

PROCEDIMIENTOS DE PRODUCCIÓN DE DERECHO: EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO

Lothar Michael*

Traducido del alemán por Juan Fuentes y José Antonio Pérez Soto

SUMARIO

- 1.- Introducción: constitucionalidad de la producción de Derecho como exigencia.
- 2.- Desarrollo y sistemática del proceso de producción de Derecho.
- 3.- Fases del “procedimiento legislativo ordinario”.
- 4.- La producción de Derecho al margen del procedimiento legislativo ordinario.
- 5.- Conclusión: reflexión constitucional desde la perspectiva de la división de poderes.

1. INTRODUCCIÓN: CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRODUCCIÓN DE DERECHO COMO EXIGENCIA

La producción de Derecho es un tema central en la elaboración del «tipo Estado constitucional» (Typus Verfassungsstaat) (Peter Häberle), al que pertenecen las ideas democracia y división de poderes. En el Estado constitucional clásico se mantiene que el procedimiento legislativo es el primer poder. Ello obedece a dos razones: primero, las leyes en un Estado de Derecho son parámetros vinculantes que determinan la actuación de los otros dos poderes: ejecutivo y judicial. Segundo, en la democracia el poder legislativo es ejercido esencialmente por el Parlamento, que ha sido elegido por el pueblo, y ocasionalmente por éste a través del referéndum popular.

* Catedrático de la Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Ahora bien, ¿se ajusta este concepto a Europa? ¿Tiene el pueblo (o mejor dicho los pueblos de Europa) y el Parlamento Europeo una posición central conforme a dichas ideas en el procedimiento normativo europeo? ¿Especialmente a la vista de la jurisprudencia creadora de Derecho del TJUE, se puede seguir afirmando que la ley europea tiene una función tan central? De momento basta decir que resulta dudoso hablar en Europa del «legislativo» como «primer poder».

¿Puede la Constitución Europea disipar estas dudas? ¿Qué significado puede tener que la Constitución Europea a partir de ahora defina el actual «procedimiento de codecisión» como «procedimiento legislativo ordinario»? ¿Este concepto es sólo una etiqueta: se refiere únicamente de forma técnica a una relación de regla y excepción o determina contenidos?

Mi tesis es la siguiente: las normas relativas al procedimiento de producción de Derecho en la Constitución Europea se corresponden con la pretensión de este texto de estar comprometido con la democracia. Tras ello late un concepto de Estado constitucional que, no obstante, no se puede medir con los parámetros del Estado de Derecho nacional y que, además, requiere y admite un desarrollo ulterior.

2. DESARROLLO Y SISTEMÁTICA DEL PROCESO DE PRODUCCIÓN DE DERECHO

2.1. Desarrollo del proceso de constitucionalización hasta la actualidad

El desarrollo del procedimiento de producción de Derecho desde los tratados constitutivos de Roma hasta el actual Tratado de la Comunidad Europea refleja el continuo proceso de constitucionalización de Europa.

Con el Tratado de Roma surge un concepto de producción ejecutiva de Derecho que en esencia es efectuado a través del Consejo y la Comisión. De hecho, todavía hoy es el Consejo, en términos generales, el principal órgano productor de Derecho comunitario derivado¹. En cambio, la participación del Parlamento europeo en la producción de derecho se limitaba, en su origen, a una consulta (Anhorung) (lo que todavía ocurre, por ejemplo, art. 37.2.3, art. 175.2 TCE)². Más tarde, junto a los derechos de participación regulados expresamente en el Derecho originario se introdujo, a través de

¹ R. STREINZ, *Europarecht*, 6.ª edición, 2003, marg. 249.

² M. GELLERMANN, en R. STREINZ, *EUV/EGV*, 2003, vor art. 250 TCE, marg. 8, se refiere al “modelo original” (Ursprungmodell).

un acuerdo interinstitucional de 1975³, un procedimiento de concertación (Konzertierungsverfahren) para actos jurídicos de alcance general en beneficio del Parlamento Europeo. Con el Acta Única Europea se introdujeron otros dos procesos en 1986 que reforzaban la participación del Parlamento: en el procedimiento de cooperación, a diferencia de lo dispuesto en el procedimiento de dictamen consultivo (Anhörungsverfahren), se prevé una segunda lectura del Parlamento; asimismo en el procedimiento de aprobación es obligatoria la aprobación por mayoría del Parlamento.

Se podría considerar que el hito constitucional es el procedimiento de codecisión introducido por el Tratado de Maastricht de 1992. La diferencia con el procedimiento de cooperación reside en que el veto del Parlamento Europeo no puede ser superado por una mayoría del Consejo. Además, el Parlamento no sólo tiene una función de ratificación (como prevé el proceso de cooperación), sino que se integra, a través de varias lecturas, en un proceso de búsqueda de compromisos (Kompromissfindung) que eventualmente puede culminar en un procedimiento de conciliación. El ámbito de aplicación del procedimiento de codecisión fue ampliado con el tratado de Ámsterdam y en su conjunto puede ser definido de lege lata como la regla general, aun cuando según un criterio de técnica legislativa se apoya en una adscripción específica (Einzelfallzuordnung) del procedimiento de producción del derecho⁴.

El precio de este refuerzo del Parlamento europeo, realizado de forma progresiva, paso a paso, es una complicación⁵ del procedimiento de producción de derecho: ¡aparecen al menos cinco tipos básicos de producción de derecho; al menos treinta clases diferentes de actos jurídicos que son promulgados en quince procedimientos distintos!

2.2. Desarrollo ulterior y el «complemento conceptual» previsto en la Constitución Europea

La Constitución Europea pretende una simplificación de los procedimientos.

El procedimiento de cooperación se suprime. Esta decisión es un paso intermedio consecuente con el Tratado de Ámsterdam que ya había conver-

³ DOCE 1975 C 89/1.

⁴ M. SIMM / K. HEBER, ZG 1999, p. 331 (337).

⁵ R. BIEBER, ZG 1994, p. 297 (315) señala la presencia de una “espesura selvática del procedimiento” (dschungelartigen Verfahrensdickicht).

tido el procedimiento de codecisión en la regla general. Este elemento cuantitativo justifica también la sistemática regulada en el art. 34 CE que, en el apartado primero, determina la presunción de salida para la legislación ordinaria y, en el apartado segundo, denomina «procedimientos legislativos especiales» a las numerosas excepciones previstas en la Constitución.

El procedimiento legislativo ordinario regulado en el art. III-396 CEu no es nuevo en esencia, sino que se corresponde con el procedimiento de codecisión vigente hasta el momento, que tan buen resultado ha tenido en la práctica⁶. Simplemente se han modificado algunos detalles insignificantes. Ya he indicado que el Tratado de Maastrich es la referencia que puede valer en ese sentido como hito constitucional. No obstante, sí es significativo el nuevo concepto que se ha elegido para este procedimiento: «procedimiento legislativo ordinario». Si en el procedimiento de codecisión se observa que ya hay contenidos de Derecho constitucional europeo, ahora sólo se trata, por decirlo así, de un «complemento conceptual» (*Begriffliche Nachführung*)⁷. Asimismo, el concepto «procedimiento legislativo ordinario» es una consecuencia de los nuevos conceptos ley europea o ley marco europea (Art. 33 CE), los cuales, en cambio, sí hacen referencia a contenidos esencialmente nuevos. En el procedimiento únicamente es nueva la publicidad de la deliberación y de la toma de decisión en el Consejo.

2.3. «Niveles textuales» en el Derecho constitucional europeo

El Derecho constitucional europeo (que no se debe confundir con el Derecho originario de los Tratados) se ha desarrollado más allá de un concepto de Constitución formal y ha conocido desde siempre «niveles textuales» (*Textstufen*, Peter Häberle⁸) y elementos parciales de Derecho constitucional material. Ello se puede observar, por ejemplo, en el «procedimiento legislativo», lo que también tendrá gran importancia en el futuro. De este modo, el procedimiento de negociación fue objeto de regulación en la Declaración interinstitucional sobre democracia, transparencia y subsidiariedad de 25 octubre 1993.

⁶ En contraposición al comparable proceso de la *Zustimmungsgesetz* (ley de conformidad), que en Alemania ha conducido continuamente a situaciones de bloqueo entre el Bundesrat y el Bundestag, que paralizan cualquier política de reforma.

⁷ Concepto tomado de K. EICHENBERGER, en *NZZ* de 12 de mayo 1986.

⁸ P. HÄBERLE, *AöR* 112, 1987, pp. 54 y ss; ídem, «Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates», en K.J. PARTSCH, *Festschrift*, 1989, pp. 555 y ss.

Como complemento de esta regulación en la Constitución Europea se encuentran, junto a los reglamentos de los órganos, los acuerdos interinstitucionales entre Comisión, Consejo y Parlamento⁹, y el Código de comportamiento de la comisión¹⁰.

La Constitución Europea contiene, además, una regulación de gran importancia: el art. III-397 CEu prevé que estos acuerdos también pueden tener carácter vinculante. Sin embargo, los requisitos que deben concurrir para que se produzcan estos efectos vinculantes no quedan claros en el texto constitucional. Algo se comenta sobre la aceptación en el futuro de efectos vinculantes exclusivamente para los acuerdos que hayan sido adoptados bajo la vigencia (Geltung) de este precepto y con expresa voluntad vinculante. Finalmente, este artículo posibilita que los órganos participantes puedan crear una determinada categoría de Derecho constitucional material a través del acuerdo: esto es, ni por medio del procedimiento legislativo y, ni mucho menos, por el procedimiento de modificación de la Constitución (art. III-443 CEu). La única frontera que expresamente se contempla en lo relativo al complemento y desarrollo del Derecho constitucional por las instituciones es la prohibición de violación de la constitución (art. III-397 CEu: «dentro del respeto a la Constitución»).

Asimismo, es necesario aclarar si semejantes acuerdos sólo permiten la aparición de vínculos entre órganos o si también una norma que lesiona dichos acuerdos es eventualmente nula. En el control de normas por el TJUE surge en ocasiones la cuestión de si se trata de la «lesión de esenciales preceptos formales» («Verletzung wesentlicher Formvorschriften») o de la lesión de una norma jurídica que se utiliza en la aplicación de la Constitución. Ello dependerá de la interpretación que en el caso concreto se realice del respectivo acuerdo. Además, es imaginable que el mismo acuerdo contenga tanto normas esenciales de procedimiento como preceptos dotados de un simple carácter de recomendación.

Aparte del procedimiento regulado jurídicamente hay que tener en cuenta la práctica preparatoria informal de la fructífera «trilogía»¹¹ entre Consejo, Parlamento y Comisión que acontece desde la presidencia española de 1995. Semejante práctica hace superfluo algunos procesos de negociación, pues posiciones conflictivas son aclaradas previamente.

⁹ DOCE 1975 C 89/1; DOCE 1993 C 329/133 así como el Código de comportamiento entre Comisión y Parlamento de 15 de marzo 1995 y la posterior aclaración conjunta DOCE 1999 C 148/1.

¹⁰ DOCE 1995 C 86/89.

¹¹ Vid. al respecto M. BÖHNER, ZG 2001, p. 85 (87).

3. FASES DEL «PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO»

3.1. Concentración del derecho de iniciativa

El derecho de iniciativa, como se prevé hasta ahora, está reservado en principio a la Comisión (art. I-26.2 CEu). Excepcionalmente, tendrán un derecho de iniciativa en materias especiales, el Parlamento, un grupo de Estados miembros, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Justicia. Además, tanto el Parlamento europeo como el Consejo por lo general se limitan a promover la iniciativa. Sin embargo, esta proposición no obliga a la Comisión a presentar una propuesta de ley. La Constitución se concentra, más bien, en la regulación del supuesto en el que la Comisión no presenta ninguna propuesta: cuando ello suceda estará obligada a comunicar sus motivos.

En el art. I-47.4 CEu se ha establecido un nuevo instrumento plebiscitario, que requiere el apoyo de un millón de ciudadanos (como mínimo) de un número significativo de Estados miembros. De este modo la Comisión puede ser requerida para que presente una propuesta sobre un tema. La consecuencia jurídica, no regulada en la Constitución, se reduce a que la Comisión se tendrá por informada del requerimiento. Desde luego, estará políticamente obligada, por lo menos, a tomar posición al respecto y a intensificar en este caso el diálogo con la sociedad civil (proclamado con carácter general en el art. I-47.2 CEu). Habrá que esperar al desarrollo por legislación ordinaria del procedimiento para la presentación de esta iniciativa ciudadana: hay que tener en cuenta que la competencia recogida en el art. I-47.4 CEu debe ser entendida como un mandato.

¿En una Constitución comprometida con la democracia, es posible calificar un procedimiento, en el que especialmente el Parlamento carece de un derecho general de iniciativa, como procedimiento legislativo ordinario? ¿No marca de forma ejecutiva la producción de derecho el monopolio de iniciativa que posee la Comisión, y esta circunstancia impide que la iniciativa y aprobación de las leyes se encuentren entre las funciones clásicas del legislativo? El principio de una representación democrática doble¹², del ciudadano en el Parlamento europeo y de los Estados miembros en el Consejo (art. I-46.2 CEu), parece reclamar un derecho de iniciativa tanto del Parlamento europeo como también, y de manera consecuente, del Consejo e incluso eventualmente de los parlamentos nacionales. Un proyecto distinto

¹² Ciertamente se debe criticar que el Parlamento Europeo no surja de unas mismas elecciones.

sobre la monopolización de la iniciativa legal lo ofrece, por ejemplo, el art. 76 GG que prevé un derecho de iniciativa tanto del gobierno federal (Bundesregierung) como también del Bundestag y del Bundesrat¹³.

Sin embargo, en este punto la crítica político-constitucional no debe abundar en la concentración del derecho de iniciativa en Europa, sino que sus esfuerzos deben orientarse al intento de desarrollo de lege/constitutione lata de una teoría constitucional del monopolio de la iniciativa de la Comisión. Esta teoría va a permitir relativizar déficits constitucionales. Puede sustentarse en tres aspectos:

a) La función configuradora de la iniciativa respecto al acto jurídico debe ser puesta en duda. En un procedimiento normativo que merezca el nombre de «procedimiento legislativo ordinario» la iniciativa no puede superar la función de dar impulso (Anstoßfunktion). El legislativo es el que debe tener en el plano jurídico y fáctico la posibilidad de modificar a voluntad el contenido de la iniciativa, lo que implica, en definitiva, tener la posibilidad de configurar la ley. De manera opuesta a ello, en el proceso de ratificación la actividad del legislativo se limita a una simple alternativa: aceptación o rechazo. Por ejemplo el art. 59.2.1 GG habla por ello de «la aprobación o participación mediante ley federal de los órganos respectivamente competentes para la función legislativa federal». El procedimiento legislativo se utiliza excepcionalmente en este caso para la mera confirmación formal y para la responsabilidad parlamentaria del Gobierno. La Constitución Europea reserva al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros la organización política a través de la libre modificación de cada iniciativa presentada. A diferencia de lo que sucede con los actos jurídicos, la Comisión no puede modificar su iniciativa durante el procedimiento de producción jurídica. Incluso el art. 33.2 CEu regula un efecto oclusivo de cada procedimiento legislativo: no se podrán adoptar actos jurídicos no previstos por el procedimiento legislativo iniciado.

b) La elaboración de las iniciativas legales por la Comisión responde a la idea de la división funcional de poderes. En la medida en que el proyecto normativo no sólo requiere la fijación de su contenido sino que también exige una armonización puramente técnica con otras normas, es lógico que se utilice el aparato administrativo de la Comisión para la obtención de ese fin. La praxis legislativa alemana lo confirma: Bundestag, junto con Gobier-

¹³ Sobre la tradición constitucional alemana vid. R. STETTNER, en H. DREIER, GG-Kommentar, vol. 2, 1998, art. 76, marg. 1 y ss.

no federal y el Bundesrat, tienen un derecho de iniciativa (art. 76.1 GG). El gobierno federal, empero, suministra la mayor parte de los proyectos de ley. Este aspecto de la praxis constitucional conduce a un tercer elemento.

c) Especialmente el Parlamento (desde una visión conjunta de sus derechos) debe tener la posibilidad de ser un actor en el procedimiento legislativo y no quedar reducido a ser un simple órgano de decisión. Al Parlamento europeo le corresponde de hecho y derecho¹⁴ la posibilidad de la iniciativa indirecta: tiene el derecho de requerimiento frente a la Comisión. Ésta no puede ignorar el requerimiento, sino que dado el caso debe comunicar como mínimo por qué no se presenta ninguna iniciativa. Tiene pleno sentido filtrar de este modo aquellos requerimientos políticamente bien intencionados pero que no se han meditado suficientemente. Cuando el Parlamento considere que los motivos de la Comisión no son convincentes sigue teniendo la posibilidad de requerir otra vez a la Comisión. Si ésta se niega de nuevo a acceder al requerimiento tendrá que volver a fundamentar este rechazo. La Comisión vulneraría el mandato de cooperación lega entre instituciones (art. 19.2 CEu) en su relación con el Parlamento europeo cuando se remita in toto a los motivos anteriormente expuestos. La Comisión, de acuerdo con su código de comportamiento, tiene igualmente el deber de atender lo antes posible los requerimientos del Parlamento¹⁵. El monopolio de la iniciativa que posee la Comisión (que tiene una nada menospreciable función de desarrollo y, en la práctica, también de configuración de nume-

¹⁴ La doctrina señala con razón que una negativa de la Comisión al requerimiento del Parlamento europeo hasta el momento es una cuestión teórica (M. GELLERMANN, en: R. STREINZ, EUV/EGV, 2003, sobre el Art. 251 TCE, marg. 11). C. OHLER, ZG 1995, p. 223 (227) mantiene que ya es imaginable de lege lata un deber de iniciativa a causa de una reducción de la discrecionalidad a cero –sin explicación más detallada de los requisitos–. R. BIEBER, ZG 1994, p. 297 (303) acepta una vinculación a la mayoría del Parlamento «a pesar de que el tenor literal no es unívoco».

¹⁵ Vid. W. KLUTH, in: C. CALLIESS/M. RUFFERT, EUV/EGV, 2.ª edición, 2002, sobre el Art. 251 TCE, marg. 10.

A corto plazo sería loable trasladar este Código a un acuerdo Interinstitucional con carácter vinculante. Desde una perspectiva de política constitucional habría que plantearse la aclaración de un derecho de iniciativa indirecto que quede organizado como sigue: en el primer nivel también las minorías en el Parlamento Europeo (a diferencia de lo que ocurre con la regulación actual) deberían poder requerir a la Comisión y con ello podrían forzar por lo menos una reacción fundamentada; en el segundo nivel, la mayoría del Parlamento Europeo debería poder obligar a la Comisión a presentar, o sea, a elaborar una iniciativa vinculada con un derecho de iniciativa del Parlamento Europeo.

rosas normas) permite en caso de conflicto el ejercicio de una función que ciertamente debilita al Parlamento pero que al mismo tiempo está al servicio de su actividad efectiva. Finalmente, el Parlamento Europeo puede obligar a la Comisión (en caso de urgencia determinable judicialmente) a presentar alguna iniciativa¹⁶. De nuevo, el Parlamento y el Consejo podrían dar contenido a esta iniciativa según consideren. Aparte de ello también refuerza la responsabilidad parlamentaria de la Comisión la posibilidad que tiene el Parlamento europeo de orientar políticamente la práctica de la iniciativa por parte de la Comisión (lo que se une al voto de confianza parlamentario, Art. III-340 CEu).

3.2. Especiales deberes de consulta

La Constitución Europea regula, en los preceptos sobre las competencias, especiales deberes de audiencia en docenas de casos en los que, además, y a causa de la presunción de partida del art. I-34 CEu rige el procedimiento legislativo ordinario. Éstos afectan al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones, también acumulativamente a ambos Comités, al Banco Central, al Tribunal de Justicia e incluso al Tribunal de Cuentas. Ello extiende la base de legitimación del proceso especialmente en beneficio del output de la legitimación.

No se deben confundir estos especiales deberes de consulta con los casos en los que en lugar del procedimiento legislativo ordinario rige un procedimiento especial¹⁷, en el que el Parlamento se encuentra limitado a la simple consulta (por ejemplo el art. I-54.3 CEu). Un caso especial sería la necesidad de aceptación por parte de los estados miembros afectados por los programas complementarios.

3.3. Deliberación pública y adopción de la resolución en el Parlamento y en el Consejo

En el procedimiento legislativo ordinario se requiere (como sucede en el proceso de codecisión) la decisión positiva tanto del Consejo como del Parlamento europeo para que la ley se apruebe (art. III-396.13 CEu). Ambos

¹⁶ Similar ya para el EGV R. A. LORZ, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht*, 2001, p. 141. Sólo la opinión contraria.

¹⁷ Vid. al respecto, apartado 1.

órganos tienen, por tanto, un derecho de veto y se sitúan en un mismo nivel de competencia (principio de igualdad de rango, Gleichstufigkeit). La Comisión tiene en esta fase principal de la producción de derecho una participación cualificada a través de su función consultiva: realmente carece de un derecho de veto, pero sus dictámenes negativos sobre enmiendas deben ser unánimemente aprobados por el Consejo (Art. III-396.9 CEU). Asimismo, las votaciones en el Consejo se deben adoptar, en principio, por mayoría cualificada (art. 24 CEU).

La regulación prevista en el art. III-396 apartados 3 a 9 y 13 a 14 CEU intenta aclarar la estructura del proceso mediante epígrafes. A través de ellos se establece que, como máximo, sólo podrá haber tres lecturas. De este modo se logra un estiramiento del proceso. No obstante, cuando desde un principio existen opiniones coincidentes de los órganos partícipes con la iniciativa de la Comisión el acto se adoptará en la primera lectura.

Además, para evitar un retraso en el proceso se prevé un plazo de tres meses (art. III-396.7 y 8 CEU), e incluso en el caso de la tercera lectura sólo de seis semanas (art. III-396.13 CEU). De conformidad con art. III-396.14 CEU los plazos únicamente podrán ser prolongados de forma poco significativa.

La modificación más relevante del procedimiento legislativo ordinario (que, asimismo, afecta a todo procedimiento y no sólo a este último) es la prevista en el art. 50.2 CEU: garantiza la publicidad las sesiones del Parlamento así como las del Consejo de Ministros y, además, tanto para la deliberación como para la adopción de decisiones. Ello representa una reseñable tendencia hacia el sistema bicameral que puede dificultar la adopción de compromisos en el Consejo pero que desde luego coadyuva de forma decisiva a la transparencia de la actuación política y la aproxima al ciudadano.

3.4. Procedimiento de conciliación

En el caso de que ambas posiciones de veto concurren se debe intentar alcanzar un compromiso. Con este fin se ha creado el procedimiento de conciliación que aparece regulado en el art. III-396.10 a 12 CEU. El Comité de Conciliación está formado de modo paritario por miembros del Consejo (o sus representantes) y del Parlamento Europeo (art. III-396.10 CEU). La Comisión puede tomar parte en el Comité de Conciliación aunque sin derecho a voto (art. III-396.15.2 CEU). Ahora tiene una mera función de mediación constructiva (art. III-396.11 CEU).

La preparación de compromisos mediante discusiones políticas informales en un ámbito previo a la reunión debería adquirir un importante papel a la vista de los plazos tan ajustados que se prevén. Aunque ello es lo deseado no puede ser objeto de mayor regulación.

Quizá porque la búsqueda de un compromiso se encuentra en el centro del procedimiento de conciliación se renuncia al principio de publicidad. No obstante, desde la política constitucional se podría exigir que también el Comité de Conciliación se someta al principio de publicidad, especialmente porque sigue existiendo un espacio para las discusiones informales, por ejemplo durante las pausas de la negociación. Con todo, también sería posible mantener el Comité de Conciliación ajeno al principio de publicidad, pero en ese caso sus miembros tendrían la obligación de acudir a continuación a una conferencia de prensa.

3.5. Promulgación y sanción

La promulgación y refrendo aparece regulada, para todos los actos jurídicos, en el art. I-39.1 CEu. Todos los actos jurídicos se publicarán en el Diario Oficial.

4. LA PRODUCCIÓN DE DERECHO AL MARGEN DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO

4.1. Procedimientos legislativos especiales

Únicamente se ha suprimido el procedimiento de cooperación en la Constitución Europea. Por lo demás, se ha mantenido una intrincada, compleja y, por ello, muy criticada cantidad de procedimientos legislativos especiales.

Especialmente se pueden mencionar las todavía numerosas normas de competencia según las cuales el Parlamento está limitado a la simple consulta (por ejemplo art. I-54.3 CEu) o a la aprobación (por ejemplo art. I-54.4 CEu) mientras que el Consejo resolverá a veces por unanimidad y a veces por mayoría cualificada. A ello se añaden la normativa sobre mayorías cualificadas en el Parlamento (art. I-55.2 CEu) y sobre procedimiento con exigencia de ratificación de los Estados miembros (art. I-58.2 CEu).

Mucho más prometedora es la primera parte del art. I-34.2 CEu: procedimientos legislativos especiales, en los que las leyes y leyes marco europeas serán adoptadas «por el Parlamento Europeo con la participación del

Consejo». Sin embargo, esto únicamente afecta a las materias especiales. La exigencia de aprobación del Consejo determina su colaboración en este supuesto. Ahora bien, en la mayoría de los casos de procedimiento legislativo especial sucede al contrario: el Parlamento es el partícipe mientras que el Consejo de Ministros es el principal responsable. De esta forma se ponen con claridad de manifiesto las diferencias existentes con el procedimiento legislativo de la República Federal de Alemania: según la concepción de la Ley Fundamental la regla va ser la *Einspruchsgesetz*, conforme a la cual el Parlamento puede superar una objeción del Bundesrat. La *Zustimmungsgesetz* (ley de conformidad), en virtud de la cual el Bundesrat tiene un derecho de veto insalvable, es en cambio la excepción (por lo menos formalmente aunque no en la práctica. Por tanto, mientras que en el Derecho constitucional alemán el derecho de veto del Bundesrat representa el nivel máximo de influencia de los Estados miembros en la legislación federal, en Europa, al contrario, es el Parlamento el que tiene su nivel máximo de participación en el derecho de veto. El Parlamento tiene en el Estado federal la posición más alta, pero en Europa el máximo es el derecho de veto. La doble legitimación democrática de Europa tiene en el ámbito legislativo, tanto antes como ahora, su punto fuerte en la representación de los Estados miembros.

4.2. Autorizaciones reglamentarias originarias previstas en la Constitución

Se deben mencionar las numerosas autorizaciones reglamentarias (*Verordnungsermächtigungen*) a favor del Consejo (por ejemplo art. III-130.3 CEu) y de la Comisión que son reguladas de forma expresa en la Constitución Europea. En un sentido estricto no pertenecen al procedimiento legislativo, sin embargo, representan otros supuestos de producción de derecho en los que el Parlamento, si acaso, únicamente debe ser escuchado. De este modo el supuesto normal del procedimiento legislativo ordinario queda adicionalmente relativizado.

4.3. Reglamentos delegados como procedimiento de producción de derecho de dos fases

El art. I-36 CEu regula una delegación parcial de la potestad legislativa a la Comisión. Esto no sólo tiene efectos esenciales sobre el sistema y la jerarquía de las fuentes del Derecho, sino también sobre el régimen de competencias y la división de poderes. Introduce un procedimiento de creación de Derecho de dos fases. La delegación de la potestad legislativa se realiza a través de una ley europea o una ley marco. Por tanto, la primera

fase de este procedimiento de creación de derecho es el procedimiento legislativo ordinario. De forma parecida a lo previsto en el art. 80.1.2 GG la ley de delegación debe estar determinada en sus objetivos y limitarse a cuestiones no esenciales (Art. I-36.1.2 CEu). En la segunda fase, la Comisión podrá promulgar reglamentos. No obstante, en esta segunda fase el Parlamento Europeo y el Consejo pueden reservarse un derecho de veto limitado en plazo contra cada reglamento¹⁸ (art. 36.2 CEu).

Desde una perspectiva de teoría constitucional, esta inclusión del Parlamento en el procedimiento de promulgación de reglamentos no está exenta de problemas, de hecho, en Alemania más allá de los casos especialmente regulados en la Constitución Alemana (a través del art. 104.4.4 GG, y en las constituciones de los estados federales, por ejemplo en el art. 9.2.2 Constitución de Baviera) se discute de forma controvertida al respecto¹⁹. De acuerdo con la concepción del art. I-36 CEu semejante reserva está autorizada sin más²⁰ y se aprecia abiertamente como un aumento de legitimidad²¹. No se debe menospreciar su significado pues el reglamento delegado según el art. 36.1 CE puede completar su ley de referencia e incluso modificarla.

4.4. Internacionalización de la producción de derecho

Junto al fenómeno de la europeización también acontece el de la internacionalización del Derecho. Ambos procesos tienen puntos de encuentro: cuando Europa co-produce y transpone Derecho internacional. La

¹⁸ En cambio, no se ha previsto un rol constructivo con la forma de derecho de iniciativa (tal y como se prevé en el art. 80.3 GG en beneficio del Bundesrat).

¹⁹ Sobre el peligro de elusión del procedimiento legislativo vid.: T. V. DANWITZ, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers*, 1989, p. 113; sobre el peligro de la mezcla de poderes vid.: S. STUDENROTH, *DÖV* 1995, p. 525 (532 y ss.); M. HOFFMANN, *DVBl.* 1996, p. 347 (350 y s.); sobre el extendido argumento de la reserva parlamentaria como minus frente a la autorización reglamentaria ordinaria vid. H. MAURER, *Staatsrecht I*, 2. edición, 2001, § 17 marg. 157, p. 625 (teoría dominante); vid. igualmente TJUE 8, p. 274 (p. 321) – ley de precios; *BVerwGE* 59, 48 (49 f.); sobre todo vid. también A. UHLE, *Parlament und Rechtsverordnung*, 1999.

²⁰ No obstante TJUE (8, p. 321 –Ley de precios–) exige un legítimo interés. Se adhiere a esta idea (en todo caso para la reserva de aprobación y rechazo) H. MAURER, *Staatsrecht I*, 2. edición, 2001, § 17 marg. 157, p. 625.

²¹ Así para el Derecho constitucional alemán vid. P. KUNIG, en Kunig/ S. Paetow / L.-A. Versteyl (editores), *Kommentar zum KrW-/AbfG*, 1998, § 59 marg. 4; próximo TH. V. DANWITZ, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers*, 1989, p. 115.

internacionalización de la producción de derecho se tiene en cuenta en los artículos III-323 a 326 CEu, que regulan el procedimiento para la conclusión de acuerdos internacionales.

4.5. Privatización de la producción de derecho

Finalmente se debe mencionar la tendencia a la privatización de la producción de derecho, fenómeno que pone en cuestión el procedimiento democrático de producción de derecho como tal. Por ejemplo las normas sobre balances, recibidas formalmente por la UE, han desarrollado capacidad privada de establecimiento de estándares (Standardsetter). Entre tanto existe el reglamento (UE) Nr. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio 2002 relativo al uso de estándares internacionales de rendición de cuentas (AIR-VO)²². La Comisión ha sido autorizada para reconocer de forma obligatoria, según dispone el art. 3 (Endorsement Mechanism), «principios internacionales de rendición de cuentas» (en el sentido del art. 2 AIR-VO), así como «ulteriores modificaciones» y «futuros» estándares²³.

5. CONCLUSIÓN: REFLEXIÓN CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIVISIÓN DE PODERES

La concepción de la división de poderes, que no sólo se manifiesta en el procedimiento legislativo, no debe aplicarse en Europa conforme a los parámetros fijados por Montesquieu. El principio de la igualdad de posición (Gleichstufigkeit) entre Parlamento y Consejo que refleja el procedimiento legislativo ordinario se corresponde con el principio de la doble legitimación. La Comisión como iniciadora, mediadora y legisladora delegada también asume una posición central en la producción de derecho²⁴.

²² Diario oficial Nr. L 243 de 11/09/2002 p. 1.

²³ Sobre esta problemática vid. P. KIRCHHOF, ZGR 2000, pp. 681 y ss.; M. HEINTZEN, BB 2001, pp. 825 y ss.

²⁴ Instructivo sobre la tendencia de reforzamiento de la comisión frente al Parlamento y los estados miembros a través de la jurisprudencia: STJ, 1975 1301 – Rey-Soda; 1992 I, p. 5435.