efecto útil del procedimiento.

Más allá de la determinación, hartamente imposible, de su valor jurídico, la costumbre o práctica de la concertación, más allá de su efectividad real, se consideró un hecho indiscutible, significando un paso sustancial en el reconocimiento de la fun-

¹² EMBID IRUJO, A., «La participación del Parlamento europeo en el proceso de elaboración de normas de la Comunidad», *Noticias CEE*, nº 45, octubre de 1988, p. 65.

¹³ Asunto *Advernier*, STJCE de 19 de enero de 1984. Al respecto ver NAVARRO BATISTA, N., Ob. cit. pp. 111 y 112.

¹⁴ CONSTANTINESCO, V., «Curso sobre el Parlamento Europeo» impartido en el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, mayo de 1987. Para NAVARRO BATISTA (ob. cit., pp. 111 a 113) recoge la jurisprudencia donde el tribunal de Luxemburgo ha hecho referencia expresa al valor de las declaraciones comunes pero cuando éstas se han producido en un ámbito no estrictamente comunitario en el que las competencias de las instituciones no estaban claramente definidas, como era entonces la cuestión de la protección de los derechos fundamentales (Asunto *Hauer*, STJCE de 13 de diciembre de 1979 y Asunto *Marguerite Johnston*, STJCE de 15 de mayo de 1986).

ción colegisladora del Parlamento Europeo, trascendiendo el contenido de los Tratados. Así, el Parlamento Europeo reformó su Reglamento interno en 1981 (antiguo art. 38) donde, de manera unilateral, se tipificaban las pretensiones parlamentarias: iniciativa de esta institución para iniciar el procedimiento, ampliación del mismo a todas las decisiones comunitarias de especial trascendencia, establecimiento de una comisión de concertación equilibrada en cuanto a su composición, entre otras cuestiones. La posición del Parlamento Europeo fue desde el inicio, incluso antes de redactarse la Declaración Común, un intento de evitar que la concertación fuera una mera prolongación de sus limitadas funciones consultivas en el camino hacia una verdadera codecisión con el Consejo. Como dice NAVARRO BATISTA¹⁵, «las propuestas del Parlamento Europeo no traducían únicamente el deseo de mejorar un proyecto insuficiente. En realidad proponían una alteración sustancial del sistema institucional que sólo hubiera podido llevarse a efecto mediante la revisión de los Tratados, no a través de una declaración común que, por su propia naturaleza, no puede modificar las líneas básicas previstas en los Tratados... esta fue la causa principal por la que el Parlamento Europeo acogió con poco entusiasmo la Declaración Común que instauró el procedimiento de concertación».

III. LA AMPLIACIÓN UNILATERAL DEL PARLAMENTO EUROPEO DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA CONFERIDA POR LOS TRATADOS

Desde la perspectiva de la adopción de decisiones en el seno de las, en su día, Comunidades Europeas, el sistema institucional padecía los males de infancia conocidos en la evolución histórica del parlamentarismo, ya que el Parlamento Europeo parecía más una institución de naturaleza esencialmente opositora al poder ejecutivo y legislador (el «monarca»-Consejo), y que se presentaba como defensor de la voluntad popular (a partir de su elección directa en 1979) e, incluso como el motor de una transformación constitucional democrática del proceso de integración. Esta última cuestión se plasmó en un relativo corto período (desde 1981 a 1986, al que hemos de sumar el abierto en 1975 con el ya analizado procedimiento de concertación) mediante la mutación de las potestades consultivas del Parlamento, es decir, de su limitadísimo poder de participación en la elaboración de la legislación comunitaria, a través de la actuación discrecional que, sin embargo, va ha desembocar en la reforma del art. 149 del TCEE en el Acta única Europea (procedimiento de cooperación) y, posteriormente, en Maastricht con la introducción de un procedimiento codecisorio (síntesis procedimental de la concertación y la cooperación parlamentarias) en el art. 189 B del TCE, hoy denominado procedimiento legislativo ordinario en el art. 294 del TFUE en vigor.

¹⁵ Id., p. 95.

Ambas estrategias, mutación y posterior reforma de los Tratados, recogiendo en la misma el contenido de las prácticas interinstitucionales, ¿eran concurrentes o se excluían la una a la otra? Evidentemente, como hemos dicho, se produjo una concurrencia (o una sucesión ordenada) de las dos ya que, por ejemplo, sin la introducción de reformas en los Tratados en materia presupuestaria difícilmente se hubieran puesto en marcha los mecanismos de interrelación consensual entre las instituciones como fue el procedimiento de concertación¹⁶. Y, del mismo modo, la puesta en práctica de este procedimiento, como hemos dicho, deriva indefectiblemente en una posterior reforma del derecho originario, pues la política de «pequeños pasos», no era por sí misma una garantía jurídico-formal para la consolidación de un nuevo sistema de relaciones entre las instituciones comunitarias. El sistema de declaraciones comunes no garantizaba la modificación de los Tratados en lo referente a la transformación del equilibrio real del poder existente. La reforma, por lo tanto, se hacía imprescindible, ya que el Parlamento Europeo no se conformaba con tener una función «sirviente», sino que se presentaba con un valor propio, pretendiendo desarrollar de la manera más óptima posible, los objetivos de los Tratados. El sistema comunitario debía de transformarse para reflejar e introducir formas democráticas comunes, estableciéndose una relación dialéctica entre instituciones y políticas de la Comunidad¹⁷.

La gran oportunidad se le presentó al Parlamento Europeo, en 1979, a raíz del contencioso «isoglucosa», a fin de poder trascender sus escasas funciones de carácter consultivo a la hora de adoptar decisiones comunitarias; en beneficio de una práctica cooperativa con el verdadero órgano de decisión que era el Consejo, trayendo a colación fórmulas procedimentales de carácter similar a la concertación, basadas en dobles lecturas que dieran una mayor sustancia al procedimiento consultivo y lo orientara hacia fórmulas consensuales entre el Consejo y la Eurocámara. El método difería, no obstante, de la práctica de la concertación, basada en el soporte de una declaración común. La estrategia parlamentaria se basó en una intervención unilateral mediante la reforma de su reglamento interno apoyándose en una jurisprudencia comunitaria favorable a sus intereses.

Con motivo de la adopción por el Consejo de un reglamento sobre la producción de la isoglucosa en 1979 (Reglamento 1293/1979), esta institución obvió la consulta preceptiva al Parlamento Europeo, alegando que la inmediata disolución de la Eurocámara, con motivo de las primeras elecciones directas, impedía poner en marcha el procedimiento consultivo, el cual en buena lógica parlamentaria caducaba, debiendo

¹⁶ Ya en 1966, ALTING VON GEUSAU («Problèmes institutionnelles des Communautés Européennes», *Cahiers de Droit Européen*, nº 3, 1966, p. 235) mantenía la tesis de que las disposiciones de los Tratados solo forman un marco donde el desarrollo institucional puede evolucionar, dependiendo esta evolución de la práctica de las instituciones políticas en la elaboración de las decisiones comunitarias. Esta tesis, expuesta en 1966, con un Tratado de Fusión de Ejecutivos en proceso de ratificación, institucionalmente regresivo desde la perspectiva de la integración pues fortalecía la legitimación intergubernamental, resulta de una clarividencia reveladora.

¹⁷ NORD, H. R., «Quelques réflexions sur l'évolution institutionnelle des Communautés Européennes», *Mélanges Fernand Dehousse*, Bruxelles, 1979, Vol. II, p. 141.

esperar el Consejo a la nueva legislatura para volver a iniciar el mismo; sin que, por otra parte, invocara el procedimiento de urgencia y hubiera pedido a la mesa del Parlamento Europeo la convocatoria de una sesión extraordinaria. Las empresas *Roquette* y *Maizena*, afectadas por dicha reglamentación, plantearon un contencioso ante el TJCE, el cual en sendas Sentencias de 29 de octubre de 1980, anuló dicho Reglamento por vicio sustancial de forma, a tenor del entonces artículo 173 del TCEE.

El abogado general y el Tribunal establecieron concurrentemente una interpretación expansiva de las limitadas competencias parlamentarias en el ámbito decisorio. Para el abogado general Gerhard REISCH, «las competencias consultivas del Parlamento Europeo representan actualmente el principal medio de asociar los pueblos de la Comunidad a la elaboración de los actos jurídicos comunitarios. No se puede comparar de manera absoluta la consulta al Parlamento Europeo en el marco del procedimiento legislativo comunitario a la consulta que es conocida de manera general en los derechos internos de los Estados miembros». Por su parte, el Tribunal consideró que la consulta parlamentaria era «el medio que permite al Parlamento participar efectivamente el proceso legislativo de la Comunidad. Esta competencia representa un elemento esencial del equilibrio institucional *querido* (la cursiva es nuestra) por el Tratado. Es el reflejo aunque limitado, a nivel de la Comunidad, de un principio democrático fundamental, según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder por intermedio de una asamblea representativa¹⁸. La consulta regular del Parlamento en los casos previstos, constituye una formalidad sustancial donde su no respeto entraña la nulidad del acto concernido».

Lo que sí es cierto es que el Tribunal, salvo esa referencia un tanto subliminal al «espíritu» de los Tratados, no hace una interpretación en pos de un cambio sustancial de la naturaleza jurídica del procedimiento consultivo, más allá de conceder a ésta una importancia o relevancia frente a una actuación un tanto desleal del Consejo. Este «algo más» en absoluto puede interpretarse como que el Tribunal establece que la consulta sea una potestad comparable al poder de legislar, sino que no se puede reducir sin más a una mera petición de dictamen dirigida al Parlamento, sin que el Tribunal nos lo clarifique más allá de una mera declaración, un tanto retórica, de principios, pues es claro que la indefinición de lo que es consulta parlamentaria en los Tratados, se clarifica por la descripción procesal de la misma en el derecho originario. No se hace necesaria, por lo tanto una definición acerca de la naturaleza jurídica de la consulta si se determinan los ámbitos materiales sometidos a un tipo u otro de procedimiento de participación del Parlamento Europeo en la adopción de normas jurídicas de derecho derivado.

¹⁸ El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su Sentencia de 30 de junio de 2009 (Sentencia *Lisboa*), echa por tierra esta tesis, al considerar (puntos 271 y 272) que el Parlamento Europeo es a lo más una fuente *adicional* autónoma de legitimidad democrática y que «no puede ni debe adecuarse, en su composición, a las exigencias que en el plano estatal se plantean a partir del igual derecho político de sufragio de todos los ciudadanos... la democracia de la Unión Europea no puede ni requiere conformarse de forma análoga a la de un Estado».

Sin embargo, el Parlamento Europeo entendió que los argumentos del Tribunal le conferían suficiente legitimidad para, de manera unilateral, dotar de sustancia al procedimiento consultivo, procediendo a reformar, en 1981, su reglamento interno, introduciendo el mecanismo de «reconsulta» parlamentaria (arts. 32, 35 y 36)¹⁹.

Simplificando lo más posible, la llamada «reconsulta» parlamentaria lo que hacía era fragmentar el procedimiento consultivo, en el seno del Parlamento al permitir poder abstenerse de votar una resolución que concluyera el procedimiento consultivo, en tanto en cuanto la Comisión de las Comunidades no se definiera sobre las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo a su iniciativa legislativa, o no aceptara las enmiendas a la misma; pudiéndose reenviar a la comisión parlamentaria competente el texto de la resolución parlamentaria para un nuevo dictamen. El reenvío a comisión para la realización de un nuevo dictamen significaba dilatar el procedimiento consultivo en aras del ejercicio de una mayor presión sobre el ejecutivo comunitario. De este modo, el Parlamento Europeo procedía a apropiarse de manera unilateral del poder de realizar una segunda lectura, con el objeto de buscar fórmulas consensuales de negociación con la Comisión, a fin de lograr un texto aceptable para ambas instituciones.

Como afirmaba Mary DOMINICK²⁰, con la «reconsulta» se buscaba introducir «un puente interno» con la Comisión, más que pretender retardar el procedimiento legislativo en una suerte de amenaza a la Comisión. En efecto, la dilatación en el procedimiento parlamentario pretende la búsqueda de fórmulas convencionales entre los órganos de legitimación comunitaria frente al Consejo, a través de un acto constituyente de enmienda a la Comisión.

No obstante, quien determinaba en última instancia la validez del acto comunitario era el Consejo, verdadero órgano legislativo de las Comunidades. La preeminencia del Consejo se vio alterada igualmente por una reforma unilateral del Reglamento interno del Parlamento Europeo, al introducirse en el año 1987 un nuevo art. 42, pues no bastaba la simple comprobación de los acuerdos adoptados por el Consejo, sobre los cuales se hubiese consultado al Parlamento a fin de que éste pudiera cerciorarse de su concordancia con los dictámenes parlamentarios (art. 39.1 del Reglamento de 1981). Esta disposición era muy imprecisa, pues únicamente establecía que «si el Consejo informa al Parlamento de que propone apartarse de su parecer, el Presidente del parlamento informará de esto a la comisión competente, la cual se pronunciará sobre el procedimiento que se haya de seguir y someterá eventualmente una proposición al pleno» (art. 39.2). El art. 42 establecía que el presidente del Parlamento Europeo, a propuesta de la comisión competente, pedirá al Consejo que consulte nuevamente al Parlamento cuando el Consejo modifique o se proponga

¹⁹ Que en cierto modo, con otra variante procedimental más atenuada, ya existía en el antiguo art. 22 del Reglamento interno antes de su reforma en 1981. Ver, al respecto: ALLUE BUIZA, A., «El Parlamento Europeo, poder y democracia en las Comunidades Europeas», Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1990, p. 149.

²⁰ DOMINICK, M., «Le procédure de décision dans la Communauté et le nouveau Règlement Intérieur du Parlement Européen», *Revue du Marché Commun*, n° 248, junio-julio 1981, p. 278.

modificar sustancialmente la propuesta inicial sobre la que el Parlamento hubiere emitido su dictamen o cuando, por el transcurso del tiempo o del cambio de circunstancias, hubiera variado sustancialmente la naturaleza del asunto al que se refiere la propuesta de la Comisión.

Como se dio en su día²¹, este artículo 42 aportó una clarificación en las relaciones entre las dos instituciones y obligaba al Parlamento Europeo, y muy especialmente a las comisiones parlamentarias competentes, a ser muy vigilantes sobre la suerte que el Consejo reservaba a sus dictámenes, además de reforzar el diálogo interinstitucional, y, por consiguiente, desarrollar un mejor entendimiento en beneficio del proceso legislativo comunitario. Desde nuestro punto de vista, esta nueva reglamentación autónoma del Parlamento, ampliaba el espíritu del procedimiento de cooperación entre las dos instituciones, ya establecido en el Acta Única, a los ámbitos materiales, todavía muy numerosos, sometidos al procedimiento consultivo. Lo que quiere decir que la estrategia de mutaciones y expresas reformas del Derecho originario se entrecruzan y generan sinergias muy dinámicas en todo el proceso de decisión.

IV. LA ALTERACIÓN DE LAS FORMAS EN LA PROPIA REFORMA DE LOS TRATADOS. UN APUNTE EN RELACIÓN A LA FUNCIÓN CONSTITUYENTE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y AL SISTEMA DE CONVENCION

Frente a la concepción dominante de que la reforma del derecho originario corresponde a los Estados, como dice el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su Sentencia *Lisboa* de 2009, auténticos «señores de los Tratados», durante todo el proceso de integración ha existido una corriente no solo doctrinal, sino política, incardinada en la propia estructura del Parlamento Europeo, proclive a entender la conveniencia de residenciar la reforma comunitaria en el seno de un parlamento legitimado democráticamente a nivel europeo. En este sentido, la Eurocámara, un tanto precozmente, ha funcionado como un auténtico lobby, más allá de su natural conformación entre mayorías y minorías que debaten y se confrontan políticamente, en pos de lograr una posición no solo institucional en los procedimientos de reforma, sino auténticamente constituyente del proceso de integración, que, a nuestro entender, es otra razón para comprender al Parlamento Europeo, como una institución que contiene, como hemos referido, «males de infancia» propios del constitucionalismo histórico.

Esto es determinante en la valoración que hemos de hacer de los intentos parlamentarios de transformación constitucional de las Comunidades Europeas, mucho más allá del escaso papel que le conferían los Tratados en los procedimientos de

²¹ PASSETTI BOMBARDELLA, F., «Le Parlement face au Conseil», *Rivista di Diritto Europeo*, año XXXVIII, abril-junio de 1987, pp. 78 y 79.

reforma. En primer lugar, el Parlamento aprobó en 1984 un Proyecto de Tratado de la Unión Europea (inspirado por un lobby de personalidades políticas muy dispares presentes en el Parlamento —el grupo *cocodrilo*, encabezado por el *criptocomunista* SPINELLI—) que pretendía evitar los escollos propios de la unanimidad intergubernamental establecidos en el entonces art. 236 del TCEE. El Parlamento pretendía establecer un sistema de aprobación de su propia iniciativa a través de una mayoría porcentual estatal y demográfica, que trascendiera dicha unanimidad, lo que significaba, no una mera reforma de los Tratados de Roma, hasta la fecha meramente retocados, sino la constitucionalización de una comunidad de integración que sucedería a las tres Comunidades.

Esta estrategia tuvo su continuidad en el Proyecto de Constitución Europea de 1993 (cuyo precedente más inmediato fue el Documento *Colombo* sobre las orientaciones relativas al Proyecto de Constitución Europea de 1990), elaborado por la Comisión de Asuntos Institucionales (Proyecto *Herman*) que tenía como pretensión, en palabras del propio documento de trabajo, suceder al «texto confuso e ilegible resultado de una negociación puramente intergubernamental» que dio lugar al Tratado de Maastricht. Dicho Proyecto debería, según el Parlamento, aprobarse de una manera radicalmente diferente a lo establecido en el art. N del Tratado, planteándose de manera opcional: A) al Parlamento le correspondería la iniciativa de elaborar un proyecto (que ya tenía hecho) y someterlo a la ratificación de los Estados; B) correspondiéndole de igual modo, la iniciativa, el proyecto se sometería a una conferencia compuesta por la instituciones y los Estados miembros, con ulterior ratificación de éstos. C) el Parlamento elabora el texto y lo somete a un congreso de parlamentos nacionales con ulterior ratificación de los Estados. D) el Parlamento y el Consejo instituyen un comité de *sabios* (similar a lo que en su día fueron los Comités *Dooge* y *Spaak*) que examina el proyecto parlamentario y dictaminan un texto definitivo a fin de que el Parlamento Europeo y los Estados, reunidos en una conferencia *institucional* sin carácter intergubernamental, lo aprueben con posterior ratificación de los últimos. En todas las opciones se mantiene la idea de que «la Constitución entraría en vigor cuando la mayoría de los Estados miembros que representaran a los 4/5 de la población lo aprobaran, y los Estados miembros que no hubieran estado en condiciones de depositar los instrumentos de ratificación dentro de los plazos fijados tendrían que escoger entre la salida de la Unión o el mantenimiento de su pertenencia a la Unión así transformada».

Más allá de que el proyecto o los proyectos parlamentarios aportaran un texto constitucional completo²², un *mínimum* que le caracterizara como tal o un mero esquema de trabajo, la realización (en paralelo a los procesos intergubernamentales de reforma sustancial de los tratados inaugurados con el Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht) por parte del Parlamento Europeo de un proceso constituyente

²² Para Francesc DE CARRERAS («Análisis del Proyecto de Constitución Europea», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 18, 1994, p. 3) «el ámbito normativo constitucional queda muy abierto y la materia constitucional, aunque muy acotada, resta inacabada con la aprobación de un texto como el del proyecto».

de sucesión de una organización internacional en una Unión Europea constitucionalizada solo podía entenderse como una aporía, cuyo único efecto sería el de orientar políticamente a los verdaderos y únicos negociadores de la reforma que eran los Estados; y, al mismo tiempo el de ocupar una posición lo más relevante posible en dichas negociación que rompiera el monopolio intergubernamental querido por los Tratados a tenor del art. 236 TCEE y, posteriormente, en el art. N del TUE, versión Maastricht.

Y es en esta última cuestión donde se produce una alteración en el procedimiento establecido en el Tratado, más allá del modesto papel que le correspondía al Parlamento a la hora de autorizar la convocatoria de la conferencia intergubernamental. Ya en 1985, en relación a la conferencia intergubernamental de Luxemburgo redactora del Acta Única Europea, el Parlamento exigió su asociación formal a la misma por la vía de la concertación, ya que el artículo 236 TCEE no dice que el Parlamento deba de ser requerido para una participación en todas las fases antes de la finalización de los trabajos, pero tampoco se dice lo contrario. Así, el Parlamento con una forzadísima interpretación «*a sensu contrario*» recurre, como no podía ser de otra manera al «espíritu de los Tratados», ya que, desde su punto de vista, si no se entiende esta pretensión se pierde de vista el hecho de que las Comunidades Europeas son una organización de demócratas y de que hay una disposición de los representantes elegidos por la ciudadanía europea. Desde la óptica parlamentaria se hacía necesaria la realización de una obra en común, por lo que la invocación al llamado «espíritu de los Tratados» había de aplicarse como criterio interpretativo al procedimiento excluyente del art. 236 TCEE²³. Sin embargo esta propuesta no se vio satisfecha en la conferencia de Luxemburgo redactora del Acta Única.

Al inicio de la tercera legislatura, el Parlamento Europeo, en su resolución de 23 de noviembre de 1989, ante la convocatoria de una nueva conferencia para reformar los Tratados, exigía su plena participación en la conferencia intergubernamental a fin de reforzar la legitimidad democrática frente a las tecnocracias auxiliares, protagonistas exclusivos de las anteriores reformas y, al mismo tiempo, convocar un congreso de parlamentos nacionales, a fin de implicarlos en la reforma. Esta idea de vincular los avances en la integración (ciudadanía, moneda, mercado integrado) al cuestionamiento de una quiebra de legitimidad política de los actores implicados en las reformas no tuvo ningún resultado efectivo. Por otro lado, el Parlamento en su resolución de abril de 1991 intentó supeditar el dictamen, de conformidad a su preceptiva asociación, a los trabajos de la conferencia de Roma encargada de reformar el tratado. El Consejo Europeo de Maastricht no aceptó esta idea de extender el dictamen de conformidad a la propia reforma, pues, como expresaba MANGAS MARTÍN²⁴, no es concebible que el Parlamento Europeo participe en la iniciativa, o

²³ Intervención del eurodiputado Egon KLEPSH, «Parlement Européen, débats. Séance 23-10-1985. JOCE nº 2-231, annexe, p. 120.

²⁴ MANGAS MARTÍN, A., «El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general», *Gaceta jurídica de la CEE*, D-17, 1992, p. 57.

en las negociaciones o que emita finalmente un dictamen de conformidad a la nueva redacción. Si se admitieran, continúa la autora, las reiteradas pretensiones del Parlamento Europeo, éste pasaría a disponer de la competencia y estaríamos ante un procedimiento de revisión netamente de Derecho constitucional, ya que la competencia sobre la competencia en materia comunitaria sólo es compartida por los gobiernos y los parlamentos de los Estados miembros de la Comunidad.

Posteriormente, la participación del Parlamento Europeo (y del Comité Económico y Social, Comité de Regiones e, incluso, del Tribunal de Justicia) se va ha manifestar de una manera un tanto modesta a través de contribuciones en forma de resoluciones al llamado *grupo de reflexión* preparatorio de la conferencia intergubernamental, lo que no implica una participación directa en ésta. La naturaleza del grupo no iba más allá de ser un colectivo de librepensadores, aunque fueran representantes personales de los presidentes de las instituciones comunitarias, reunidos de manera informal; pues su función no era la de negociar sino la de reflexionar y discutir a fin de presentar diferentes ideas y sugerencias para la revisión del Tratado²⁵. No obstante, durante la reforma que dio lugar al Tratado de Amsterdam, la presidencia italiana intentó que la conferencia admitiera a dos representantes del Parlamento Europeo en calidad de observadores. La oposición frontal de Francia y Gran Bretaña dio lugar a una solución parcial que se expresaba de tres modos diferentes: intercambios de puntos de vista antes de cada sesión del Consejo Europeo y de cada sesión ministerial con el presidente y los representantes del Parlamento Europeo; la celebración mensual de reuniones de trabajo *ad hoc* y la regular información de la presidencia al Parlamento Europeo del transcurso de las negociaciones²⁶. Ante esta limitadísima participación parlamentaria, el Parlamento eligió a los representantes ante la conferencia y logró que éstos pudieran estar presentes en su sesión inaugural, «quebrándose en favor del Parlamento de este modo el tantas veces discutido sistema de su participación»²⁷.

El sistema de convención (un tanto aparente desde la perspectiva de las categorías propias del constitucionalismo) como mecanismo de reforma de los Tratados, se establece, como es sabido, para la elaboración de la Constitución Europea, sin que esta llamada convención signifique algo más que la entrada en la elaboración del proyecto constitucional de los parlamentos nacionales y del Parlamento Europeo. En el Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001, se formaliza la pretensión de la Eurocámara de poder participar en la elaboración del Derecho originario, sobre la base del precedente de la convención creada para la elaboración de la Carta de Derechos (cuya naturaleza era la de una declaración interinstitucional). La convención es entendida como una especie de proceso constituyente previo al método intergu-

²⁵ OREJA AGUIRRE, M., «El desarrollo de la CIG», *El tratado de Amsterdam, análisis y comentarios* (Marcelino OREJA AGUIRRE –director– y Francisco FONSECA MORILLO –coordinador–), Mc. Graw Hill, Madrid 1998, Vol. I, pp. 81 a 86.

²⁶ Id., p. 95.

²⁷ Id., p. 95.

bernamental establecido en el entonces en vigor, artículo 48 TUE versión Niza. Y este carácter híbrido se va a plasmar en el artículo IV-443 del malogrado proyecto constitucional, por el cual (salvo excepciones) la convención examina las propuestas de revisión y consensua una recomendación a una conferencia de representantes de los gobiernos de los Estados miembros, la cual adoptará la reforma por unanimidad, sometiéndose ésta a los procedimientos de ratificación nacionales propio del derecho de los tratados.

Hemos de apuntar una cuestión aparentemente anecdótica, y es la concerniente al cambio *a posteriori* de la firma solemne por los Estados miembros de las disposiciones del proyecto constitucional en el marco de un Consejo Europeo que alteró la regulación de la ponderación de votos del Consejo y que derivó en una traslación de la numeración de los artículos del proyecto constitucional (que hizo inservible las múltiples y costosísimas ediciones del proyecto realizadas por la Unión Europea), erigiéndose el Consejo Europeo en reformador de la reforma, que competencialmente en absoluto le correspondía, pues debería, al menos, haberse convocado una nueva conferencia conforme al artículo 48 TUE.

El fracaso en la ratificación del proyecto constitucional originó un *impasse* en la Unión Europea, desbloqueado en el marco de la presidencia alemana, convocándose al efecto una conferencia intergubernamental en 2007 donde se renegocia o «rescata» el proyecto constitucional, pero sin recurrir al método convencional. Por el contrario, la reforma se circunscribe esencialmente a lo establecido en el artículo 48 TUE en vigor. Según GUINEA LLORENTE²⁸, «no puede decirse que los representantes de las instituciones comunitarias fueran actores de la CIG. Es cierto que las disposiciones del Consejo Europeo acuerdan la participación de tres representantes del Parlamento Europeo... sin embargo las instituciones estuvieron presentes en la fase de redacción de los acuerdos políticos pero no participaron en la verdadera negociación política, la que concluyó en 2007»; calificando la autora a esta conferencia como técnica o jurídica antes que conferencia constitucional, siendo en conclusión, esta última etapa del proceso constitucional, «la negociación más intergubernamental que ha experimentado la Unión Europea en los últimos tiempos, estando los actores europeos, instituciones, parlamentos nacionales y sociedad civil excluidos de la renegociación»²⁹.

Más allá del reconocimiento de nuevo en el Tratado de Lisboa (art. 48 TUE) del procedimiento mixto de reforma convencional e intergubernamental, lo que caracteriza al Tratado en vigor es el elenco de excepciones establecidas a dicho procedimiento, como es la posibilidad de eludir la convención «cuando la importancia de las modificaciones no lo justifique» (art. 48.3), o la posibilidad de que el Consejo

²⁸ GUINEA LLORENTE, M., «La Conferencia Intergubernamental de 2007 y la política constitucional de la Unión Europea: una conferencia técnica parte del proceso constitucional», *El Tratado de Lisboa. La salida a la crisis constitucional* (José María PÉREZ DE NANCLARES –coordinador–), Iustel, Madrid, 2008, p. 114.

²⁹ Id., pp. 115 y 116.

européo «examine la cuestión» cuando existan problemas o «dificultades» para la ratificación por parte de los Estados, siempre que cuatro quintas partes de los Estados hayan hecho efectiva la ratificación (art. 48.4 TUE que recuerda siquiera levemente a lo establecido en los proyectos constitucionales del Parlamento Europeo con el fin de superar el principio de unanimidad en las ratificaciones). En definitiva, conceptos jurídicos indeterminados que pueden servir para que en un futuro se puedan justificar alteraciones en los procedimientos de reforma, por no hablar de los procedimientos simplificados o de las llamadas «pasarelas» (art. 48.6 y 7) que anulan cualquier posibilidad de poner en marcha el procedimiento convencional o procedimiento de revisión ordinario.

En realidad, para concluir, hemos de decir que el debate o el conflicto entre convención y conferencia expresa un mero *desideratum* de algunas de las instituciones concernidas como es Parlamento Europeo, ya que, como dice el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su Sentencia de 30 de junio de 2009 (punto 308), el procedimiento de revisión convencional, más allá de lo que a primera vista parece con el calificativo de «ordinario», se añade a los procedimientos de reforma de derecho internacional, es una mera peculiaridad institucional de la Unión Europea, siempre que los Estados miembros no queden legalmente vinculados por la convención y puedan decidir libremente cuáles de las revisiones de los Tratados desean finalmente acordar de conformidad con el Derecho internacional.

RESUMEN: La Integración Europea es de carácter jurídico internacional y también constitucional. Existen procesos de reforma intergubernamental, procesos *cuasi*constituyentes, y procesos de mutación constitucional. Estos últimos procesos han existido a lo largo de todo el proceso de integración. Las mutaciones han inspirado posteriormente los cambios en el derecho originario.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalización de la Unión Europea. Mutación constitucional. Procedimiento de concertación. Procedimiento de consulta. Reforma de los Tratados.

ABSTRACT: European integration has a legal character, international but also constitutional. There are intergovernmental reform processes, quasi constitutional processes and constitutional mutation processes. These latter processes have existed throughout the whole integration process. Mutations have inspired subsequent changes in the primary law.

KEY WORDS: Constitutionalisation of the European Union. Constitutional mutation. Concertation procedure. Consultation procedure. European Treaties reform.