

ESTUDIO PRELIMINAR



Por **José Martín y Pérez de Nanclares**
Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja.
Titular de la cátedra *Jean Monnet* de Derecho Comunitario Europeo

I. INTRODUCCIÓN

El 13 de diciembre de 2007 los Jefes de Estado y Gobierno de los actuales veintisiete Estados miembros de la Unión Europea rubricaron en el monasterio de los Jerónimos de la capital portuguesa el Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Se abre así un nuevo proceso de ratificación que, caso de concluir sin sobresaltos imprevistos, conducirá en 2009 a un nuevo TUE reformado y a un *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE) que sustituirá al actual TCE. Con esta firma se recogen los frutos de una breve Conferencia Intergubernamental (CIG'07) que en el fondo se ha limitado a dar forma jurídica de tratado de reforma al detallado y cerrado mandato que aquélla recibió en junio pasado del Consejo Europeo. Con ello probablemente se haya puesto fin a una de las más graves crisis por las que ha atravesado el proceso de integración europea.

La valoración que ha merecido este Tratado de Reforma ha sido, como suele ser habitual en toda modificación de los tratados constitutivos muy variada. Mientras para unos es “el mejor acuerdo posible”, para otros es “un inmenso mamotreto”. En el fondo, como por otra parte no puede ser de otra manera, la valoración dependerá en realidad de la posición personal que se tenga ante el proceso de integración y del grado de ambición integradora al que cada cual aspire para la Unión Europea del futuro.

Sea como fuere, para facilitar la labor a quien tenga la curiosidad de adentrarse en la difícil lectura del Tratado de Lisboa la profesora Urrea Corres y el firmante de estas líneas hemos realizado por encargo del *Real Instituto Elcano* y desde el mismo momento en que se presentaron los primeros proyectos de tratado de reforma¹ hasta la versión última de los mismos² una consolidación de los textos resultantes que ha venido publicando el citado instituto en su página web (www.realinstitutoelcano.org). Para completar esta tarea presentamos ahora una versión final de carácter no oficial —y a reserva, por tanto, de la existencia de posibles errores o imprecisiones— a la que añadimos este breve estudio preliminar para recoger unas primeras reflexiones sobre el contenido y alcance de esta última reforma de los tratados constitutivos.

Así las cosas, tratando de combinar el inevitable carácter técnico-jurídico derivado de la materia con el deseable afán divulgativo que también inspira la edición de esta obra por el Real Instituto Elcano, trataremos de situar la reforma actual en el contexto histórico

¹ CIG 1/07 y CIG 2/07 de 23 de julio de 2007.

² CIG 14/07 de 3 de diciembre de 2007.

general de la integración europea (II), de manera que pueda calibrarse adecuadamente el valor que encarna el Tratado de Lisboa como salida de la crisis por la que ha atravesado la Unión Europea a raíz del sobresalto que los referenda francés y neerlandés supusieron para el proceso de ratificación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (III). Tras ello, estaremos en situación de analizar el significado real del retorno a la senda clásica de reforma de los tratados constitutivos que encarna el Tratado de Lisboa frente a la fallida vía constitucional (IV), así como el alcance del contenido de los nuevos TUE y TFUE; tanto en lo que afecta al mantenimiento de la esencia básica de la Constitución Europea (V), como al peaje material abonado en aras de la aceptación por todos (VI). Por último, una vez perfilada la conveniencia de “no cantar victoria” antes de que concluya con éxito el nuevo proceso ratificador que ahora se abre (VII), nos permitiremos ofrecer una primera valoración personal de conjunto (VIII).

II. DE LA DECLARACIÓN SCHUMAN AL TRATADO CONSTITUCIONAL: CINCO DÉCADAS DE INTEGRACIÓN EUROPEA EFECTIVA

1. Del romántico sueño de la Europa unida a la realidad comunitaria: el difícil reto de una construcción europea pacífica

Probablemente no esté de más que antes de adentrarnos específicamente en el contenido del Tratado de Lisboa comencemos por recordar, especialmente a las generaciones europeas más jóvenes y también a quienes pretenden valorar las sucesivas reformas de los tratados constitutivos desde miopes análisis “cortoplacistas” o “maximalistas”, que el sueño de una Europa unida es tan antiguo como Europa misma y jamás ha estado exento de enormes dificultades para su plasmación práctica. De hecho, la noción de *crisis* es prácticamente consustancial a la propia noción de integración europea.

En realidad, el concepto de Europea es claramente impreciso y con él se alude frecuentemente a lo que CHABOD califica como “una cierta forma de civilización, un ‘modo de ser’ que distingue al europeo de los hombres de otros continentes”, más que por su raza blanca, por ser “ante todo un determinado hábito civil, un cierto modo de pensar y sentir distinto”³. Recordemos que el propio ORTEGA y GASSET consideraba que la mayor parte de lo que él denominaba “contenido mental”, es decir las opiniones, deseos, presunciones o normas, “no viene al francés de su Francia, ni al español de su España, sino del fondo común europeo”⁴; lo cual obviamente no es óbice para que ya ORTEGA —como después hiciera el artículo I-8 de la

³ *Historia de la idea de Europa*, EDERSA, Madrid 1992, p. 25.

⁴ *La rebelión de las masas*, Espasa Calpe, Madrid 1986, p. 197.

Constitución europea—concibiera la unidad europea como “una homogeneidad no ajena a la diversidad” en la que existe un “enjambre de pueblos europeos”, llamados a desenvolverse en un “espacio histórico común” cuyo destino “les hacía a la par, progresivamente homogéneos y progresivamente diversos”⁵.

Sin embargo, la plasmación histórica de esa idea europea (“unida en la diversidad”) no ha sido precisamente labor sencilla; ni en la concreción de sus contornos geográficos precisos ni en la forma histórica de lograrse. De hecho, las manifestaciones históricas de ese ideal europeo de “unión en la diversidad” no han sido en la práctica precisamente muy halagüeñas. Aun así, desde la Grecia clásica, en cuyo seno encuentra acomodo el controvertido origen etimológico y mitológico del término *Europa* y de la “idílica” imagen de su rapto, hasta Napoleón, pasando por el imperio romano o el sacro imperio romano-germánico surcó por las mentes de los hombres de poder el sueño de una construcción política que integrara una unidad geográfica que, con independencia de los difusos contornos que tuviera en cada época histórica, deja patente la enraizada pretensión de lograr el aludido destino histórico común.

Pero el proceso de integración europea iniciado en los albores de la década de los cincuenta en París goza de una diferencia palmaria respecto a los intentos anteriores. Por primera vez, no se basa en la integración por absorción ni en el dominio militar. Son Estados soberanos los que voluntariamente se desprenden de una parte sustancial de sus competencias para atribuírselas a un ente superior a ellos, el cual las ejercerá de manera autónoma y sin posibilidad de aducir normas nacionales que se opongan a los actos que aquél emprenda. Es, pues, un proceso eminentemente jurídico el que subyace a la construcción europea actual. Es la razón de la norma la que sustituye a la fuerza de los cañones y las hogueras. Y ese es sin duda el mayor mérito histórico de la Unión Europea: haber logrado vivir en convivencia pacífica durante más de medio siglo a través de un marco de progresiva integración voluntaria que, además de paz, democracia y estabilidad, ha traído consigo un desarrollo económico y un bienestar social sin parangón.

Ciertamente un proceso de este calado no surge por generación espontánea. Hunde sus raíces en unos condicionantes históricos que, tras dos guerras mundiales sucesivas, convencieron a las potencias vencedoras de la contundencia que tenía la afirmación de Philippe LAMOUR (“haced Europa y si no haced la guerra”). Y para “no hacer la guerra” y convertir en realidad la famosa petición formulada después por Winston CHURCHILL (1946) en Zürich (“Nunca más la guerra entre nosotros”) no bastaba con evitar en Yalta y Postdam los errores de Versalles, sino que se requería emprender decididamente la tarea de “construir Europa”. Superar la cuestión franco-alemana dentro de una Europa unida era la única medicina posible para suturar las heridas abiertas y la vacuna contra futuras recaídas; se trataba de lo que en alguna

⁵ “Meditación de Europa”, 1946, en *Obras completas*, vol. IX, pp. 255-258.

ocasión se ha titulado como “enmendar la historia”. La cuestión planteada a renglón seguido era un problema de dosificación. Mientras había quienes recetaban una terapia de choque basada en un *modelo federal* que condujera a la constitución de algo semejante a unos “Estados Unidos de Europa”, otros propugnaban un tratamiento progresivo más liviano centrado en una mera *cooperación política* entre Estados soberanos. Se trata de una dialéctica, federalismo *versus* cooperación intergubernamental, que en el fondo todavía hoy sigue latente, y de la que entonces surgió lo que se conoce como *integración europea funcionalista*.

2. De la Declaración Schuman al Tratado de Niza: la fructífera historia de una integración europea efectiva y abierta

Así, bajo esta inspiración de *integración europea funcionalista* el ministro de Asuntos Exteriores francés, aprovechando los valiosísimos trabajos de Jean Monnet, lanzó en 1950 una propuesta concreta de unión basada en la filosofía del "paso a paso", según la cual "Europa no se hará de golpe ni en una construcción de conjunto", sino "mediante realizaciones concretas". Y la primera de estas realizaciones concretas "basadas en una solidaridad de hechos" que estableciera "las bases comunes de desarrollo económico" fue la creación en 1952 de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) a través del Tratado de París. Sus seis Estados miembros (Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo) afirman en el preámbulo de su tratado constitutivo estar "resueltos a sustituir las rivalidades seculares por una fusión de sus intereses esenciales, a fundar con la instauración de una comunidad económica los primeros fundamentos de una comunidad más amplia y más profunda y a sentar las bases de instituciones capaces de orientar un destino desde ahora compartido". Cinco años después de esta semilla inicial germinó para esos mismos seis Estados otros dos tratados internacionales, conocidos como los tratados de Roma, que crean la Comunidad Económica Europea (CEE) —encaminada a lograr un mercado común fundado sobre las cuatro libertades fundamentales (libertades de circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales) y escoltado por unas políticas comunes de agricultura, transportes y competencia— y la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM), creada para sentar las condiciones necesarias para la formación y crecimiento rápidos de la industria nuclear.

La característica básica de este proceso de integración que se inicia con la creación de las tres Comunidades Europeas es su aperturismo. Se concibe como un *proceso abierto*. Tanto hacia afuera, respecto a los Estados que pueden pertenecer a ellas, como hacia adentro, respecto al grado de competencias que los Estados voluntariamente atribuyen a esas Comunidades. Efectivamente, todos los Estados europeos que cumplan unos requisitos mínimos, concretados en la existencia de un régimen democrático, la garantía de los derechos fundamentales y disponer de un grado de desarrollo económico capaz de permitir asumir las obligaciones

económicas derivadas de los tratados, podrán adherirse posteriormente. Así, en 1973, tras no pocas fricciones franco-británicas, los seis miembros se convierten en nueve con la adhesión del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda, que serán diez tras el ingreso de Grecia en 1981, doce con la adhesión en 1986 de España y Portugal, quince en 1995 con la incorporación de Austria, Suecia y Finlandia y veintisiete desde que en mayo de 2004 (Hungría, Polonia, República checa, Eslovaquia, Eslovenia, Letonia, Lituania, Estonia, Malta y Chipre) y enero de 2007 (Rumanía y Bulgaria) se materializara la masiva —y para algunos precipitada— llegada de los países del Este y Sur europeo. Y el proceso sigue abierto para futuras posibles adhesiones de otros Estados europeos como Croacia, o en su caso, incluso Turquía.

Por otro lado, en el plano aperturista interno, el *proceso de perfeccionamiento comunitario* ha supuesto una progresiva ampliación del abanico competencial atribuido a las Comunidades Europeas y una adecuación del entramado institucional comunitario a las exigencias de una mayor eficacia y democracia. De esta manera se han ido encadenando reformas de los tratados constitutivos con el Acta Única Europea (1986), el Tratado de Maastricht (1992), el Tratado de Ámsterdam (1997) y el Tratado de Niza (2001) hasta llegar ahora al Tratado de Lisboa.

Sin embargo, tras el Tratado de Niza se ensayó una nueva vía que buscaba dar un salto político cualitativo en este proceso de perfeccionamiento sucesivo del proceso de integración europea tanto en la forma de elaboración como en el contenido del mismo. Se pensó en elaborar una *Constitución europea* cuyo texto proviniera de una previa Convención —al estilo de la que elaboró antes la Carta de derechos fundamentales—, aunque finalmente por motivos jurídicos obvios derivados del actual artículo 48 TUE tuviera que estar respaldado por una conferencia intergubernamental y por el posterior proceso de ratificación.

3. De la Declaración de Niza a la Constitución europea: el renacimiento apresurado de la ilusión constitucional europea

De hecho, el propio Tratado de Niza recogía una Declaración (la número 23) relativa al futuro de la Unión que reconocía la conveniencia de “un debate más amplio y profundo sobre el desarrollo futuro de la Unión” que debería ser más amplio que el de las tradicionales conferencias intergubernamentales con participación “de todas las partes interesadas: representantes de los parlamentos nacionales y todos los medios que reflejan la opinión pública, tales como círculos políticos, económicos y universitarios, representantes de la sociedad civil, etc”. De esta manera, con lo que algunos denominan sistema de las “muñecas rusas” y otros “cláusula *rendez-vous*” —conforme al cual la última reforma de los tratados prevé dentro de sí

misma la siguiente—, se preveía ya la convocatoria de una nueva conferencia intergubernamental para 2004 que debería abordar cuestiones muy específicas⁶.

Se perfilaba así una reforma post-Niza en la que las diferencias cualitativas en el procedimiento de elaboración y en el contenido de las mismas eran notables y permitían pensar en la apertura de un proceso constitucional para la elaboración de la siguiente reforma de los tratados. Así, tras una presidencia sueca de preparación de los trabajos, la presidencia belga concluyó con un Consejo Europeo (15 de diciembre de 2001) que acordó la que se conoce como Declaración de Laeken (Declaración sobre el futuro de la Unión Europea). En ella se planteaban seis decenas de preguntas sobre el futuro de la Unión que desarrollaban notablemente las cuatro cuestiones perfiladas por la Declaración de Niza. Reconocía además de forma explícita que “la Unión se encuentra en una encrucijada, en un punto de inflexión de su existencia” con nuevos retos dentro (implantación del euro en 2002, ampliación hacia el Este y Sur europeo, expectativas del ciudadano europeo...) y fuera (mundo globalizado, terrorismo internacional...) que requerían *reformas profundas* de la Unión para “llegar a ser más democrática, transparente y eficaz”⁷. Abría explícitamente “el camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos” y para recorrerlo convocó una Convención sobre el futuro de Europa con el objetivo de garantizar “la preparación lo más amplia y transparente posible de la próxima Conferencia Intergubernamental”. De esta manera, el Consejo Europeo de diciembre de 2001 tomó la decisión de “convocar una Convención que reúna a los principales participantes en el debate sobre el futuro de la Unión” y cuyo cometido concreto era “examinar las cuestiones esenciales que plantea el futuro de desarrollo de la Unión e investigar las distintas propuestas”.

Esta Convención inició sus trabajos el 27 de febrero de 2002 y los concluyó el 10 de julio de 2003. La presidió Valéry Giscard d’Estaing, sus trabajos fueron impulsados por un activo Presidium⁸ y la actividad de la misma se organizó en sesiones plenarias, en once grupos de trabajo⁹ y en círculos de debate¹⁰. A pesar de la indeterminación del mandato de Laeken

⁶ En concreto, se establecían las siguientes cuestiones como agenda de la CIG’04: “Cómo establecer y supervisar una delimitación más precisa de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que refleje el principio de subsidiariedad; el estatuto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza, de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia; la simplificación de los Tratados con el fin de clarificarlos y facilitar su comprensión sin modificar su significado; la función de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea”. Con ello los Jefes de Estado y Gobierno reconocían en Niza “la necesidad de mejorar y supervisar la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y sus instituciones, con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados miembros”.

⁷ Subrayado añadido.

⁸ El Presidium estaba integrado por el Presidente y los dos vicepresidentes de la Convención y por nueve miembros concretados en los representantes de todos los gobiernos que durante la Convención ostentase la presidencia de la Unión Europea (España, Dinamarca y Grecia), dos representantes de los parlamentos nacionales, dos representantes del Parlamento Europeo y dos representantes de la Comisión.

⁹ Estos Grupos de trabajo fueron los siguientes: Subsidiariedad, Carta, personalidad jurídica, parlamentos nacionales, competencias complementarias, gobernanza económica, acción exterior, defensa, simplificación, libertad-seguridad-justicia y justicia social.

(“examinar las cuestiones e “investigar las distintas propuestas”), la Convención al final lo interpretó en el sentido de ofrecer un texto articulado de *Proyecto de Tratado por el que instituye una Constitución para Europa* que se presentó al Presidente del Consejo Europeo en Roma en julio de 2003.

Sobre la base de este proyecto, la conferencia intergubernamental inició sus trabajos el 4 de octubre de ese mismo año 2003 y mantuvo en su esencia el texto presentado por la Convención sin entrar en una renegociación global, pero introduciendo algunas modificaciones de cierta entidad que en términos generales mejoraron el texto. Sí encontró, con todo, algunos obstáculos en materia institucional —especialmente los que plantearon España y Polonia en relación a la conformación de la nueva mayoría cualificada en el Consejo— que impidieron un acuerdo en diciembre de 2003. Éste llegó por fin un año después, cuando la CIG’04 cerró sus trabajos el 29 de octubre de 2004 con la firma en Roma del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (en adelante, Tratado Constitucional).

Se abría, así, un proceso de ratificación sobre el que obviamente los interrogantes en relación con la posibilidad de obstáculos imprevistos al estilo de los que encontró el Tratado de Maastricht con Dinamarca o el de Niza con Irlanda, pendían como “Espada de Damocles” para su entrada en vigor. No en vano se incluyó una superflua Declaración 30 que hacía referencia al supuesto de que no todos los Estados miembros lograsen sacar adelante la ratificación¹¹. Al fin y al cabo todos tenían en mente la posibilidad de eventuales contratiempos en determinados Estados que siempre están “al filo de la navaja”.

Pero no cabe duda de que para la mayoría existía el convencimiento de que la Unión había entrado en una nueva fase del proceso de integración. Se cerraba con Niza la fase de integración funcional basada en el método Monnet del “paso a paso” y a través de la refundación de la Unión (art. IV-438.1) se daba un paso capital revestido de una ambición política de mayor transparencia, mayor eficacia y, sobre todo, mayor legitimidad. Se entraba, en suma, en una fase de “ilusión constitucional” con un Tratado Constitucional cuyo contenido recibió en términos generales una favorable acogida por un sector mayoritario de la doctrina iuscomunitarista y sobre la que no es momento de detenernos con mayor profundidad¹². Parecía, en todo caso, que tras cinco décadas de efectiva integración económica, la Unión Europea se disponía a reforzar su dimensión política con un trascendental salto en la política Monnet del

¹⁰ Lo fueron sobre el Tribunal de Justicia, sobre el procedimiento presupuestario y sobre recursos propios.

¹¹ Así, se precisaba que si transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado Constitucional “las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo *examinará la cuestión*”. Subrayado añadido.

¹² Es muy abundante la producción científica que desde muy diversas perspectivas diseccionó el contenido de este Tratado Constitucional en todos sus aspectos formales y materiales. Puede verse, por todos, A. MANGAS MARTÍN: *La Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005.

“paso a paso”. Parecía que el empleo de la Convención para elaborar la Constitución europea había revestido además a este nuevo proceso constitucional de aspiración política de una mayor legitimidad, transparencia y visibilidad. Parecía que con la ampliación a 27 Estados la UE cerraba una sangrienta herida y se reconciliaba con la convulsa historia europea del siglo XX. Parecía, en suma, que la Unión Europea se preparaba con acierto para afrontar con ciertas garantías los difíciles retos de la globalización a los que tiene que hacer frente para mantener su hueco en el escenario internacional entre el hegemónico Estados Unidos y el Asia emergente, así como para intentar mantener un modelo de bienestar económico y social desconocido fuera de nuestras fronteras.

Sin embargo, el proceso de ratificación pronto demostró que el salto político cualitativo que encarnaba el Tratado Constitucional jamás llegaría a convertirse en realidad. Antes al contrario, la Unión iba a entrar en un periodo de desorientación que bien podría calificarse sin ambages de una crisis de amplio calado; aunque obviamente su funcionamiento institucional ordinario siguiera adelante con normalidad. Y la sorpresa no vino precisamente de los Estados que frente a los que se tenía cierta duda sobre su convencimiento a la hora de impulsar el proceso nacional de ratificación. La sorpresa llegó del mismo núcleo de Estados fundadores, a saber, de Francia y de Países Bajos.

III.LA CRISIS DE RATIFICACIÓN DEL TRATADO CONSTITUCIONAL: LA CRUDA MANIFESTACIÓN DE LOS DIFERENTES MODELOS DE INTEGRACIÓN EXISTENTES EN EL SENO DE LA UNIÓN

1. Los referenda negativos de Francia y Países Bajos: el fin de la aspiración constitucional y el inicio de una crisis de amplio calado

En efecto, el rechazo al Tratado Constitucional en sendos referenda celebrados en Francia (29 de mayo de 2005) y Países Bajos (1 de junio de 2005) produjo un estado de generalizado aturdimiento político en Europa que no sólo paralizó el proceso de ratificación. Condujo al Tratado Constitucional y, con él, al propio desarrollo futuro de la Unión Europea a un preocupante “callejón” del que su salida era muy incierta. Y, lo que es peor, desbarató la “ilusión constitucional” que en algunos había despertado la novedad de la Convención Europea y la posterior aceptación del texto constitucional por la CIG’04. A juicio de algunos, lo que se

manifestaba con estos referenda era “la pugna entre la democracia a nivel europeo y la democracia a nivel nacional”¹³.

El caso es que la tosca realidad nos despertó del nuevo “sueño europeo” y nos colocó en la difícil tesitura de tener que buscar una salida jurídica y, sobre todo, política al embrollo constitucional que generaron el *non* francés y el *nee* neerlandés; además, algunos Estados congelaron sus procesos internos de ratificación a la espera de que se clarificase el escenario. Pero esa clarificación tardó en llegar. Por su parte, el Consejo Europeo, en virtud de aquella inútil previsión de la Declaración 30 que preveía que aquél “examinará la cuestión” si algún Estado miembro encontrara dificultades para la ratificación, se decantó por abrir un “periodo de reflexión” que sirviese para buscar una salida satisfactoria al estilo de cómo se logró en los casos anteriores con Dinamarca (Tratado de Maastricht) e Irlanda (Tratado de Niza). Pero este periodo de reflexión —y el posterior “periodo de reflexión sobre lo reflexionado”— no sirvió para aclarar gran cosa¹⁴. En realidad, tan sólo la Comisión puso en marcha acciones coordinadas para informar a los ciudadanos europeos sobre el contenido del Tratado Constitucional e incentivar el debate al respecto en los Estados miembros (el conocido *Plan D* de democracia, diálogo y debate). Pasó, pues, el tiempo sin que se vislumbrase salida alguna. Antes al contrario, algunos Estados miembros dejaban entrever un mayor deseo de ver definitivamente enterrado el Tratado Constitucional que de encontrar una salida que permitiese a Francia y Países Bajos superar sus dificultades internas para la ratificación. Mas no puede ignorarse tampoco que una mayoría de Estados miembros (dieciocho de los veintisiete) ya lo habían ratificado. Se tenía que lograr, por tanto, una solución que, cual “cuadratura del círculo”, aunase las aspiraciones de quienes pretendían sacar adelante el Tratado Constitucional con leves modificaciones y quienes por el contrario deseaban aprovechar la ocasión para enterrarlo definitivamente.

2. El difícil equilibrio entre las aspiraciones constitucionales y las resistencias nacionales: la criticable posición de determinados Estados miembros

En este contexto, efectivamente algunos Estados miembros —Reino Unido, Polonia y República checa son quizá los ejemplos más sobresalientes— aprovecharon la ocasión para

¹³ Según esta posición, la Unión Europea, pegada todavía a sus orígenes iusinternacionalistas, “ha de pasar por la democracia nacional para crear la democracia europea. Así, un texto constitucional negociado en el nivel supranacional por los actores políticos europeos resultó paralizado por los referenda negativos de dos Estados miembros”; F. ALDECOA LUZARRAGA y M. GUINEA LLORENTE: “¿Hacia dónde va la Unión Europea? La salida del laberinto constitucional ante el Consejo Europeo de junio de 2007”, *Revista General de Derecho Europeo* 2007, núm. 14, www.iustel.com.

¹⁴ Resulta revelador a este respecto el informe presentado por el gobierno español al Congreso de los Diputados en febrero de 2006 en el cual se dejó expresa constancia de que este proceso de debate no estaba aportando gran cosa; publicado en www.realinstitutoelcano.org.

intentar reabrir la negociación sobre algunos relevantes aspectos institucionales y materiales del Tratado Constitucional que ya habían sido aceptados y firmados por todos en Roma el 29 de octubre de 2004. De hecho, durante el inacabable “periodo de reflexión” afloraron propuestas muy variadas de solución que, sin entrar aquí en su análisis¹⁵, encarnaban en algún caso muy serios interrogantes sobre la concepción que algunos de esos Estados realmente tienen del propio proceso de integración europea.

En este sentido, fue muy sintomática la aparente dicotomía que se intentó establecer por esos Estados entre la *Europa de los resultados* y la *Europa de la Constitución*. Baste recordar a título de ejemplo el encuentro informal de Jefes de Estado y Gobierno que organizó la presidencia británica en *Hampton Court* (27 de octubre de 2005) y en el que, por cierto, el propio presidente de la Comisión coqueteó con esta posibilidad de adentrarse en la resolución de los temas que realmente interesan a los ciudadanos (energía, inmigración, cambio climático, investigación y desarrollo, globalización) dejándose de elucubraciones abstractas sobre reformas institucionales o constitucionales. Mas la dicotomía era tan errónea como interesada, ya que precisamente para afrontar los retos reales de Europa se precisaba una reforma de los tratados constitutivos que los adaptara en lo institucional a la existencia de veintisiete miembros en lugar de los quince de Niza y que introdujera a la vez competencias (suficientes y flexibles), así como procedimientos eficaces (no basados en la unanimidad) y democráticos (plena participación del Parlamento Europeo a través del procedimiento de codecisión) para una adecuada toma de decisiones en esas materias.

En realidad, esta interesada dicotomía dejó traslucir una situación extremadamente preocupante que, por cierto, pese a todo perdura en la actualidad. Quedaron de manifiesto las notables diferencias internas que existen en el seno de la Unión Europea a propósito de su modelo. Frente a quienes desean una Europa fuerte e integrada con aspiraciones de avanzar hacia una unión política, se erige un notable grupo de Estados que, más allá del mercado interior y alguna concreta política de acompañamiento, conciben la Unión Europea como un mero ámbito de cooperación intergubernamental en el que están incluso dispuestos a demandar la renacionalización de competencias que actualmente ya están atribuidas a la Unión.

Resulta, con todo, trascendental la posición que mantuvieron los dos Estados más directamente concernidos. Al fin y al cabo, en los precedentes anteriores de Maastricht y Niza había correspondido a los Estados concernidos (Dinamarca e Irlanda en aquellos casos) proponer vías para superar las dificultades internas para la ratificación. A este respecto, pese al clamoroso silencio inicial en ambos Estados, parece indudable que el actual presidente francés, Nicolas Sarkozy, jugó un papel de primer orden con su provocadora propuesta de *mini-Tratado*

¹⁵ Ya las analizamos en su momento en *Soluciones al actual impasse constitucional en la Unión Europea: la opción del Tratado reducido*, DT 16/2007 (www.realinstitutoelcano.org).

—que realizó durante la campaña electoral— dejando claro, por un lado, su voluntad de no celebrar un segundo referéndum, pero aclarando también, por otro lado, su firme deseo de lograr una vía rápida que permitiera relanzar el proceso. Ese proceso, según su propuesta, recogería en una primera fase (la del *mini-Tratado* propiamente dicho) los aspectos imprescindibles del Tratado Constitucional, dejándose para más adelante —acaso *ad calendas graecas*— el resto del contenido constitucional. La propuesta inicial centró el contenido de su *mini-Tratado* en el título de la parte I dedicado a las instituciones, pero poco a poco fue flexibilizando su posición aceptando nuevos elementos que progresivamente iba permitiendo hablar de Niza *plus*, Tratado Constitucional *minus*, rescate selectivo, etc.¹⁶. Se abrió paso la idea, gráficamente plasmada por Araceli Mangas, de un naufragio inevitable del Tratado Constitucional en el que la cuestión ya era “rescatar sus tesoros”¹⁷. También el primer ministro neerlandés —de nuevo Jens Meter Balkenende—, dejó patente desde el primer momento su voluntad de encontrar una salida airosa a su país que le permitiera eludir también la celebración de un segundo referéndum. Para ello reclamó por encima de todo un necesario refuerzo de la posición de los parlamentos nacionales. Todo esto, unido en segundo lugar, a la valiosa predisposición de flexibilidad negociadora manifestada el 26 de enero de 2007 en Madrid por los llamados “Amigos de la Constitución” (los dieciocho que ya había ratificado más Suecia, Portugal, Irlanda y Dinamarca) dejaba el camino expedito para que la presidencia alemana encauzara el problema en la vía de solución.

No obstante, como ya hemos adelantado con anterioridad, el principal obstáculo no llegó ni de los dos Estados que habían tenido dificultades internas para ratificar el Tratado Constitucional y deseaban lograr una solución que no lastrase a toda la Unión Europea ni tampoco del mayoritario grupo de Estados que ya lo habían ratificado sin dificultad, en algún caso como el de España incluso tras celebrar un referéndum. El principal escollo llegó paradójicamente de tres Estados que habían firmado sin rechistar el Tratado Constitucional en Roma pero que, ignorando el viejo principio de *pacta sunt servanda*, aprovecharon la coyuntura para reabrir la negociación de aspectos cruciales ya cerrados y plantearon “líneas rojas” sobre las más variadas cuestiones. Algunas, por cierto, bastante rocambolescas. El panorama para la presidencia alemana no era, pues, un “camino de rosas”.

IV. EL TRATADO DE REFORMA: VUELTA A LA VÍA CLÁSICA DE REFORMA DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS

¹⁶ La amplia panoplia de opciones que fueron aflorando en ese momento han sido tratadas con detenimiento por varios autores en I. MÉNDEZ DE VIGO (dir.), *¿Qué fue de la Constitución europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, CEU-Fundación Rafael del Pino-European University Institute, Planeta, Madrid, 2007.

¹⁷ A. MANGAS MARTÍN: “El rescate del Tratado Constitucional: ¿qué y cómo se puede salvar?”, ARI 17/2007, www.realinstitutoelcano.org.

1. La salida del *impasse* constitucional: la exitosa presidencia alemana y el peculiar *mandato-Tratado*

En este contexto, un primer hito de esta presidencia alemana fue la firma de la llamada Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007 para conmemorar el cincuenta aniversario de los tratados de Roma. Aunque en realidad obedeció inicialmente a una iniciativa de la Comisión¹⁸, la presidencia alemana vio en ella una suerte de Declaración de Messina revisitada para, al estilo de lo que ocurrió tras el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa, relanzar 52 años después un nuevo proyecto de integración más realista que sustituyera a un Tratado Constitucional que muchos daban ya como irremediabilmente enterrado. Ahora bien, con una diferencia: no la firmarían sólo los representantes de los gobiernos, sino como sugirió el Presidente de la Comisión en su discurso previo al Consejo Europeo de 14 de junio de 2006¹⁹, también los presidentes de la Comisión y el Parlamento Europeo. Y con otra diferencia, los dieciocho Estados que ya habían ratificado el Tratado Constitucional, aunque abiertos a una negociación para lograr una salida satisfactoria para todos, no estaban dispuestos a olvidarse sin más de él, como quedó de manifiesto en la ya citada reunión de Madrid de 26 de enero de 2007.

En todo caso, la negociación del contenido de esta Declaración dejó traslucir desde un principio el que iba a ser el estilo de la presidencia alemana. Se preparó con absoluto sigilo y confidencialidad a través de reuniones bilaterales de la presidencia con los representantes personales de los diferentes Jefes de Estado y Gobierno; a través de lo que en la jerga comunitaria se ha dado en denominar los *sherpas*. Dejando al margen otras consideraciones sobre la parquedad de algunas afirmaciones de la Declaración y la falta de concreción en otros, por lo que aquí respecta se limitó a marcar la conveniencia de “dotar a la Unión Europea de fundamentos comunes renovados de aquí a las elecciones al Parlamento Europeo de 2009”. Sin más. Pese a todo, no resultaba muy aventurado deducir que esos “fundamentos comunes renovados” deberían concretarse en un nuevo tratado para afrontar con garantías de éxito los retos que plantea una Unión Europea con veintisiete Estados miembros en un mundo globalizado que poco tiene ya que ver con el del periodo de la “guerra fría”. Pero no había mayor concreción de la vía elegida para sacar a la Unión Europea de la crisis en la que se encontraba. No traslucía el menor indicio de superación de las profundas diferencias que pervivían entre las posiciones de los Estados miembros que ya había ratificado el Tratado Constitucional y los de los Estados que habían dejado todo un reguero de exigencias de todo tipo con la intención de buscar una vía alternativa al Tratado Constitucional. Ni siquiera dejaba

¹⁸ La conocida comunicación al Consejo Europeo de 10 de mayo de 2006 *A Citizen's Agenda-Delivering Results for Europe*; COM (2006) 211 final.

¹⁹ Speech 06/373, Estrasburgo.

atisbar el método de trabajo que pensaba emplear la presidencia. Todo se dejó, por tanto, a la carta única del Consejo Europeo que cerraría la presidencia alemana en junio de 2007.

Contra todo pronóstico en los escasos tres meses que mediaban entre la Declaración de Berlín y este Consejo Europeo la presidencia alemana supo encontrar la ruta para salir del laberinto constitucional en que se encontraba vagando la Unión Europea. Empezó con el envío en abril de 2007 de un cuestionario a los Veintisiete para que cada Estado plasmase sus exigencias o aspiraciones y concluyó dos meses después al más puro estilo de las cumbres comunitarias, o sea, en una reunión del Consejo Europeo que *in extremis* logra un acuerdo cuando muchos medios de comunicación ya daban por imposible el consenso. Un Consejo Europeo en el que, por cierto, realmente no hubo reuniones del pleno para negociar —salvo para aprobar el acuerdo final— sino reuniones de toda índole y dimensión al margen del mismo. De esta manera, la canciller alemana —tan poco dada por lo demás a la improvisación y al riesgo de jugadas no planificadas— “se lo jugó todo a una carta” y, si se nos permite la expresión, al final ganó la partida.

Así, tras dos largos años de *impasse constitucional*, la Unión Europea encontró por fin en el Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007 el camino para salir de la complicada situación en que se encontraba. La cumbre se cerraba bien entrada la madrugada del día 23 con un valioso acuerdo que establecía con toda precisión lo que con escasa imaginación semántica se dio en llamar “hoja de ruta”. Aprobó, en efecto, un mandato de convocatoria de una nueva conferencia intergubernamental²⁰ que era extremadamente preciso en su contenido y constituía “la base y el marco exclusivo de la labor de la CIG” que se tendría que convocar. Así las cosas, la nueva conferencia intergubernamental estaba llamada a elaborar al más clásico estilo comunitario un nuevo tratado de reforma que modificaría los actuales TUE y TCE.

En realidad, las pautas del mandato eran hasta tal punto precisas y detalladas que en el fondo recogían ya en bruto el contenido final del tratado de reforma, lo cual obviamente acotaba de manera sustancial el margen de negociación diplomática. Con ello se limitaban sustancialmente las posibilidades de un nuevo fracaso y se acortaban además los plazos ordinarios de desarrollo de la CIG, lo que era particularmente relevante a la vista del calendario que imponía un proceso de ratificación posterior que debería concluir antes de las elecciones al Parlamento Europeo (junio de 2009).

Del importante acuerdo salido del Consejo Europeo de junio de 2007 se podían sacar ya algunas conclusiones claras. La primera —y más superficial— es que la presidencia alemana concluía su mandato con éxito. Entregaba a la presidencia portuguesa el testigo con un acuerdo cerrado que sacaba a la Unión Europea de una de las más complicadas crisis por las que había

²⁰ Vid. anexo I a las conclusiones de la Presidencia.

atravesado en su historia. La segunda conclusión —y no tan evidente apenas unos meses antes— era que la base fundamental de negociación y el contenido nuclear del tratado de reforma sería el propio Tratado Constitucional. No se hacía, pues, “tabla rasa” con lo firmado por todos en 2004 y ratificado ya por dieciocho Estados. La tercera conclusión era que la negociación del nuevo tratado de reforma debería hacerse en un plazo de tiempo extraordinariamente breve. Para cumplir el calendario que había establecido la ya citada Declaración de Berlín —antes de las elecciones al Parlamento Europeo en 2009— el nuevo tratado debería estar firmado como fecha límite en diciembre de 2007 ya que el proceso de ratificación no puede ser en ningún caso inferior a doce o catorce meses —a Bélgica, por ejemplo, le resulta constitucionalmente imposible hacerlo en un periodo inferior—. Y la cuarta conclusión del mandato, derivada de la anterior, era que la negociación del nuevo tratado de reforma en ese tiempo récord de apenas medio año se haría únicamente en el seno de una conferencia intergubernamental de corte clásico, sin intervención alguna de una nueva Convención u otro órgano semejante al estilo del que tuvo un enorme protagonismo en la fase inicial de elaboración del Tratado Constitucional. Tendría que ser, pues, una conferencia intergubernamental fugaz y sin margen negociador para reabrir “temas calientes” que pudiesen hipotecar su final feliz en Lisboa. Y efectivamente la CIG’07 ha resultado ser la conferencia intergubernamental más rápida de cuantas ha habido en la historia comunitaria. Por cierto, probablemente también la más técnica.

2. La fugaz CIG’07: retorno al clásico método diplomático de negociación de tratados de reforma

Así las cosas, no es de extrañar que, una vez presentada por el Gobierno de Alemania al Consejo una propuesta de revisión de los tratados²¹, el Parlamento Europeo²², la Comisión²³ y el Banco Central Europeo²⁴ emitieran con extrema celeridad los dictámenes requeridos por el Consejo, a pesar de encontrarse ya en un periodo tan poco propicio para ello como era el mes de julio. Con base en estos informes, el Consejo emitió, conforme a las previsiones del vigente artículo 48 TUE, el correspondiente dictamen favorable a la convocatoria de una Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros que se abrió el 23 de julio. De acuerdo al calendario inicial²⁵, se fijó como posible fecha final el 18 de octubre de 2007.

La labor de la apresurada CIG’07 se vio claramente favorecida por el hecho de que el contenido del mandato de convocatoria era extremadamente detallado y preciso, lo cual también

²¹ Doc. 11222/07.

²² Resolución de 11 de julio de 2007 sobre la convocatoria de la CIG.

²³ Comunicación La reforma de Europa para el siglo XXI, COM (2007) 412 final de 10 de julio de 2007.

²⁴ Dictamen de 5 de julio de 2007, doc. 11624/07.

²⁵ CIG 6/07 de 24 de julio de 2007.

representaba en sí mismo una novedad respecto a las anteriores reformas donde el mandato era mucho más abierto y los plazos de trabajo de la CIG notablemente más amplios y abiertos. En realidad, el mandato era en esta ocasión tan prolijo y detallado que bien puede decirse que recogía ya en su esencia prácticamente todo el contenido del futuro tratado de reforma. El trabajo de la CIG'07 fue, por tanto, más técnico que político y, salvo en algunos aspectos muy puntuales, consistió en dar forma jurídica de tratado de reforma al contenido que el Consejo Europeo de junio había fijado “en bruto”. Baste recordar que la conferencia intergubernamental tuvo casi una treintena de reuniones de los expertos jurídicos y apenas tres de los ministros. Incluso los documentos surgidos de la CIG fueron bastante escasos. Bien visto, tras los ya citados documentos iniciales presentados el 23 de julio (proyectos de tratado, protocolos y declaraciones)²⁶ y del proyecto de preámbulo presentado al día siguiente²⁷ hasta los que aparecieron a principios del mes de diciembre con las versiones finales del Tratado de Lisboa²⁸ y del Acta final²⁹ apenas hay media docena de documentos que en su mayoría recogen las cartas enviadas a la CIG'07 por el Comité de las Regiones³⁰, el Tribunal de Cuentas³¹, la Autoridad de Protección de Datos³², el Banco Central Europeo³³ y el Comité Económico y Social³⁴; por cierto, en algún caso con bastante pobreza de miras.

En todo caso, el método de negociación y elaboración del tratado de reforma encarna una vuelta a la vía clásica de reforma de los tratados constitutivos, a saber, el método diplomático “puro y duro”. Incluso más “puro y duro” que en las conferencias intergubernamentales anteriores a la que elaboró el Tratado Constitucional ya que tanto los documentos elaborados por la misma —con transparencia formal e inmediatez temporal, eso sí— difícilmente eran entendibles por los no expertos.

Con todo, al final, los Jefes de Estado y de Gobierno no pudieron librarse de tener que discutir algunos aspectos delicados en la sesión que puso fin a la conferencia intergubernamental. Fue, en concreto, el caso de la clarificación de cómo operaría esa suerte de “Compromiso de Ionninna revisado” que propugnaba la delegación polaca; la adopción de una declaración sobre la designación del Alto Representante de la PESC para el periodo transitorio que mediase entre la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (prevista para enero de 2009) y la investidura de la nueva Comisión (otoño 2009); o la nueva distribución de escaños en el Parlamento Europeo para dar solución a la demanda de última hora que presentó Italia, de

²⁶ CIG 1/07 y 2/02, *cit.*

²⁷ CIG 4/07 de 24 de julio de 2007.

²⁸ CIG 14/07, *cit.*

²⁹ CIG15/07 de 3 de diciembre de 2007.

³⁰ CIG 7/07 de 27 de julio de 2007; CIG 12/07 de 3 de septiembre de 2007.

³¹ CIG 8/07 de 3 de septiembre de 2007; CIG 11/07 de 3 de septiembre de 2007.

³² CIG 9/07 de 3 de septiembre de 2007.

³³ CIG 10/07 de 3 de septiembre de 2007.

³⁴ CIG 13/07 de 11 de octubre de 2007.

manera que al final el Parlamento Europeo tendría 750 escaños más el del presidente, atribuyéndose el nuevo escaño resultante a Italia. También hubo algún último retoque como el de la atribución de un abogado general a Polonia. Y mejor olvidemos la inconcebible petición checa de última hora —acallada al parecer por el presidente luxemburgués, Juncker— para reabrir la delicada cuestión a propósito de la posibilidad de renacionalizar determinadas competencias ya atribuidas a la Unión Europea. Quedémonos con que de ese Consejo Europeo salió el acuerdo de un Tratado de reforma con el que se deseaba dar cuanto antes carpetazo a un largo periodo de crisis.

3. La vía del tratado de reforma clásico: la existencia de un *tratado básico* y un *tratado de desarrollo*

Con este tratado de reforma, el TUE conservará su denominación actual, mientras que el TCE pasará a llamarse *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), si bien ambos tendrán el mismo valor legal. En este sentido, el que será artículo 1.3 del futuro TUE prevé expresamente que “la Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ambos Tratados tienen el mismo valor legal. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea”.

Con ello, hasta en el nombre se vuelve a la aludida vía clásica. Difícilmente se podía haber pensado en una denominación más alejada del lenguaje constitucional y más acorde con los viejos postulados funcionalistas que el de *Tratado de Funcionamiento*. Sí se produce una evidente simplificación desde el momento en que se mantiene la plena desaparición de la actual estructura en pilares, de manera que a partir de ahora existirá únicamente una Unión Europea que sustituye y sucederá a la actual Comunidad Europea. Tendremos, pues, un *tratado básico*, el TUE, que regulará los aspectos más relevantes de la Unión Europea y, digamos, un *tratado de desarrollo*, el TFUE, que concretará el funcionamiento de esa Unión en sus diversos aspectos (institucionales, procedimentales, competenciales, etc.).

Se ha optado, por tanto, por la vía de un tratado que acoge todo aquel contenido del Tratado Constitucional que resultó aceptable por todos, si bien se han hecho inevitables algunas concesiones imprescindibles para poder lograr un acuerdo final.

Se ha encarrilado, de esta manera, el proceso de integración europea a través de un Tratado de Reforma que, como afirmó el presidente de la Comisión constitucional del Parlamento Europeo, será “mejor que el Tratado de Niza, pero peor que el Tratado Constitucional” y en la que “la sustancia del Tratado Constitucional ha sido preservada”³⁵. En

³⁵ Jo LEINEN, *Bulletin Quotidien Europe* núm. 9454 de 26.6.2007, p. 4. En parecido sentido, se pronunció también Araceli Mangas quien consideraba que se había producido un “rescate selectivo, sin

realidad, no sólo la esencia, más bien se ha rescatado prácticamente todo el contenido del Tratado Constitucional³⁶.

V. CARACTERIZACIÓN Y CONTENIDO DEL TRATADO DE LISBOA: MANTENIMIENTO DE LA ESENCIA DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

1. Caracterización general: un tratado simplificado extremadamente complicado

Lo cierto es que, al margen del contenido real del Tratado Constitucional rescatado por el Tratado de Lisboa, la primera sensación que produce la lectura del Tratado de Lisboa es su extrema complicación. El Tratado en sí mismo considerado obedece *prima facie* a una estructura muy simple y bastante semejante a la de anteriores modificaciones de los tratados constitutivos. Únicamente contiene siete artículos, precedidos de un breve preámbulo en el que se manifiesta el deseo de “completar el proceso iniciado por el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Niza con el fin de reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la Unión y mejorar la coherencia de su acción”, por lo cual los Estados signatarios “han convenido en modificar el Tratado de la Unión Europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica”. De esos siete preceptos, los cinco últimos son sucintas disposiciones finales que contienen respectivamente la celebración del tratado por tiempo ilimitado (art. 3), la referencia a los protocolos anejos (art. 4), la reenumeración de los nuevos tratados resultantes de la consolidación de las reformas introducidas por este tratado (art. 5), su mecanismo de entrada en vigor (art. 6) y la determinación de las lenguas auténticas del texto (art. 7). Ahora bien, los dos primeros artículos de modificación del TUE (art. 1) y del TCE (art. 2) dejan un reguero de 173 páginas de sucesivas modificaciones sin fin cuyo seguimiento es enormemente enojoso y complicado, máxime considerando que en el caso del TCE hay tanto modificaciones horizontales (apdos. 1 a 9 del artículo 2) como específicas (apdos. 10 a 295 del artículo 2).

No menos prolija y farragosa es la parte que recoge los protocolos que se anexan a los tratados (TUE y TFUE), así como los protocolos anejos al propio Tratado de Lisboa, sea para modificar los protocolos anejos al TUE, al TCE y, en su caso, al TCEEA o sea para modificar el propio TCEEA, cuyo régimen jurídico queda en un Protocolo *ad hoc*. Sin olvidarnos, por

afectar a la sustancia y a los equilibrios logrados en 2004”; A. MANGAS MARTÍN: “Reflotar Europa tras hundir la nave constitucional”, *El Mundo* de 25 de junio de 2007.

³⁶ En este sentido, nos parece acertada la afirmación de que “la Constitución europea ha sido rescatada en su práctica totalidad”; J.I. TORREBLANCA: *Europa vuelve a funcionar*, Real Instituto Elcano, ARI 70/2007, Madrid, 2007 (www.realinstitutoelcano.org).

supuesto, ni de los correspondientes anexos al Tratado de Lisboa que contienen las tablas de concordancias ni por supuesto de las siempre presentes declaraciones, en esta ocasión en número nada desdeñable; en concreto 65 declaraciones entre declaraciones relativas a disposiciones de los tratados (43), declaraciones relativas a protocolos anejos a los tratados (7) y declaraciones de las que ha tomado nota la Conferencia y que aparecen anejas al Acta Final (15). Y no se piense que el contenido de estos protocolos y declaraciones es de importancia menor. En ellos se recogen desde aspectos imprescindibles para entender cuestiones institucionales trascendentales hasta el contenido de todo el TCEEA, pasando por la excepción que tendrán el Reino Unido y Polonia en materia de la Carta de derechos fundamentales.

A la vista de todo ello, es al menos de agradecer que el preámbulo del Tratado de Lisboa no haya osado hacer referencia al deseo de mejorar “la transparencia de la Unión y sus instituciones, con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados miembros” de los que taxativamente hablaba la Declaración 23 del Tratado de Niza. Ni deseándolo adrede se hubiera logrado mejor que el texto ahuyentara a cuantos tuvieran la curiosidad de acercarse a él para conocer *grosso modo* su contenido. Esto sí, aunque “horror para profanos”, verdaderamente es “paraíso para juristas”.

En suma, nos encontramos ante un *tratado reducido* sí y hasta simplificado en su forma, pero muy muy *complicado*.

2. Mantenimiento sustancial de las novedades del Tratado Constitucional: la recuperación selectiva de su contenido

Adentrándonos ya en el contenido propiamente dicho del Tratado de Lisboa, puede constatarse desde un primer momento que, salvo las excepciones que se precisarán más adelante³⁷, se han mantenido las principales aportaciones materiales que recogía el Tratado Constitucional; tanto en el plano estructural como en los planos institucional y competencial. Así, como ya se ha adelantado al tratar la naturaleza del nuevo tratado de reforma, la estructura de la Unión Europea es única, quedando para el olvido la actual división de la Unión en un pilar comunitario (CE y CEEA) y los dos pilares extracomunitarios (Política Exterior y de Seguridad Común y Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal). En este sentido, el avance respecto a la regulación vigente es obvio. Con independencia de que efectivamente la Política Exterior y de Seguridad Común se mantenga dentro de la Unión Europea con unos mecanismos decisorios y una consideración conceptual que obliga aún a seguir catalogando a esta política como basada en el método de cooperación y no en el de integración que inspira al resto de competencias de la Unión.

³⁷ *Vid. infra*, VI.

Por otro lado, en lo que concierne a la regulación institucional y material concreta, las reformas que el Tratado Constitucional recogía en su parte I se integran plenamente en las reformas previstas por el Tratado de Lisboa para el TUE y para el TCE. Así, el nuevo título III del futuro TUE ofrecerá un primer panorama general del sistema institucional y acogerá las modificaciones sobre la nueva composición del Parlamento Europeo, la conversión del Consejo Europeo en institución, la creación de la presidencia del Consejo Europeo, la nueva composición de la Comisión y el fortalecimiento de su presidente, así como la creación del nuevo cargo en materia de dirección de los asuntos exteriores que, al margen del cartel que recoja su nombre, mantendrá la bicefalia de vicepresidente de la Comisión y presidente del Consejo de Asuntos Exteriores. Tampoco se altera el sistema de votación por doble mayoría (55% de los Estados y 65% de la población). Como novedad respecto al Tratado Constitucional, se convierten en instituciones el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas.

A partir de ahí, el TFUE regulará, por su lado, el desarrollo de estas disposiciones institucionales, así como la regulación concreta de los órganos consultivos y del Defensor del Pueblo Europeo³⁸.

También en materia de reparto de competencias se mantienen íntegramente las novedades recogidas por el Tratado Constitucional, incluido el contenido de los protocolos sobre subsidiariedad y proporcionalidad. Sacrifica, eso sí, buena parte de su simplificación y visibilidad ya que se sustituye su ubicación en un único título en el Tratado Constitucional (arts. I-11 a 18) por su dispersión en el TUE y en el TFUE. Y, lo que es más importante, se mantienen plenamente los avances en materia de Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. No sólo porque, como ya se ha apuntado, desaparece la consideración de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal como un pilar extracomunitario sino sobre todo porque lo considerará en su integridad como una competencia compartida de la Unión; aunque mantenga la excepción territorial para Reino Unido, Irlanda y Dinamarca del mismo modo a como lo hacía el Tratado Constitucional.

Lo propio podría decirse de otros aspectos como la personalidad jurídica única o la cooperación reforzada (establece el número de Estados en el umbral fijo de nueve Estados en lugar de la referencia a un tercio de Estados).

Por otro lado, de las partes III y IV del Tratado Constitucional también conserva la mayor parte de su contenido. En concreto, las disposiciones de la parte III se desperdigan en su integridad a lo largo del articulado del TUE y, sobre todo, del TFUE. De hecho, es realmente

³⁸ En realidad, el mandato del Consejo Europeo de junio de 2007 precisaba ya hasta unas aclaraciones sobre la ubicación de estas disposiciones en un listado con el que se cerraba el anexo 1 de las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo y que se plasmó con precisión desde el primer texto del proyecto de Tratado que se presentó por la presidencia; CIG 1/07, *cit.*

difícil localizar disposiciones concretas de esa parte III del Tratado Constitucional que no hayan encontrado acomodo en el TFUE. Y, por último, de la parte IV, salvedad hecha de la lógica eliminación de los preceptos relativos a la derogación, sucesión y continuidad jurídica, mantiene todo lo relativo a la duración ilimitada, a los protocolos y anexos o a los procedimientos de revisión (incluidos el procedimiento de revisión simplificado y el procedimiento de revisión simplificado relativo a las políticas y acciones internas de la Unión).

3. La Carta de derechos fundamentales y la adhesión de la Unión al CEDH: dos caras de una misma moneda

Otro aspecto relevante a considerar es obviamente el relativo a los derechos humanos, en especial el que afecta a la Carta de Derechos Fundamentales que, como se sabe, se proclamó solemnemente en Niza. Aunque en la práctica ha sido empleada ya en varias ocasiones por el Tribunal de Justicia como criterio interpretativo —y curiosamente también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestro propio Tribunal Constitucional—, carece en la actualidad de carácter jurídicamente vinculante y había sido el Tratado Constitucional el que le atribuía tal carácter y la incluía como parte de él en la parte II. A la CIG'07 se le planteaba la cuestión de cómo conseguir “rescatar” ese carácter vinculante, con independencia de la forma jurídica por la que se optara (reproducción íntegra en el nuevo tratado, protocolo anejo, referencia directa a la misma ...), y lograr a la vez colmar las exigencias planteadas por los Estados que ponían reparos a su inclusión en el tratado.

Finalmente la Carta no formará parte del Tratado, si bien queda plenamente preservado su carácter jurídicamente vinculante. El Tratado de Lisboa ha optado por incluir en el futuro TUE una disposición que regulará todo lo relativo a los derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 6 TUE tendrá un primer apartado de nuevo cuño a través del cual “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo”, precisando a continuación que “tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. E incluirá también un párrafo en el que se prevé expresamente que los “derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación, y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

En esta línea, es probablemente relevante recordar tanto la ceremonia de proclamación solemne que la víspera de la firma del Tratado de Lisboa tuvo lugar en Estrasburgo con los presidentes del Consejo Europeo, Parlamento Europeo y Comisión en el sentido apuntado por el

citado precepto del TUE, como sobre todo su publicación íntegra en *Diario Oficial* en el sentido que demandó el Parlamento Europeo³⁹.

Por otro lado, en relación con el importante aspecto de la adhesión al CEDH, el apartado segundo del futuro artículo 6 TUE recogerá la previsión del Tratado Constitucional en el sentido de que la “Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Y, por último, en relación con la concepción de los derechos fundamentales en la Unión Europea, el apartado tercero del referido precepto mantendrá también la previsión de que “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales”.

Se da, en suma, un importante paso adelante en materia de derechos humanos. El carácter vinculante de la Carta pone fin a un largo camino que no logró cerrarse con éxito en Niza, mientras que la introducción de una atribución de competencia para permitir la adhesión de la Unión Europea al CEDH corona un antiguo anhelo que contribuirá a una mejor y mayor coherencia y coordinación entre las jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Carta y adhesión son dos caras de una misma moneda: la eficaz y armónica protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Aunque, como veremos, sólo para veinticinco de los veintisiete Estados miembros.

4. La incorporación de nuevos elementos materiales: energía y cambio climático

El Tratado de Lisboa incluye también algunos aspectos especialmente relevantes que el Tratado Constitucional no había considerado en su articulado y que durante los últimos meses del llamado “periodo de reflexión” habían ido abriéndose hueco en la agenda comunitaria: cambio climático y energía.

La primera de las novedades se refiere a la inclusión de una referencia explícita a “la necesidad particular de luchar contra el cambio climático con medidas a nivel internacional” dentro del artículo relativo al medio ambiente. Y la novedad referida a la energía, de plena actualidad a la luz del debate sobre las crisis derivadas de los problemas de suministro de gas en el contencioso entre la Unión Europea y Rusia, se refiere al espíritu de solidaridad entre los

³⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 29 de noviembre de 2007.

Estados miembros y, sobre todo, al fomento de la (pendiente) interconexión de las redes energéticas.

Ciertamente, buena parte de esas medidas podrían haberse adoptado con fundamento en las actuales competencias comunitarias, si existiese, claro está, la voluntad política de hacerlo. Así, la derivación competencial externa a partir de la competencia interna existente en materia de medio ambiente sería a nuestro juicio más que suficiente para adoptar las pretendidas acciones en materia de cambio climático. Con todo, no está de más su inclusión. Acaso facilite la adopción de este tipo de acciones por la Unión y con seguridad transmite a la opinión pública de los Estados que ya habían ratificado el Tratado Constitucional la sensación política de una cierta compensación por el peaje pagado a los Estados a los que se ha concedido las excepciones que a continuación trataremos.

VI. EL PRECIO PAGADO POR EL ACUERDO PARA EL TRATADO DE LISBOA: LA PODA DE TODA APARIENCIA CONSTITUCIONAL

1. La desaparición de todo atisbo constitucional: de cómo hacer que no parezca lo que realmente es

Junto a la renuncia a la transparencia y a todo intento simplificador, el más claro peaje abonado por los dieciocho Estados que ya habían ratificado el Tratado Constitucional ha sido, si se nos permite la expresión, la “ablación” de todo atisbo constitucional en el futuro tratado de reforma. Por supuesto, se elimina el término “Constitución europea” como calificativo del término “Tratado”. Ya hemos señalado que el Tratado de Lisboa es un “simple” *tratado de reforma* de los actuales tratados constitutivos; nada de texto único ni de refundación ni de derogación de los actuales tratados, como preveían los artículos IV-437 y 438 del Tratado Constitucional, ni por supuesto referencia a una *Constitución Europea* en el título. Parece aceptarse con ello que quizá uno de los errores de la Convención y de la CIG’04 fue precisamente atribuir el calificativo de Constitución a un texto que no dejaba por ello de tener la forma de tratado internacional y posiblemente levantaba en un cierto segmento de la ciudadanía la falsa percepción de que la Unión podría caminar en el futuro hacia alguna forma de “superestado europeo”.

En esta línea, al “Ministro de Asuntos Exteriores” se le quita el nombre para llamarse simplemente “Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad”. Se abandona también la denominación de “leyes” y “leyes marco” para referirse a los tradicionales reglamentos y directivas. Se elimina igualmente el precepto del Tratado Constitucional relativo a los símbolos de la Unión (art. I-8), si bien una declaración adoptada

por Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania, Eslovenia y Eslovaquia afirma que la bandera, el himno, el euro y la divisa “seguirán siendo, para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con ella”.

También desaparece el precepto del Tratado Constitucional que por primera vez hacía referencia expresa al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (art. I-6). Será sustituido por una Declaración que se limita a recordar “que con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”. A mayor abundamiento, la Conferencia decidió incorporar al Acta Final de la misma el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía en el que, entre otros aspectos, es establece con toda claridad que “el principio de la primacía del Derecho Comunitario es inherente a la naturaleza específica de la Unión Europea”⁴⁰.

Además, el futuro artículo primero que haga de pórtico del nuevo TUE no contendrá la referencia expresa a la doble legitimidad de la Unión (Estados y ciudadanos), limitándose a establecer de manera extremadamente sobria que “la Unión se fundamentará en el presente tratado y en el tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea” que sustituirá al actual TCE. Sin más.

Igualmente, el precepto que haga referencia a los objetivos de la Unión suprimirá la alusión a que “la competencia sea libre y no esté falseada”, a la vez que habrá un protocolo sobre servicios de interés económico general. En él se enfatiza “la importancia de los servicios de interés general” y se acuerda en sus dos artículos que los valores comunes de la Unión con relación a estos servicios incluyen en particular “el papel esencial y el amplio margen de maniobra de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, hacer que se realicen y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios”, así como “la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales”.

Por último, también se pierde por el camino el preámbulo del Tratado Constitucional, salvo el primero de sus apartados que se añadirá al preámbulo del futuro TUE en un lugar protagonista: “Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”.

⁴⁰ Documento 11197/07, JUR 260.

Prima facie podrían parecer modificaciones de enorme trascendencia; y ciertamente afectan a aspectos políticos y jurídicos nada desdeñables dentro de un texto de pretendido carácter *constitucional*, a la vez que su carácter simbólico obviamente trasluce un trasfondo político de evidente recelo ante la Unión Europea. Mas en el fondo, visto fríamente y con cierta perspectiva, son eliminaciones casi “cosméticas”. El Ministro de Asuntos Exteriores perderá su pomposo nombre, pero no se le modifican en absoluto sus competencias materiales ni su ubicación institucional. Las leyes y leyes marco europeas se verán privadas de su expresiva denominación, pero no por ello perderán el que es su contenido obligatorio característico. Se suprime la referencia expresa a los símbolos, pero difícilmente se sacará el *euro* de los monederos de los ciudadanos en aquellos Estados que han adoptado el *euro* como moneda propia, ni la bandera europea dejará de hondear en edificios públicos, ni el himno cesará de ser interpretado cuando se considere pertinente, ni por que se elimine su referencia expresa la futura Unión va a estar menos basada en la diversidad. Tampoco se podrá poner en duda el valor trascendental del irrenunciable principio (jurisprudencial) de primacía por mucho que se intente “esconder” en una Declaración en lugar de hacerlo dentro del tratado. Como recoge el propio dictamen del Servicio Jurídico del Consejo ya citado, “el hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia vigente del Tribunal de Justicia”⁴¹, pero su desaparición del articulado deja una vez más de manifiesto la concepción que del proceso de integración tienen aquellos Estados que rechazan ver en el articulado del Tratado tan elemental principio. Y, aunque no se diga explícitamente en el TUE, nada cambiará en el hecho indudable de que la legitimidad básica de los Estados como *Herren der Verträge* se vea acompañada ya en la actualidad por una cierta legitimidad democrática añadida que deriva de la elección del Parlamento Europeo por sufragio universal directo. Y también, por cierto, de la equiparación de éste con el Consejo en el proceso legislativo ordinario en los términos que previó el Tratado Constitucional y respecto al que no se modifican ni los supuestos que pasarán a regirse por este procedimiento legislativo ni el que la unanimidad en el Consejo sea reemplazada en decenas de casos por la mayoría cualificada. Como bien se ha dicho, el que se “diga que se abandona el nombre de Constitución es una concesión al discurso político precisamente para salvar el contenido de esa Constitución”⁴².

⁴¹ A estas alturas del proceso de integración europea no debería ser ya necesario recordar que desde la temprana sentencia de 15 de julio de 1964, recaída en el asunto *Costa c. ENEL*, el principio de primacía ha sido mantenido por el Tribunal de Justicia en una jurisprudencia constante y sin fisuras como piedra angular del ordenamiento jurídico comunitario.

⁴² F. ALDECOA LUZARRAGA y M. GUINEA LLORENTE: “El proyecto de Tratado de reforma: una Constitución sin nombre”, *Revista General de Derecho Europeo* 2007, núm. 14, www.iustel.com.

2. Las modificaciones institucionales y competenciales: concesiones algo más que cosméticas en un proceso de creciente tendencia intergubernamental

Existen, con todo, otras concesiones a algunos Estados que ya no son de mero carácter cosmético. De esta manera, fruto de una negociación planteada por exigencia polaca en términos no precisamente leales con lo ya pactado —y firmado— con el resto de socios en la CIG'04, el sistema de votación por doble mayoría retrasa su entrada en vigor a través de un complicado sistema articulado en dos fases. Entre 2009 (pretendida fecha de entrada en vigor del nuevo tratado de reforma) y el 1 de noviembre de 2014 se seguirá aplicando el actual mecanismo del artículo 205.2 TCE (art. 238 TFUE). Entre esta última fecha y el 31 de marzo de 2017 se fija un periodo transitorio (suplementario) en el que cualquier miembro del Consejo podrá solicitar que la medida en cuestión se siga aprobando conforme a la actual regulación vigente. Por otro lado, se rescata una suerte de “Compromiso de Ioannina” de no fácil interpretación.

En esta misma relación de excepciones para los que bien podrían denominarse *Estados-rebeldes*, también se incluye una declaración que deja claro que “las disposiciones referentes a la Política Exterior y de Seguridad Común, incluido lo relativo al alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores, Política de Seguridad y Servicio de Acción Exterior no afectarán a las bases jurídicas, responsabilidades y competencias existentes de cada Estado miembro en relación con la formulación y conducción de su política exterior, su servicio diplomático nacional, sus relaciones con terceros países y su participación en organizaciones internacionales”. Otra excepción, por tanto, de cierta entidad.

Por último, como concesión a una de las exigencias planteadas por la delegación holandesa, se acordó la inclusión de un nuevo artículo en el TUE que hará mención al refuerzo del papel de los parlamentos nacionales. Así, se incluirá un precepto en el TUE según el cual “los parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión” y donde se concretará en sus apartados los supuestos concretos en los que éstos participarán en el funcionamiento de la Unión Europea: ser informados de los proyectos legislativos, velar por el respeto del principio de subsidiariedad, participación en el control de Europol y Eurojust en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, participación en los procedimientos de revisión, ser informados de las solicitudes de adhesión de nuevos Estados y participar en la cooperación interparlamentaria entre los parlamentos nacionales con el Parlamento Europeo. En sí mismo, este precepto no recoge en lo sustancial novedad alguna que no estuviera ya regulada en los protocolos sobre participación de los parlamentos nacionales y de aplicación de la subsidiariedad o en el TUE y TFUE y bien podría considerarse el peaje exigido fundamentalmente por Países Bajos para poder respaldar el nuevo Tratado sin someterlo a

referéndum. Sin embargo, se inserta en todo un proceso de refuerzo de los Estados que lleva a la Unión Europea a una clara inclinación intergubernamental. Además, el refuerzo de la posición de los parlamentos nacionales no deja de encarnar, a nuestro entender, una desconfianza evidente frente al Parlamento Europeo de quien se olvida con cierta facilidad que está revestido en el ámbito comunitario de idéntica legitimidad democrática que los parlamentos nacionales en el ámbito interno; tanto formal (elegido por sufragio universal directo) como material (tiene encomendadas competencias legislativas, de control al ejecutivo comunitario y presupuestarias muy semejantes a las de cualquier otro parlamento).

Por otro lado, en relación al control de la subsidiariedad, también se modifica el mecanismo de alerta temprana que introdujo el Tratado Constitucional. Y se hace en dos aspectos. Uno de carácter casi anecdótico y otro de bastante más calado. En primer lugar, se amplía el plazo de emisión del informe previsto al efecto de seis a ocho semanas, acogándose con ello la generalizada crítica vertida desde diferentes sectores a propósito del escaso tiempo que tenían los parlamentos nacionales —y, en su caso, los regionales— para elaborar el informe en cuestión. Pero, en segundo lugar, el artículo 7 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad introduce en su apartado tercero la previsión de que en el supuesto de que una mayoría simple de los votos atribuidos a los parlamentos nacionales considere que existe una violación del principio de subsidiariedad —esto es, en el caso usual, en que exista un desacuerdo entre la opinión de la Comisión que presenta la propuesta y los parlamentos nacionales— no sólo tendrá por consecuencia que “la propuesta deberá volverse a estudiar”, sino que por “mayoría del 55% de los miembros del Consejo o por mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo” podrá ser desestimada. Esto, ciertamente, es más que una modificación de maquillaje. Trastoca claramente el consenso subyacente en la regulación que fijó el Tratado Constitucional a partir de las sopesadas propuestas elaboradas por la Convención con base en el informe final de su Grupo I sobre la subsidiariedad. De hecho, para algún relevante autor —y protagonista europeo de primer orden en esta materia— esto constituye simple y llanamente “un dislate”⁴³. No podemos estar más de acuerdo.

En este mismo orden de cosas, tampoco resulta baladí la pertinaz insistencia del Tratado de Lisboa por dejar claro algo sobre lo que nadie tiene la menor duda, a saber, que las competencias no atribuidas a la Unión corresponden a los Estados. Es pues llamativo que el TUE en dos ocasiones insista en la cuestión. Primero al establecer expresamente en el que será el artículo 4.1 TUE que “toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados”. Y después en el inmediatamente seguido artículo 5 TUE sobre competencias en

⁴³ I. MÉNDEZ DE VIGO: “El Tratado de Lisboa: epílogo a los años en que vivimos peligrosamente”, en *ib. (dir.)*, op. cit. (*¿Qué fue de la Constitución europea?...*), pp. 321-344, en p. 336

el que, tras dejar también meridianamente claro en su primer apartado que el sistema se rige por el principio de atribución expresa de competencia, vuelve a insistir en el apartado segundo al regular el principio de subsidiariedad que “toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”. Pero, desde luego, es todavía mucho más llamativo que algunos Estados no se conformaran con esta reiterada —e innecesaria— insistencia y exigieran volver a repetirlo con carácter particular en otras sedes. Así, por ejemplo, al regularse la cuestión de los derechos fundamentales en el TUE se deja constancia de que “las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal y como se definen en los Tratados” (futuro art. 6.1 inciso segundo), pese a que la propia Carta lo prevé con toda nitidez en sus disposiciones horizontales. Igualmente, se recuerda con carácter particular que “la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”, cosa que nadie ponía en duda (futuro art. 4.2 *in fine* TUE). Igualmente, el nuevo Protocolo sobre los servicios de interés económico general vuelve machaconamente con la idea de que “las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, hacer que se realicen y organizar servicios de interés general que no sean económicos”. En suma, una machacona referencia al papel de los Estados que es del todo punto innecesaria.

En este mismo orden competencial preocupa igualmente que tenga que adoptarse un nuevo Protocolo sobre el ejercicio de las competencias compartidas para establecer algo tan elemental para quien conozca el funcionamiento de la teoría de la *preemption* elaborada por el Tribunal de Justicia como que, “cuando la Unión haya tomado medidas en un ámbito determinado, el alcance de este ejercicio de competencia sólo abarcará los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate y, por lo tanto, no incluirá todo el ámbito en cuestión”. Claro que quizá se entienda mejor la filosofía subyacente a este protocolo si se considera que el Tratado de Lisboa también se ha empeñado en añadir un apartado al precepto del TFUE que regulará las competencias compartidas para establecer que “los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya” (art. 2.2 TFUE).

Y lo que es mucho más preocupante, aunque en el fondo resulte obvio. Por primera vez en la historia comunitaria, la regulación del procedimiento de revisión ordinario añadirá un inciso a lo que regulaba el artículo III-443 del Tratado Constitucional para establecer ni más ni menos que los proyectos de revisión de los Tratados “podrán tener por finalidad, entre otras cosas, la de aumentar o *reducir* las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados” (futuro art. 48 TUE)⁴⁴. Es obvio que para materializar esa previsión se requerirá la unanimidad, lo que le otorga un cierto carácter de “brindis al sol” o, mejor dicho, hacia la galería electoral nacional

⁴⁴ Subrayado añadido.

de algún Estado miembro. Pero no es menos evidente que, unido a la nueva referencia introducida al regular las competencias compartidas en el TFUE y al nuevo protocolo sobre el ejercicio de estas competencias, trasluce el deseo de algunos Estados miembros —cada vez menos disimulado— de renacionalizar algunas competencias de la Unión. O sea, una política del “paso a paso” en la que al parecer también cabe el “paso atrás”.

3. El preocupante refuerzo de la *Europa a la carta*: el reguero de excepciones

El Tratado de Lisboa recoge un Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales al Reino Unido y a Polonia, según el cual “la Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún tribunal de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido no son compatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma”. O sea, la Carta no tendrá carácter jurídicamente vinculante para estos dos Estados miembros. Sí para los veinticinco restantes.

Por si realmente alguien tuviera alguna duda sobre la redacción anterior, a propósito de los derechos sociales se insiste en que “en particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en título IV de la Carta [Solidaridad] crea derechos defendibles en justicia aplicables a Polonia o el Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional”. Lo cual, por cierto, casa bastante mal con la Declaración unilateral introducida por Polonia a propósito de la Carta en la que, tras recordar su tradición en la protección de los derechos sociales desde el movimiento social “Solidaridad”, declara “que respeta plenamente esos derechos, según se establece en el Derecho de la Unión Europea, y en particular los que se reafirman en el título IV de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

En esta misma materia de derechos fundamentales sorprende también la aceptación de una Declaración unilateral de Polonia —por cierto, en su momento escondida también dentro del mandato en una nota a pie de página— según la cual “la Carta no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, el Derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y el respeto de la integridad física y moral humana”.

Además, en esta misma línea, las excepciones a propósito de la Carta se suman obviamente a las que, como es por ejemplo el caso del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, existían ya en el Tratado Constitucional. De hecho, estas planteaban ya en el Tratado Constitucional problemas técnico-procedimentales cada vez más llamativos (momento concreto en el que hay que plantear la cláusula *opt out*, composición y actuación de las instituciones,

etc.). Con todo, obviamente el problema de fondo que se deduce de todo este reguero de excepciones es, por encima de todo, de índole política, a saber, la ya reiteradamente citada existencia de muy dispares concepciones sobre el proceso de integración europea. El Tratado de Lisboa encubre tras su farragosa formulación diferencias de fondo entre los Estados miembros que cada vez resultan más difíciles de conciliar en un texto único aceptable por todos.

Empleemos la terminología que empleemos para calificar la disparidad de posiciones y conscientes de la simplificación que en todo caso encubre, parece evidente que entre la posición más federalizante —o digamos mejor más integradora para no provocar a nadie— que podrían encarnar Estados como Alemania, Luxemburgo, Bélgica o incluso España y la posición claramente intergubernamental —por no decir en algún caso entorpecedora de todo avance integrador— que sostienen Reino Unido, Polonia, República checa o Dinamarca dista un abismo cada vez más insalvable.

Por ello, no parece necesitarse grandes dosis de perspicacia política para intuir que el método tradicional de reforma de los tratados constitutivos está tocando techo. Es un modelo prácticamente agotado. En una “Europa a veintisiete” y con dispar concepción del proceso de integración será cada vez más difícil lograr en el futuro modificaciones que permitan un avance conjunto de *todos* los Estados miembros. No en vano esta reforma, como ya se ha indicado, no conlleva el conocido “sistema de las muñecas rusas” —la Declaración 23 del Tratado de Niza sería el último y más claro ejemplo de estas reformas que contienen el anuncio de la siguiente—. Por ello el recurso a mecanismos de flexibilidad será probablemente imprescindible. En realidad, ya existen con toda naturalidad en muchos aspectos del propio Derecho originario (política monetaria, espacio de libertad, seguridad y justicia, etc.) y cabe en el Derecho derivado a través del interesante mecanismo de la cooperación reforzada. Además el nuevo tratado de reforma incrementa, como ya hemos puesto de manifiesto, la disparidad de regímenes jurídicos en materias tan esenciales como los derechos fundamentales. Pero parece obvio que en el futuro las tradicionales reformas de los tratados puedan ir siendo soslayadas en la práctica con avances puntuales a través de cooperaciones reforzadas que no afecten forzosamente —al menos inicialmente— a todos los Estados miembros. Ello obviamente tiene sus ventajas, pero como ha demostrado la reciente experiencia del Tratado de Prüm también tiene sus riesgos. La diferencia entre una *Europa a diferentes velocidades* o incluso de *geometría variable* y una *Europa a la carta* marca probablemente el punto entre lo inevitable y lo distorsionador. Y lo que se recoge en el Tratado de Lisboa se parece, a nuestro juicio, bastante más a una *Europa a la carta* que a una *Europa a diferentes velocidades*.

VII. LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA: INMERSOS DE NUEVO EN OTRO PROCESO DE RATIFICACIÓN EN EL QUE NO CONVIENE “CANTAR VICTORIA ANTES DE TIEMPO”

A propósito de la entrada en vigor, el Tratado de Lisboa prevé en su artículo 6.2 que “el presente Tratado entrará en vigor el 1 de enero de 2009, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad”. O sea, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa está expuesta en la práctica al mismo riesgo que en 2005 provocó el descarrilamiento del Tratado Constitucional⁴⁵. Con un solo Estado miembro que no lograra ratificar este Tratado probablemente estaríamos de nuevo en la misma situación en la que nos colocaron los referenda francés y neerlandés. O peor incluso.

Por tanto, no se debería “cantar victoria antes de tiempo”. Con la firma del 13 de diciembre simplemente se ha logrado reconducir un proceso que estaba en vía muerta, pero al que todavía le faltan veintisiete estaciones que atravesar para llegar a buen puerto. Hasta que no se deposite el último instrumento de ratificación no habrá acabado la larga travesía que se inició en Laeken. No olvidemos que habrá referéndum seguro en Irlanda y, pese al compromiso en sentido contrario, no es absolutamente descartable que también pueda celebrarse en algún otro Estado que todos tenemos en mente. Nada asegura, pues, que en este largo camino que tiene aún ante sí la “hoja de ruta” diseñada bajo la presidencia alemana no pueda haber un segundo tropiezo... Y por supuesto para ese caso tampoco en esta ocasión hay previsto un “plan B”. Aunque, como escribió con acierto la profesora Andrés Sáenz de Santa María cuando nos encontrábamos en pleno periodo de reflexión, “el mejor plan B es cumplir los compromisos adquiridos”⁴⁶. Esperemos, por tanto, que en esta ocasión todos los Estados miembros lo puedan hacer.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES: EL INTENTO DE HACER QUE LA UNIÓN NO PAREZCA LO QUE REALMENTE YA ES

Llegados a este punto, no parece oportuno concluir este estudio preliminar sin ofrecer unas breves líneas de valoración general a propósito del Tratado de Lisboa. Ciertamente las voces críticas han sido abundantes. Así, a juicio de buena parte de la doctrina iuscomunitaria

⁴⁵ A este respecto, resulta de interés la lectura del trabajo de M. URREA CORRES: “Los procedimientos de reforma de los tratados comunitarios y la entrada en vigor del Tratado Constitucional”, *Revista General de Derecho Europeo* 2007, núm. 13, www.iustel.com.

⁴⁶ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: “El largo camino hacia la Constitución europea: el mejor plan B es cumplir los compromisos adquiridos”, *Revista General de Derecho Europeo* 2006, núm. 10, www.iustel.com.

española, la salida del laberinto al que había conducido la no entrada en vigor del Tratado Constitucional tras los referenda negativos de Francia y Países Bajos se ha hecho a un elevado precio. El clima general imperante en la doctrina española que ha analizado hasta el momento el Tratado de Reforma no es, pues, particularmente optimista. Para bastantes autores, con la profesora Mangas Martín a la cabeza, supone haber construido una “Europa a la medida de los gobiernos” ya que se ha hecho “desde los gobiernos, para los gobiernos y a la medida de los gobiernos”⁴⁷.

Fuera del predominante ámbito jurídico de análisis del Tratado reforma, hay autores, como el politólogo Santiago Petschen, que van todavía más allá en su crítica y ven en el nuevo tratado de reforma una “consolidación definitiva de la Europa del *establishment* político de los Estados” que nos conduce a una “UE sin alma, sin poesía, con muchos euroescépticos y sabiendo que está formada por una serie de países unidos más por la técnica fría que por la esperanza ilusionada”⁴⁸.

Por último, tampoco está de más traer a colación la valoración de un protagonista de la Convención poco dado a las estridencias o valoraciones desenfocadas. Para quien representó al Parlamento Europeo en los Presidiums de las dos Convenciones desarrolladas hasta el momento, “nunca como hasta ahora quedó patente la notoria falta de visión y ambición de los líderes nacionales en la política europea. Ello nos obliga a plantear lo que acontece con un proyecto que, tras acumular éxito tras éxito en las últimas cinco décadas, aparece ante los ojos de los europeos como extenuado, falto de ganas, ahíto de ilusión”⁴⁹.

A nuestro entender, no faltan razones de peso para detectar en el Tratado de Reforma muy series sombras. Tanto por la forma como por el contenido. Respecto a la primera porque, por encima de otros aspectos más concretos, el formato del Tratado de Lisboa aparece a todas luces en las antípodas de las que deberían ser exigencias mínimas de transparencia y simplificación. Inmanejable, ilegible, opaco, incomprensible... son calificativos que casan bastante bien con este tratado. Como, con cierta gracia señaló el presidente luxemburgués, Jean Claude Juncker, es “un tratado simplificado muy complicado”. Y en todo caso tras su lectura

⁴⁷ Por ello, a juicio de esta autora, “cuando se hace una Europa al gusto de los gobiernos, el riesgo es que no sólo presenten las exigencias que le son propias por causas excepcionales y contrastables, sino que esos Gobiernos miren de reojo a los demás y quieran hacer suyas objeciones y posiciones reticentes de otros”, de manera que “toda reforma será una ocasión para el chantaje” A. MANGAS MARTÍN: “Europa a la medida de los gobiernos”, *Revista General de Derecho Europeo* 2007, núm. 14, www.iustel.com.

⁴⁸ De ahí que, para ese autor, con una resignación nada ocultada y anhelando a la postre la existencia de verdaderos líderes europeos, concluye que “no hay más remedio que aceptar la mediocridad. No hay más remedio que resignarse a ver cómo los miembros del *establishment* político disfrutan con sus discusiones y sus juegos cortesanos. Su liderazgo es estatal y en él se apoyan para actuar en Europa. Hasta que no aparezcan líderes europeos será muy difícil encarar el cambio”; S. PETSCHEN: “El Mandato para el Tratado de Reforma: la consolidación definitiva de la Europa del *establishment* político de los Estados”, Real Instituto Elcano, ARI 95/2007, Madrid, 2007 (www.realinstitutoelcano.org).

⁴⁹ I. MÉNDEZ DE VIGO: *loc. cit.*, pp. 338-339.

atenta —al menos para quienes hayan tenido la inquebrantable paciencia de hacerlo realmente— pocos textos podrían resultar más alejados de aquella loable intención aceptada por todos en Niza (2000) y Laeken (2001) de reconocer “la necesidad de mejorar y supervisar la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y sus instituciones, con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados miembros”.

Por otro lado, por lo que respecta al contenido, también resulta criticable el Tratado de Lisboa porque el acuerdo, además de ser de mínimos en aras del consenso necesario, se ha logrado al precio de aceptar nuevas excepciones en temas tan capitales como los derechos humanos, lo cual encarna un muy serio riesgo de disgregación dentro de la Unión. Hay Estados miembros para los que las nociones de *geometría variable* o de *Europa a la carta* gozan de bastante más calado que el de meros eufemismos coyunturales

Con todo, probablemente deba imponerse por encima de todo una valoración posibilista. Desde esta perspectiva, existen, a nuestro entender, algunos motivos para ser razonablemente optimistas. En primero lugar, el Tratado de Lisboa tiene el mérito indudable de sacar por fin a la Unión de un largo periodo de crisis y dotarla en cierto sentido de un cierto “impulso psicológico” y hasta de un moderado optimismo para afrontar el futuro. En este sentido, efectivamente puede considerarse —al estilo de lo que hace el editorial de una de las más prestigiosas revistas de Derecho Comunitario— como “the best possible compromise”⁵⁰.

En segundo lugar, el Tratado de Lisboa recoge en lo sustancial prácticamente todo lo que de novedoso tenía el Tratado Constitucional. Mantiene, por tanto, instrumentos y mecanismos que mejoran la eficacia y también la democracia de la Unión Europea. La presidencia estable, la figura del alto representante como vicepresidente de la Comisión, la reducción del número de comisarios, el notable incremento de supuestos cuya decisión en el Consejo se hace por mayoría cualificada en lugar de por unanimidad, la generalización del procedimiento de codecisión como procedimiento legislativo ordinario, la personalidad jurídica única, la iniciativa popular o una Política Exterior más eficaz son buenos ejemplos de ello.

En tercer lugar, y a pesar de su modestia, introduce también nuevos títulos competenciales en materias como energía o cambio climático que conectan directamente con algunas de las principales preocupaciones reales de los ciudadanos europeos. Baste recordar como botón de muestra que en la prensa nacional e internacional del día 14 de diciembre tuvo bastante más eco y respaldo mediático la firme posición mantenida por la Unión Europea frente a EEUU en la cumbre de Bali sobre el cambio climático que la gris firma del Tratado de Lisboa. Excepción hecha, por supuesto, de la “salida de tono” de uno de los presidentes al anunciar que llegaría tarde al acto de firma.

⁵⁰ *Common Market Law Review* 2007, núm. 5, Editorial, p. 1235.

En cuarto lugar, tampoco puede ocultarse que, bajo la corteza del Tratado de Lisboa – sin duda, compleja-, subyacen unos futuros TUE y TFUE que técnicamente resultan más adecuados y simplificados que los actuales tratados constitutivos. Y, en cierto sentido, también más coherentes que el propio Tratado Constitucional cuya parte III era a todas luces desproporcionada e impropia de un texto jurídico que aspira al calificativo de *Constitución*. Ahora tendremos un *tratado básico*, el TUE, cuyo contenido recoge las normas de carácter constitucional de la Unión, y un *tratado de desarrollo*, el TFUE, que concreta y precisa el sistema jurídico, el sistema institucional y el sistema competencial de la Unión.

El problema último es que hasta esos avances traslucen con nitidez la concepción que algunos Estados miembros tienen del proceso de integración europea. En el fondo, como ya afirmamos al tratar en su momento el mandato a la CIG'07⁵¹, da la sensación de que se hubiese tratado de hacer que “lo que es parezca que no es”. Como si se quisiera transmitir a la ciudadanía la (falsa) apariencia de que se avanza menos de lo que realmente se hace. Como si en cierta forma se quisiera incluso ocultar lo ya logrado.

En suma, como síntesis de este sabor agridulce que deja el Tratado de Lisboa, resulta quizá adecuada la gráfica valoración que Anthony Arnall hizo del mandato a la CIG'07: “The tone of the Conclusions of the June European Council is that of a frustrated parent seeking to impose discipline on squabbling children”⁵². En cierta forma, al final los *squabbling children* se salieron con la suya. Una vez más. Y probablemente no será la última. Salvo que el Grupo de Sabios que diseñe la futura Unión para el periodo 2020-2030 sea capaz de dar con la “varita mágica” que lo evite.

⁵¹ Hacia un nuevo tratado europeo: de cómo recuperar la esencia del Tratado Constitucional sin que realmente lo parezca”, Real Instituto Elcano, ARI 76/2007, Madrid, 2007 (www.realinstitutoelcano.org).

⁵² Editorial de *European Law Review* 2007, pp. 605-606.