

## ACERCA DEL TRATADO CONSTITUCIONAL Y SU REFORMA: EL TRATADO DE LISBOA

Recibido: junio 26. Aprobado: julio 12

Ángela Figueruelo Burrieza<sup>1</sup>

### I) INTRODUCCIÓN

Los grandes cambios históricos nunca se han producido sin señales que se convierten en referente para las generaciones futuras. Esto ha sucedido con el Tratado Constitucional europeo, que fracasó en la primavera del año 2005, cuando los pueblos de Francia y Holanda, países fundadores de las Comunidades Europeas, se pronunciaron de forma negativa al ser consultados por la vía del referéndum a la hora de ratificar dicho Tratado que reformaba el Tratado de Niza de 2001.

A pesar de que dos tercios de los Estados miembros (18 países en total, que significaban más de la mitad de la población de la Unión Europea) ya habían ratificado el Tratado Constitucional –España y Luxemburgo lo hicieron mediante consultas populares, con resultados altamente positivos–, éste no pudo entrar en vigor a finales del año 2006, tal y como estaba previsto, y la Europa Unida en la diversidad quedó inmersa en una “crisis de reflexión activa” de la que no ha salido hasta finales del año 2007, cuando en la Cumbre de Lisboa de 18 de octubre los Jefes de Estado y de Gobierno de los 27 Estados miembros de esta organización supranacional llegaron a un acuerdo sobre el contenido del Tratado de Reforma firmado en Lisboa el día 13 de diciembre del pasado año.

El análisis que en este trabajo realizamos sobre el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 (Tratado de Roma II), ha sido efectuado bajo los parámetros de la teoría democrática del poder constituyente y a la luz de los principios del constitucionalismo clásico; éstos impiden usar el nombre de Constitución en vano y nos permiten mantener que la llamada “Constitución Europea” es un Tratado Internacional, más en la línea de los precedentes en la historia de la Unión Europea, cuyo objetivo era reformar el Tratado de Niza de 2001 para permitir facilitar el funcionamiento de esa organización supranacional de carácter internacional que consta actualmente de 27 Estados miembros y que pronto alcanzará los 30 componentes.

---

<sup>1</sup> Licenciada y Doctora en Derecho, con Premio Extraordinario, de la Universidad de Salamanca. Profesora en los cursos de la Licenciatura, en estudios de Tercer Ciclo, en los del Posgrado y en títulos propios. Sus campos de investigación se centran principalmente en temas de Justicia Constitucional, Derecho Parlamentario, y garantías de los derechos en el Estado Social. Actualmente desarrolla su actividad investigativa en temas de género y en torno al Tratado Constitucional para Europa.

La presidencia alemana del primer semestre del año 2007 dio un nuevo impulso a las negociaciones y la Declaración de Berlín firmada en marzo de ese año, para celebrar el cincuenta aniversario del Tratado de Roma, certificó que la experiencia constitucional en el momento presente de la realidad europea era irreplicable. La meritoria presidencia alemana sólo puede rescatar algunos de los contenidos más importantes en los contactos efectuados y, en vísperas del comienzo del Consejo Europeo del mes de junio, se consensó un proyecto de Mandato preciso y cerrado para la Conferencia Intergubernamental que redactaría un nuevo Tratado, sobre el modelo de los ya existentes, confirmando el método tradicional de enmendar los Tratados vigentes sin sustituirlos<sup>1</sup>. Por supuesto, el Mandato ponía fin a la denominación de Constitución y este concepto para la realidad europea desproporcionado no aparece en ninguna parte del Tratado de Reforma (Tratado de Lisboa).

## II) LA NECESARIA REFORMA DEL TRATADO DE NIZA

El fracaso de la cumbre de Bruselas, celebrada los días 13 y 14 de diciembre de 2003, hizo que la Conferencia Intergubernamental abierta en Roma el día 4 de octubre no consiguiera su principal objetivo: la aprobación del Tratado "Constitucional". La prueba escrita del final dramático de la reunión del día 13 quedó plasmada en la Declaración final que zanjó dicha CIG. La brevedad del texto se corresponde con el fracaso sin precedentes de la citada cumbre en la cual los Jefes de Estado y de Gobierno de los veinticinco Estados miembros no lograron ponerse de acuerdo sobre el reparto de poder en la futura UE. Dice así la Declaración final:

*"El Consejo de Europa toma nota de que no ha sido posible para la Conferencia Intergubernamental lograr un acuerdo global sobre el Tratado Consti-*

1 Cfr. MANGAS MARTÍN, A. "Reflotar Europa tras hundir la nave constitucional". Diario EL MUNDO, de fecha 25 de junio de 2007.

*tucional en este momento. Se le pide a la presidencia irlandesa que, sobre la base de consultas, haga una valoración de las perspectivas de progreso e informe al Consejo Europeo en marzo".*

Así las cosas, Europa que es camino y no posada, continúa su andadura en los últimos tiempos con serias dificultades; los Estados, señores de los Tratados, siguen ejerciendo sobre ellos su dominio y ello ha hecho que los objetivos del nuevo Tratado para que la Unión Europea del siglo XXI afronte los retos que se le han planteado, no pudieran conseguirse hasta la cumbre de junio de 2004. Las causas del fracaso, debido a las múltiples desconfianzas acumuladas durante años, son más preocupantes que los efectos, puesto que el Tratado de Niza de 2001, en vigor desde febrero de 2002, va a regir el sistema institucional hasta el 2009; luego desde el punto de vista práctico poco importaba que el nuevo Tratado se aprobara en el 2003 o en el 2004. La crisis era consecuencia de que la desconfianza mutua acumulada durante años había colmado el vaso y se manifestaba la necesaria, pero no bien preparada, ampliación y, la existencia de una superpotencia solitaria hizo que algunos países fundadores de la UE pretendieran dirigir la elaboración del Tratado "Constitucional"<sup>2</sup>.

España y Polonia fueron los Estados miembros señalados como causantes del fracaso de la cumbre de Bruselas por ejercer una defensa numantina del reparto de votos en el Consejo, tal y como había sido establecido en el Tratado de Niza. Según este Tratado el reparto de poder beneficia a España y Polonia que disponían de 27 votos en el Consejo, sólo dos menos que los grandes países y con facilidad de formar minorías de bloqueo de 90 votos con algunos aliados. En contraprestación, España perdió un Comisario y redujo de 64 a 50 el número de escaños en la Eurocámara. El problema se planteó en la primavera de 2003, cuando Giscard,

2 Cfr. ALDECOA LUZARRAGA, F.: "Una Europa. Su proceso constituyente, 2000-2003". Editorial Biblioteca Nueva. Madrid, 2003.

Presidente de la Convención, puso sobre el tapete sin discusión previa en el órgano que presidía, la fórmula clave para el nuevo reparto de poder: las decisiones por mayoría cualificada en el Consejo de la Unión Europea serían válidas cuando fueran apoyadas por más de la mitad de los países que representasen al menos a tres quintas partes, el 60% de la población europea. Es la denominada doble mayoría, 50% / 60% que quiere representar a quienes legitiman la Unión Europea: los Estados y los ciudadanos, y que indudablemente beneficia a Alemania, que con sus 82 millones de habitantes duplica el poder en número de votos respecto a lo que obtuvo en Niza. A dicha fórmula se opusieron España y Polonia. Este importante fleco, unido a la discrepancia en el número de Comisarios en la Comisión y al reparto de escaños en la Eurocámara dieron al traste, desafortunadamente, con la cumbre de Bruselas cuando el eje franco-alemán levantó la sesión del 13 de diciembre de 2003 en Bruselas<sup>3</sup>.

El fracaso fue lamentado, entre otros, por el Parlamento Europeo, que en una resolución aprobada en Estrasburgo, alertó del riesgo de que dicho fracaso, en parte abonado también por el incumplimiento del Pacto de Estabilidad por Francia y Alemania con sus elevados déficit, abriera la puerta a una "Europa a dos velocidades" e incluso "a la fragmentación de la Unión". A partir de aquí las cosas debían ir más despacio para evitar que esta frustración se repitiera y además por los amplios acontecimientos producidos a lo largo del 2004: el 1 de mayo surgieron diez nuevos Estados miembros de pleno derecho, el 13 de junio los ciudadanos europeos acudimos a las urnas para renovar la Eurocámara sin poder manifestarnos sobre el nuevo Tratado y en otoño se renovó la Comisión... Por todo ello, la norma en cuestión, elaborada durante dieciséis meses (marzo de 2002-julio de 2003)

3 Cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: "El Proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención". Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 5. Madrid, 2003.

fue objeto de discusión a partir de marzo de 2004, una vez que se desbloquearon las negociaciones bajo la presidencia irlandesa, obteniendo el consenso necesario en la cumbre de Bruselas de 17 y 18 de junio de 2004, tras el atentado terrorista de Madrid del 11-M y el triunfo de los socialistas en España en las elecciones del 14-M. El reparto del poder se efectuará conforme a la fórmula 55% / 65% propuesto por la presidencia de turno. Esta fórmula satisface a España porque, además de representar a los Estados y a los ciudadanos, no nos aleja de los resultados conseguidos en Niza; a ello contribuyen una serie de cautelas o sistemas de doble llave que hacen de la fórmula un método farragoso y complicado, pero que ha logrado el consenso de los países pequeños y medianos.

La Constitución Española de 1978 nació con clara vocación europeísta. Buena prueba de ello es la autorruptura constitucional contemplada en el art. 93 que permite ceder, mediante ley orgánica, a instancias supranacionales el ejercicio de competencias derivadas de la propia Constitución. Los debates en sede constituyente ponen de manifiesto que dicho precepto fue introducido para poder entrar a formar parte de las Comunidades Europeas sin necesidad de reformar previamente la Constitución.

Con fundamento en el precitado artículo firmó España, junto con Portugal, el Tratado de Adhesión en 1985 y el día 1 de enero de 1986 comenzamos a ser miembros de pleno derecho de esa organización supranacional. Desde entonces se ha recorrido un largo camino; hemos acompañado a la "Europa Unida" en el Acta Única Europea, en el Tratado de Maastricht (que provocó la única reforma sufrida por la norma suprema española en el art. 13.2), en el Tratado de Amsterdam, en el Tratado de Niza y la seguimos acompañando en la aventura del "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa".

Este último Tratado obedece a la dinámica del proceso abierto, hacia dentro y hacia fuera, que se

estableció para la integración de Europa. Se trata, pues, de un paso más en dicha integración que abre la puerta a la ampliación más numerosa sufrida por la Unión Europea a lo largo de su historia (en 2004 diez nuevos países y otros dos en enero de 2007).

Esta ampliación exigía modificaciones urgentes y necesarias para permitir el funcionamiento de unas instituciones que nacen con una organización supranacional de seis miembros y deben ser adaptadas para una Comunidad que se aproxima a los treinta. Un requisito imprescindible para su consolidación es conseguir un mayor desarrollo e intensificación del proceso de construcción europea en cuanto organización internacional de carácter supranacional<sup>4</sup>.

Los fracasos parciales de las Conferencias de Amsterdam y Niza condujeron a un nuevo período de incertidumbre política. Por ello, la Declaración n° 23, anexa al Tratado de Niza, anunciaba una nueva Conferencia Intergubernamental para el 2004, que al final se adelantó al otoño de 2003. El Consejo Europeo de Laeken, de diciembre de 2001, siguiendo el ejemplo exitoso del Consejo Europeo de Colonia decidió nombrar una *Convención*, con representación de los Parlamentos Nacionales, del Parlamento Europeo, de los Presidentes de los Gobiernos y de la Comisión. También estaban representados los países candidatos a la ampliación y la sociedad civil pudo expresar sus opiniones y hacerlas llegar a la Convención; a este órgano plural, formado por más de un centenar de miembros y en concreto al *Praesidium*, (compuesto por 12 miembros) verdadero núcleo de la Convención y

4 En este sentido se manifiestan MANGAS MARTÍN, A.: "La Unión Europea y su futuro: el debate competencial", en Noticias de la Unión Europea, n° 218, marzo de 2003. También MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: "¿Necesita la Unión Europea una Constitución? Reflexiones en torno a una discusión estéril". Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja, n° 0. Logroño, 1997. Y URREA CORRES, M.: "El dilema de la Convención: la búsqueda de una solución alternativa al modelo clásico de reforma de los Tratados". Revista de Derecho Comunitario Europeo, n° 14. Madrid, 2003.

redactor del primer borrador se le encomendó la primera fase del nuevo Tratado por el cual se debía modificar el recientemente aprobado Tratado de Niza. Tenía la función de redactar un documento normativo, sobre cuyo nombre se ha discutido mucho y que fue el punto de partida para el debate y la discusión de la Conferencia Intergubernamental correspondiente.

*Esta Conferencia Intergubernamental era el ente jurídico con competencia para la aprobación, por unanimidad, del nuevo Tratado, en una segunda fase.* La única *novedad* del procedimiento respecto a los casos anteriores ha consistido en que, convencidos de que se había *agotado el método diplomático, se decidió encomendar los trabajos, previos a la CIG, a un órgano novedoso, llamado Convención que añadió claridad y transparencia a los trabajos previos, pero no legitimidad democrática.* Esta Convención, a pesar de su nombre no es la convención de Filadelfia; tampoco estamos ante *ningún proceso constituyente* y el texto elaborado *no puede ser una Constitución en el sentido que al término le damos los constitucionalistas*<sup>5</sup>.

Se trata, nada más y nada menos, que de reformar el Tratado de Niza, cuyo procedimiento de reforma está previsto en el art. 48 del TUE. Las modificaciones efectuadas deben ser hechas de común acuerdo, aprobadas por unanimidad y ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. El ente competente para aprobar las reformas es la Conferencia de los representantes de los Estados miembros convocada por el Presidente del Consejo. A la luz de lo dicho previamente los dueños y señores de los Tratados siguen siendo los Estados miembros. Pues bien, observamos que en su as-

5 Sobre la utilización del término Constitución en el caso del fallido Tratado de 2004, el reconocido tratadista español P. CRUZ VILLALÓN opina que se trataría de un modelo de "Constitución inédita". Al respecto, consúltese su trabajo: "La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa". Editorial Trotta. Madrid, 2004.

pecto formal este proceso se desarrolla de la misma forma en que se realizaron las reformas previas en el seno de la Unión Europea. Pero, sucede que, desde una perspectiva material en este Tratado se ha plasmado "la dimensión constitucional" que el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha atribuido al proceso de integración en una conocida jurisprudencia y que ha sido aceptada sin reticencias por un buen sector de la doctrina. Este hecho planteó en el seno de la academia una polémica recurrente acerca de la corrección de llamar "Constitución" a la norma suprema de la Unión Europea; existen serios peligros (ya fracasaron los proyectos Spinelli y Hermann, en la década de los ochenta y noventa, para elaborar una Constitución Europea) en la utilización de este término dadas las peculiaridades propias de la Unión Europea en cuanto organización internacional de carácter supranacional, que nos pueden inducir a utilizar el nombre de "Constitución" en vano<sup>6</sup>.

Por lo anteriormente expuesto la Convención se vio obligada a dar un alambicado nombre al nuevo texto: "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa". En este título confluyen dos términos distintos: con la denominación de Tratado se alude al aspecto formal de la norma y con la denominación de Constitución se pretende dar cobertura a su contenido material y a satisfacer a un amplio sector de la doctrina. Ahora bien, el propio paralelismo de las formas impide entender que de *la reforma de un Tratado Internacional, efectuada conforme al procedimiento establecido en el Tratado que se reforma, podamos obtener una Constitución normativa.*

6 En este punto seguimos las opiniones desarrolladas por RUIPÉREZ ALAMILLO, J. en su monografía: "La 'Constitución Europea' y la teoría del poder constituyente". Editorial Biblioteca Nueva. Madrid, 2000. También GARCÍA GESTOSO, N.: "El problema de la soberanía en la Unión Europea". Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense. Universidad de Vigo. Vigo, 2002.

### III) EL TRATADO CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO

Desde la óptica y los postulados del Derecho Constitucional se puede demostrar que la naturaleza jurídica de la norma en cuestión, su significado y alcance impiden entender que nos hallamos ante un proyecto de norma jurídica que reúne las características propias de las Constituciones surgidas del moderno constitucionalismo que nace con las Revoluciones Francesa y Norteamericana de finales del siglo XVIII. A partir de este momento histórico el objetivo de toda Constitución (en cuanto la forma última de organización del poder político) es crear las instituciones para controlar y limitar el poder político. Con ello se pretende liberar a los gobernados del poder absoluto de sus gobernantes y asignarles una cuota de participación en el proceso del poder político; esto queda recogido con claridad meridiana en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Según lo establecido en esta norma para poder hablar de Constitución es necesario el principio de división de poderes y el reconocimiento y la garantía de los derechos de los ciudadanos. Así pues, por Constitución en sentido estricto sólo podemos entender aquella que se identifique con el concepto racional normativo. Todas ellas deben obedecer a un sustrato teórico común: la confrontación entre los supuestos ideológicos del pensamiento político democrático, de tal manera que recogen el principio democrático (la teoría democrática del poder constituyente), el principio liberal (defensa de la libertad individual a través de la división de poderes y de las declaraciones de derechos), y el principio de la supremacía de la Constitución (sujeción de los gobernantes a la norma suprema y concordancia del derecho ordinario con dicha norma)<sup>7</sup>.

7 Cfr. el desarrollo amplio de estas ideas en el trabajo de VEGA GARCÍA, P.: "Constitución y Democracia". En la obra colectiva "La Constitución de la Monarquía Parlamentaria".

La Constitución basada en los principios antes enunciados es la norma suprema de un Estado. Éste es una formación política basada en tres elementos indispensables: pueblo, territorio y poder. El *pueblo*, quizás el más importante de esos elementos integrados no es una masa amorfa de individuos sino la colectividad organizada de los nacionales, que se halla constituida en una unidad indivisible; es el elemento por excelencia del Estado, porque éste se identifica con el pueblo. Además el Estado necesita poseer un territorio propio de forma imprescindible, estableciéndose entre el Estado y su territorio una relación de "imperium" o soberanía territorial. También el poder o potestad pública es un elemento básico que se ejerce sobre los individuos que forman parte de ese grupo nacional y que se encarga de tomar las decisiones necesarias para los intereses nacionales<sup>8</sup>.

Dados los elementos previos podemos definir al Estado como: "una comunidad de hombres fijada sobre un territorio propio y que posee una organización de la que resulta para el grupo, considerado en sus relaciones con sus miembros, una potestad superior de acción, de mando y de coerción". Esta definición no es aplicable a la actual Unión Europea porque ésta no es un Estado, ni un súper-Estado, ni una superposición de Estados. Fue creada por el Tratado de Maastricht de 1992 y se trata de un concepto político y no jurídico porque hasta la fecha ha carecido de personalidad jurídica. Por ello, hasta el día de hoy, las relaciones entre el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Comunitario se realizan en el marco establecido en los Tratados originarios de las Comunidades Europeas y en particular en el Tratado CE. De lo que no cabe duda

es de que la Unión Europea es una organización internacional con peculiaridades propias: creada por el TUE, con instituciones de la CE que le sirven de soporte y con competencias específicas en ciertos ámbitos que le permiten adoptar actos jurídicos propios (política exterior, seguridad común, cooperación policial y judicial,...)<sup>9</sup>.

Esta organización internacional que obedece a una asociación voluntaria de Estados, con base convencional, ha originado un proceso ingente de cambios en los Estados Constitucionales que participan en el fenómeno integrador europeo. Frente a las clásicas relaciones interestatales, basadas en el respeto del principio de soberanía estatal, surgen otras relaciones distintas en el seno de la Unión que se fundamentan en *el traspaso de competencias desde los Estados miembros a las instituciones comunes que acarrearán una merma de la soberanía estatal*. Este ente supranacional, con capacidad de crear normas que inciden en la esfera jurídica de los nacionales de todos los Estados participantes, se nutre de la soberanía de los Estados que lo conforman y camina hacia la obtención de un grado de estatalidad que va en detrimento de los Estados miembros que cada vez son menos soberanos. *Esta organización internacional que no es un Estado ni puede serlo porque no tiene un pueblo propio* (no hay un pueblo europeo, sólo pueblos de los Estados europeos) se va formando gracias a la transferencia del ejercicio, que no de la titularidad, de atribuciones de los Estados que la conforman y causa una relativización del concepto de soberanía así como problemas de legitimidad democrática de las instituciones y serias dificultades a la hora del establecimiento de los correspondientes contro-

LÓPEZ PINA, A. (editor). FCE. Madrid, 1983.

8 La teoría del pueblo como elemento esencial del Estado moderno ha sido desarrollada por los constitucionalistas de todo el occidente democrático. Podemos citar, a título de ejemplo, a CARRE DE MALBERG, R.: "Teoría general del Estado". Fondo de Cultura Económica. México, 1948. FRIEDRICH, C.J.: "Gobierno Constitucional y Democracia". Madrid, 1975. FERRERO, G.: "El poder. Los genios invisibles de la ciudad". Traducción de Eloy García, 2ª edición. Madrid, 1998.

9 Cfr. MANGAS MARTÍN, A.: "Reflexiones en torno al proceso de constitucionalización de la integración europea". En MARIÑO FERNÁNDEZ, F. (editor): "El derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canoso". Ed. Trotta. Madrid, 2003. Y CEBADA ROMERO, A.: "La naturaleza jurídica de la Unión Europea: una contribución al debate sobre su personalidad jurídica a la luz de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa". Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 14. Madrid, 2003.

les. Porque *son las Constituciones nacionales las que sostienen la existencia de la Unión Europea en base al poder constituyente del pueblo de cada uno de los Estados que participan en la integración, no podemos permitir una quiebra ilimitada del principio de soberanía sin poner en peligro el principio democrático de la soberanía popular*.<sup>10</sup>

#### IV) EL PROCEDIMIENTO NOVEDOSO ESTABLECIDO PARA REFORMAR EL TRATADO DE NIZA

El Tratado de la UE fue adoptado en Maastricht en 1992 y modificado por el Tratado de Amsterdam de 1997 y por el de Niza de 2001. Gracias a estas normas se han producido cambios relevantes en los Tratados constitutivos, sobre todo en el Tratado de la CEE. Del Tratado de la Unión Europea se deduce una nueva estructura del sistema de los Tratados hasta entonces vigente, porque este Tratado "envuelve" a los Tratados constitutivos de las Comunidades sobre los que se asienta, se trata de un "Tratado de Tratados". La numeración de sus artículos con letras fue eliminada en la reforma de Amsterdam que vuelve a la numeración clásica del sistema de números arábigos en el articulado.

La Unión Europea que actualmente tenemos se funda sobre las tres Comunidades existentes y los ámbitos en los que hay cooperación intergubernamental: la PESC y la cooperación judicial y policial entre los Estados miembros. Ambas políticas conducen a los objetivos de la Unión pero no utilizan instrumentos de integración sino de *cooperación intergubernamental*, por lo que permanecen al margen del sistema jurídico propio de las Comu-

10 Estas ideas son desarrolladas con amplitud y rotundidad por muchos constitucionalistas españoles. Entre ellos destacan PÉREZ CALVO, A.: "Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa Comunitaria". REP nº 99. Madrid, 1998. GARCÍA GESTOSO, N.: "Algunas cuestiones sobre la soberanía en el proceso de integración europea". R.D.P. nº 53, UNED. Madrid, 2003. También GARCÍA HERRERA, M.A.: "El constitucionalismo en la crisis del Estado social". Universidad del País Vasco. Bilbao, 1997.

nidades, aunque participen del sistema institucional<sup>11</sup>.

Por lo antes expuesto es necesario dejar claro que la UE no posee de forma clara personalidad jurídica internacional: es un ideal político, que tiene una entidad política, pero cuya realidad política y jurídica; económica y social se sustenta en las realizaciones conseguidas a través de las Comunidades Europeas que son lo único tangible de la actual Unión Europea; se trata de una idea de síntesis del proceso de integración progresiva de pueblos y de Estados. Lo que no se discute es su *vocación federal internacional* a pesar de que se dude y discuta en torno a su personalidad jurídica internacional; problema éste que quedó sin resolver en las CIG de 1996 y de 2000 donde de forma expresa se rechazó la posibilidad de dotar expresamente a la UE de personalidad jurídica. Así pues, la Unión Europea como ente político es el todo; las Comunidades Europeas y las formas de Cooperación intergubernamental (PESC y la cooperación judicial y policial) son los pilares sobre los que se sustenta el proceso en su conjunto, sólo que ahora se le cambia la denominación por el nombre de "Unión Europea". Teniendo en cuenta la indefinición jurídica y política del momento presente ante la UE vigente hemos de constatar que el proceso de construcción europea, en cuanto inacabado, sigue abierto<sup>12</sup>.

La Declaración nº 23 anexa al Tratado de Niza organizó un debate, que no ha terminado todavía, sobre el futuro de la Unión Europea y las conclusiones del Consejo Europeo de Laeken (diciembre de 2001) acerca del horizonte final de este proceso. En dicha Declaración se sientan las bases para la *reforma del modelo de la Unión* y su transformación en otro modelo que responda a las necesidades derivadas de la ampliación y de la sociedad

11 Cfr. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: "Instituciones y Derecho de la Unión Europea". Tecnos. Madrid, 2004.

12 Consúltese al respecto la obra de ALDECOA LUZARRAGA, F.: "Una Europa. Su proceso constituyente, 2000-2003". Ed. Biblioteca Nueva. Madrid, 2003.



internacional de la globalización. En esta fase la democracia vuelve a ser la condición estructural predominante porque se pretende acercar Europa al ciudadano, hacerla más transparente, más legítima y más comprensible. Lo novedoso en la reforma para conseguir esos objetivos (el procedimiento está fijado en el art. 48 del TUE) se halla en que la *fase de preparación* de la reforma se encomienda a un nuevo órgano que recibe el nombre de *Convención Europea*, órgano que en opinión de algún sector de la doctrina ha sido portador de forma implícita de "un mandato constituyente".

El antecedente directo de este proceso de cambio y modificación se encuentra en el discurso de J. Fischer, en la Universidad Humboldt de Berlín, en mayo de 2000. Apelaba el ministro verde a la recuperación del espíritu de la Declaración Schuman de 1950 que intentaba construir una Federación Europea y que sería beneficioso en la reflexión sobre el futuro y la finalidad de Europa antes de la ampliación. En esos momentos de bajo ánimo porque no se habían podido consensuar las reformas necesarias en las dos últimas CIG, el discurso de Fischer obligó a los líderes europeos a manifestarse dialécticamente a favor de fórmulas intergubernamentales o de ideas federalistas. Lo novedoso es que casi todos, sin estar de acuerdo en su alcance y significado, se pronunciaron a favor de fórmulas federales; sí hubo consenso en que ante el desgaste del método intergubernamental, el método federal para la integración europea podía ser una garantía de eficacia<sup>13</sup>.

Pero, aunque nos cueste admitirlo y a pesar de que la UE adquiere naturaleza política y se aleja cada vez más del modelo de organización internacional originario, se sigue manteniendo el método de reforma propio de una organización interna-

13 Cfr. sobre este tema Louis, J.V.: "La Convención ¿un camino hacia el éxito?". Eurobask, nº 7. Mayo 2003. BARNIER y VITTORINO: "Agencia Europea", nº 8454 de 3 de mayo de 2003. MANGAS MARTÍN, A.: "La Constitución Europea". Iustel, Biblioteca Jurídica Básica. Madrid, 2005.

cional clásica (el método diplomático, mediante una conferencia intergubernamental). Por ello se insiste tanto en el *déficit democrático* por la falta de transparencia y control de la negociación. Este hecho le hace al Parlamento Europeo considerar agotado el método diplomático de reforma y pedir que en las próximas modificaciones de los tratados el procedimiento sea distinto. La debilidad y escasa eficacia del método diplomático se apreció con claridad meridiana en la CIG de 2000 que convivió en el tiempo con la Convención que redactó la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Destacó la eficacia y la transparencia de este segundo método de trabajo que será el adoptado por la Declaración nº 23 anexa al Tratado de Niza para debatir de cara a la siguiente reforma.

Así las cosas, nos encontramos con la siguiente aporía: *jurídicamente, al estar vigente el art. 48 del TUE es la CIG quien tiene la facultad de aprobar la reforma de los tratados, pero, políticamente la Convención era el ente que estaba en la mente de los políticos, académicos, Estados miembros... como el más adecuado para efectuar las modificaciones indispensables*. Como la Convención no podía sustituir a la CIG se adoptó un procedimiento en dos tiempos: primero será la Convención Europea la encargada del estudio y la elaboración de las propuestas que elevará a la CIG; y en un segundo momento le corresponderá a ésta pronunciarse con carácter definitivo sobre las propuestas de reforma efectuadas por la Convención; la naturaleza híbrida de la Convención Europea (parlamentaria e intergubernamental) produjo un documento sobre el que se ha discutido mucho: formalmente sigue siendo un tratado con un contenido especial que le permite ser calificado como "constitucional" y que responde al modelo de la integración europea, el *federalismo intergubernamental*.

Por todo ello, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa asumió desde el principio un carácter híbrido pues, en opinión de la mejor doctrina comunitarista, seguía siendo un tratado internacional a suscribir por las partes con-

tratantes, pero que en cuyo contenido material se apreciaba el deseo de que funcionase como una "Constitución para los ciudadanos de la Europa Unida"<sup>14</sup>.

## V) LA AUSENCIA DE UN PODER CONSTITUYENTE EUROPEO. LOS ESTADOS SEÑORES DE LOS TRATADOS.

A pesar de las apuestas doctrinales de algunos constitucionalistas y de los elementos constitucionales que los comunitaristas encuentran en el Derecho originario de la UE, hemos de sostener que en la Europa Unida todavía no se cumplen en su plenitud los principios que inspiran el moderno constitucionalismo: el principio democrático, el principio liberal y el principio de supremacía de la Constitución A finales del siglo XVIII y gracias al proceso de desacralización del Estado; surge la creencia de que al ser éste una obra humana, es al pueblo a quien le corresponde establecer sus modos y formas de organización. El principio democrático surge unido de forma inescindible al principio de soberanía popular que se erige en elemento nuclear de la nueva forma de organización política, el Estado; el documento de gobierno ha de ser expresión de la voluntad soberana de un pueblo que es el único sujeto legitimado para decidir la forma en que desea ser gobernado. Esto se realiza a lo largo de un proceso constituyente o de elaboración de una Constitución en el cual se verifican tres momentos diferenciados que ya en 1717 fueron teóricamente formulados por el reverendo J Wise<sup>15</sup>: declaración de derechos, pacto social y acto constitucional. Si el reconocimiento de una esfera de libertad absoluta se concreta en

14 Cfr. al respecto MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: "El proyecto de Constitución Europea: Reflexiones sobre los trabajos de la Convención". Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 15. Madrid, 2003.

15 Cfr. WISE, J.: "A vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; The Light of Nature; Holy Scripture; Its Noble Nature; and from the Dignity divine Provident has put upon it". Boston, 1772. (1ª Edición, 1717).

las Declaraciones de Derechos, la garantía de los mismos sólo se consigue cuando, una vez aprobada la Constitución, el Estado se organiza en base al principio de división de poderes. El pacto social se realiza de manera conjunta con el acto constitucional en el momento en que las Declaraciones de Derechos, que son previas, se incorporan en calidad de parte dogmática a los Textos Constitucionales. Este momento es esencial para determinar quién es el soberano pues, una vez que los individuos a través de su adhesión al pacto social consienten en formar el Estado culminan un proceso en el cual cada individuo cede su parte de soberanía a favor de una entidad nueva que los engloba: el Pueblo que queda como único titular de la soberanía en el Estado y el único capaz de establecer y sancionar la Constitución.

La concreción de ese pacto social no sólo tiene lugar en el momento de fundar o crear un Estado nuevo, sino que también puede darse en el marco de los Estados ya creados cuando se produzcan situaciones revolucionarias. Por lo antes expuesto *constatamos que el poder constituyente es un poder político existencial que brota de forma espontánea de la Comunidad que decide darse una Constitución y cuya actuación no puede quedar constreñida por los límites estrechos de unos derechos que encuentran en él su fuente última, ni tampoco por un ordenamiento jurídico anterior a su propio nacimiento*<sup>16</sup>.

Porque esto es así el principio democrático es el elemento central de cualquier edificio constitucional y de su cumplimiento depende la existencia de una "Constitución Europea" en su sentido técnico, moderno y actual. Si tomamos como guión el trazado por Wise en 1717 comprobaremos que aún no se han verificado los distintos momentos del proceso constituyente en la Unión Europea. Sostenemos pues, que la concepción liberal del

16 Cfr. KRIELE, M.: "Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático". Depalma. Buenos Aires, 1980.

mundo entiende que el punto de arranque para la creación de una comunidad política era el reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta en la que el Estado sólo entraría para asegurar a los burgueses el pleno disfrute de sus derechos, los cuales además de ser reconocidos deberían estar identificados y proclamados en un documento escrito, solemne y formal. A este fin obedecieron la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 o el *Virginia Bill of Rights* de 1776. Esos documentos se convirtieron en la base y fundamento de la actuación del Poder constituyente que se vería limitado por los márgenes trazados en esas Declaraciones de Derechos. Hasta la fecha, en la UE no se ha producido el momento de la libertad, porque no se ha llevado a cabo la redacción y aprobación de un documento que responda a la filosofía de las Declaraciones citadas

Aunque existen algunos documentos jurídicos relativos a derechos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, la Carta Social Europea de 1961, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. Y, actualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y que hacía parte del Tratado "Constitucional" (parte II). Todos estos textos gozan del valor que les corresponde a las Declaraciones Internacionales de Derechos (art. 10.2 de la CE) que actúan como elementos para la interpretación de las normas constitucionales declarativas de derechos pero que por sí mismas carecen del valor de norma jurídica vinculante y directamente aplicable<sup>17</sup>.

El segundo momento del proceso constituyente es el pacto social que tampoco se ha cumplido hasta el momento presente en la Unión Europea. El

17 Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, Á.: "La protección de los Derechos Fundamentales en el marco de la Unión Europea". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña. Nº 5. La Coruña, 2005.

*européismo se ha venido concretando en el deseo de establecer una unidad jurídica política y económica entre los Estados miembros pero, conservando su individualidad como unidades de decisión y acción política.* El problema se plantea de cara al futuro si analizamos el Tratado "Constitucional"; según esta norma en dicho proyecto el sujeto constituyente es doble (los Estados por un lado y los ciudadanos por otro) y del pacto de ambos surge la "Constitución" –art. 1). En esta afirmación hay algo que carece de fundamento; la Convención y dentro de ella el Praesidium redactaron por encargo del Consejo Europeo de Laeken un proyecto de Constitución antes del nacimiento del poder constituyente, al que además se identifica. El intento de someter al futuro constituyente europeo que por definición habría de presentarse como un poder total, absoluto, soberano e ilimitado no sólo en el contenido de su voluntad sino también en la forma de su ejercicio choca con la naturaleza de "res facti, non iuris" que define al Poder Constituyente y que, a la postre, se traduce en la imposibilidad de que éste se encuentre circunscrito por las decisiones de unos órganos previos a él y en base a un ordenamiento jurídico anterior a su propio nacimiento.

A la vista del Tratado "Constitucional" nos hemos preguntado si existe ya o va a surgir un único pueblo europeo que se convierte en titular de la soberanía. La respuesta no puede ser positiva, porque la Convención que ha redactado dicho proyecto no es la de Filadelfia; de ella sólo ha tomado el nombre. Pues bien, cuando en Filadelfia los representantes de los distintos pueblos acordaron crear una única comunidad lo que hicieron fue renunciar a su individualidad como pueblos diferenciados para integrarse en una unidad política superior y única; el Pueblo de los EE.UU. de América. Los padres fundadores actuando en nombre de esa nueva colectividad elaboraron y discutieron la Constitución de Filadelfia que posteriormente fue sancionada y establecida por el propio pueblo de los Estados Unidos, en cuanto titular de la soberanía.

Comparando ese proceso con el actual observamos que en Europa no se ha verificado el pacto social y tampoco es evidente la voluntad de que vaya a producirse en un futuro inmediato, porque *los distintos pueblos estatales no desean renunciar a su individualidad y trasladar su soberanía a una nueva entidad política: el pueblo europeo.* Buena prueba de ello es el fracaso de la cumbre de Bruselas de diciembre de 2003 donde a través de la actuación de los Jefes de Estado y de Gobierno se hizo patente el deseo de seguir manteniendo una identidad diferenciada en el marco de una "Europa unida en la diversidad" que seguirá teniendo una naturaleza internacional insoslayable<sup>18</sup>.

De esta forma ante la inexistencia de un pueblo europeo, la autoridad superior llamada a elaborar, discutir y aprobar el nuevo documento de gobierno de la Unión Europea son todos y cada uno de los Estados que la integran. Pero esa autoridad superior no es un poder constituyente porque éste sólo puede nacer cuando, como consecuencia del pacto social, surge una nueva colectividad, el Pueblo como ente unitario, que se sabe soberano y que es el único legitimado para decidir el modo y la forma en que va a ser gobernado. El Tratado "Constitucional" debe ser entendido como un Tratado Internacional en la línea de los Tratados Fundacionales.

## VI) EL PRINCIPIO LIBERAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS DE LA DEMOCRACIA

Si el principio democrático condiciona la construcción del edificio constitucional, el principio liberal se presenta como el sistema de garantías que condicionan la idea de democracia. Los dos grandes supuestos de la concepción liberal del mundo, el *principio de la división de poderes* y el *reconoci-*

18 Cfr. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: "La constitucionalización de la Unión Europea". Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 16. Madrid, 2003. También Díez-PICAZO JIMÉNEZ, L.M.: "Tratados y Constitución", en "Constitucionalismo de la Unión Europea". Cuadernos Civitas. Madrid, 2002.

*miento de los derechos y libertades del individuo,* suponen los cimientos de toda la construcción constitucional, (art. 16 de la DDHC de la Revolución Francesa). Así pues, si no podemos definir la Constitución sin mencionar la división de poderes tampoco se puede abordar el tema de los derechos fundamentales sin tomar en consideración la posición que cada uno de los poderes del Estado ocupa en relación con los mismos. E incluso no pueden ser objeto de análisis los regímenes políticos sin tener en cuenta que son varios los poderes que tienen que ser combinados para que un régimen político democrático funcione o sea operativo. Esto se origina porque en el Estado Constitucional la soberanía estatal excluye toda competencia en el ejercicio del poder, y como el poder único puede convertirse en instrumento de opresión, es preciso el principio de la división de poderes para mantener la libertad conseguida.

Si trasladamos este esquema al caso de la Unión Europea observamos que el principio de la división de poderes deja mucho que desear, porque el sustrato del funcionamiento de esta organización supranacional es el principio de colaboración de funciones<sup>19</sup>. De aquí el reiterado y manido "déficit democrático" de que se le acusa, aunque el poder aparece repartido entre distintas instituciones; el problema se presenta porque hasta el Tratado de Maastricht el efecto dominante estaba en que se gobernaba de espaldas a los ciudadanos de la Europa unida; o sea, que aunque las Comunidades no "han sido democráticas" el poder está y estaba dividido y ningún órgano ha logrado monopolizarlo, pero, esa dispersión del poder no se ha hecho conforme a los postulados del principio liberal. Cualitativamente hablando no se puede establecer una comparación entre la división de poderes de las Constituciones democráticas y la cooperación y participación de varias instituciones en una misma función o competencia de las Comunida-

19 Cfr. QUERMONNE, J.L.: "L'Union européenne entre 'gouvernance' et 'gouvernement' ou quelle Constitution pour une Fédération d'États-nations?". Revue de Droit Public, 1-2. 2002.

des Europeas. Las funciones de decisión y control están separadas pero no lo están las instituciones que las realizan, ya que en dicha organización internacional varias instituciones pueden concurrir en una misma función y además las denominaciones de las instituciones no se corresponden con las funciones estatales. *El sistema institucional comunitario es muy complejo y original debido al proceso continuamente abierto que integra no sólo a los Estados que siguen siendo soberanos, sino también a los pueblos de esos Estados*<sup>20</sup>.

El proceso inacabado sigue abierto y una vez consolidada la unidad económica y en parte jurídica, se ha comenzado la fase de unidad política; la Europa Unida se nos presenta como una organización de Estados cuya verdadera naturaleza jurídica no es fácil determinar porque, si bien es cierto que se organiza conforme a la técnica del federalismo, hoy por hoy no responde de manera exacta ni al concepto clásico de Estado Federal ni al de la Confederación de Estados aunque tenga rasgos de ambos (en lo que a la modificación de sus normas se refiere y a la eficacia de las normas jurídicas emanadas de los órganos centrales de la Unión de cara a los ciudadanos aparece como una realidad intermedia y equidistante de la Confederación y del Estado Federal)<sup>21</sup>.

Por lo que respecta a las *competencias que posee la Comunidad son habilitaciones específicas para hacer algo concreto y aunque los fines de esta organización internacional sean muy extensos no dispone de todos los poderes necesarios para lograr sus objetivos*. Luego, las competencias comu-

20 Cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: "El federalismo supranacional: ¿Un nuevo modelo para la Unión Europea?". Consejo Vasco del Movimiento Federal Europeo. Vitoria, 2003. LÓPEZ PINA, A.: "Europa, un proyecto irrenunciable". DyKinson S.A. Madrid, 2004.

21 Cfr. LA PÉRGOLA, A.: "Los nuevos senderos del federalismo". Madrid, 1994. También RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: "¿La Constitución en crisis? El Estado constitucional, democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático". R.E.P., nº 120.- Madrid, 2003.

nitarias (de las que goza gracias a los supuestos de quebrantamiento constitucional que las Constituciones de los Estados miembros prevén –como el art. 93 de la CE–) son específicas, limitadas y expresas. Carece de competencias propias y originarias y la forma híbrida de la Comunidad Europea impide el efecto mimético de los Estados Federales. La Unión Europea que engloba a las Comunidades Europeas actualmente es un ente político atípico que no tiene en el horizonte sustituir a los Estados soberanos que se han asociado para hacerla nacer a la vida jurídica.

Además del postulado de la división de poderes el liberalismo democrático considera imprescindible el reconocimiento de los derechos y libertades del individuo en toda construcción constitucional. Esos derechos fundamentales debían ser reconocidos y garantizados en la Constitución, sobre todo frente a los poderes públicos. De esta suerte, de la concepción de la democracia como simple ejercicio del poder por el pueblo se pasa al entendimiento de la democracia como garantía de la libertad. Sucede, en cambio, que *los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas no contienen ni un catálogo global de derechos ni un específico sistema de garantías*. Se debió al momento histórico fundacional y a dos cuestiones de relevancia especial: la perspectiva económica de los Tratados y el fracaso político de la Comunidad Europea de Defensa (1952) y de la Comunidad Política Europea (1953). El silencio de los Tratados fue deliberado porque los autores de los Tratados optaron por dejar a los sistemas jurídicos nacionales la protección necesaria a los ciudadanos contra las intrusiones ilegales de la Comunidad en la esfera de dichos derechos<sup>22</sup>. Incluso un catálogo de derechos reconocido de forma expresa en aquel momento hubiera obligado a plantear el tema espinoso de la primacía del Derecho Comunitario que tampoco está previsto en

22 Cfr. RODRÍGUEZ DÍAZ, A.: "Integración europea y derechos fundamentales". Editorial Civitas. Madrid, 2001. También PI Y LLORENS, M.: "Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario". Ariel Derecho. Barcelona, 1999.

los Tratados. Es decir, que si los actos de las instituciones comunitarias aparecieran como actos de un legislador que debiera observar un catálogo de derechos, con todas las connotaciones constitucionales que ello conlleva, el problema de las relaciones Derecho Comunitario–Derecho Interno hubiera salido a la luz pública con mucha más fuerza desde el principio. El tema fue planteado posteriormente en términos de contraste entre la protección que expresamente se fija en las Constituciones Estatales y el silencio de los Tratados. Por ello el TJCE se vio obligado a construir una protección de los derechos a partir de las reclamaciones de los particulares que alegaban su derecho constitucional para intentar invalidar determinados actos de derecho comunitario.

Fue la práctica del Tribunal de Justicia, que de una fase inhibicionista pasó a otra proteccionista de derechos, la que estableció que los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el TJCE. La década de los años sesenta, al consolidar los principios de autonomía, eficacia directa y primacía del ordenamiento comunitario, hizo afrontar con mayor rapidez el problema de la protección de los derechos a partir de la Sentencia Stauder. La metodología utilizada para integrar dicha afirmación en el Derecho Comunitario consiste en recurrir a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, sobre todo el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>23</sup>.

La legitimación general es necesaria pero no suficiente para la utilización de reglas externas al ordenamiento comunitario a la hora de proteger los

23 Cfr. SALINAS DE FRÍAS, A.: "La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea". Ed. Comares. Granada, 2000. SAIZ ARNAIZ, A.: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales. ¿Qué hay de nuevo?". Cuadernos de Derecho Público, nº 12. 2001.

derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión y la base legal que permite al TJCE la utilización de unos principios generales no escritos la encontramos en el art. 6.2 del TUE (antiguo F.2) que dice: "*La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes en los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario*".

La referencia al CEDH tiene únicamente un valor de guía para el TJCE que tiene un elevado margen de maniobra. Al existir un catálogo codificado las pautas que el Tribunal de Luxemburgo sigue son mas claras que en el caso de las tradiciones constitucionales comunes. La referencia al CEDH ha sido y es un factor clave para la identificación de los derechos fundamentales pero al no formar parte del Derecho Comunitario, el TJCE puede realizar una configuración propia de los derechos reconocidos en el mismo sin estar obligado a seguir en detalle la interpretación que al respecto hayan realizado los órganos de Estrasburgo. La inexistencia de un catálogo de derechos y de las correspondientes garantías específicas obliga a concluir que actualmente en el seno de la Unión Europea el reconocimiento por parte del TJCE se hace mediante los recursos previstos en los Tratados para garantizar, en general, el respeto del Derecho Comunitario, especialmente el recurso de anulación cuyo acceso a los particulares es muy restringido, y también con la cuestión prejudicial del art. 234 del TUE.

Las cosas no cambiaron con el Tratado de Amsterdam de 1997 que al reformar el Tratado de Maastricht aportó muy pocas novedades en materia de Derechos Fundamentales. Fue el acuerdo del Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999 el que tomó la decisión de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales que pusiera de manifiesto entre los ciudadanos de la Unión, de forma clara y visible, sus derechos fundamentales vigentes,



su significado y alcance, en cuanto exigencia de la actual evolución de la Unión Europea. Ahora bien, la Carta de Derechos de la Unión Europea no se inserta en un proceso constituyente que se haya abierto en la UE. No obstante, es un paso adelante en el proceso político de construcción de la Europa Unida porque supera la mera visión economicista de esta organización internacional y mira hacia la Unión y los ciudadanos de los Estados que la integran como una entidad política fundada en valores comunes, en la que el respeto y la protección de los derechos fundamentales la persona y los principios de la paz, la democracia y el Estado de Derecho constituyen sus pilares básicos<sup>24</sup>.

El procedimiento de elaboración de la Carta fue fijado en el Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 y como cuestión novedosa se encomendó dicha tarea a un órgano, autodenominado Convención, amplio y heterogéneo que utilizó un método de trabajo complejo a caballo entre el procedimiento "intergubernamental" y el procedimiento "parlamentario" tratando de encontrar, mediante el consenso, soluciones de compromiso. El punto débil del proceso fue el problema espinoso de la naturaleza jurídica de la Carta que había quedado abierto en el Consejo Europeo de Colonia. Este documento, que consta de un Preámbulo y 54 artículos, muestra los derechos sin destruir la Unión, pero no crea ninguna competencia ni objetivos nuevos para la Comunidad y para la Unión, ni modifica las competencias y los objetivos definidos por los tratados<sup>25</sup>.

24 Cfr. RODRÍGUEZ BEREJO, A.: "La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea". Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. 2000. También RUBIO LLORENTE, F.: "Una Carta de dudosa utilidad"; en MATIA PORTILLA, F.J.: "La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea". Ed. Civitas. 2002.

25 Cfr. RUBIO LLORENTE, F.: "Una Carta de dudosa utilidad", op. cit. FIGUERUELO BURRIEZA, Á.: "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la función de los operadores públicos". Revista Letras Jurídicas. I.I.J. de la Universidad de Veracruz. México.

Finalizados los trabajos de la Convención el Proyecto de Carta fue sometido a la consideración de los Jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre de Biarritz, en octubre de 2000. Su contenido no fue cuestionado pero los 15 Estados miembros se dividieron en torno al problema de su obligatoriedad. Por ello, en la Cumbre de Niza, al margen del Consejo Europeo, el 7 de diciembre de 2000, los Presidentes del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión, proclamaron conjuntamente al CDFUE. Y a esto quedó reducida: Se trata de un texto político, como lo fue la DDHC de 1789, sin valor jurídico, de momento. Dicho valor, que la doctrina reclama, se hubiera conseguido con una revisión del art. 6.2 del TUE añadiendo una referencia a la Carta como expresión máxima de los derechos que la UE se compromete a respetar. *No hubo consenso y al reducirse ésta a una declaración política programática mantenemos que en la UE del Tratado de Niza, vigente, el momento de la libertad desde la Teoría Democrática del Poder Constituyente, aún no se ha producido*<sup>26</sup>.

Fue el Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001 el que designó otra Convención encargada de dar respuestas de naturaleza constitucional a las cuestiones más relevantes sobre el futuro de la UE. Así, de cara a la C.I.G. que se abrió en Roma en otoño de 2003, entre otras cuestiones, esa segunda Convención tenía como objetivo nº 4 la adopción de un texto constitucional que debía incorporar, después de solucionar el tema de su naturaleza jurídica, la carta de los Derechos Fundamentales de la UE. El fracaso de la Cumbre de Bruselas de los días 12 y 13 de diciembre de 2003 hizo que las cosas siguieran como estaban. Se le quiere conceder un alcance "reconocedor" de los derechos preexistentes, atribuyéndoles un plusvalor que le viene dado por su propia estructura y conformación.

26 PÉREZ VERA, E.: "El Tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos", RIE, nº 2. 1993. De la misma autora "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en AA.VV.: "Los Derechos Humanos". Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luís Portero García. Universidad de Granada, 2001.

Los derechos se clarificaban y su conocimiento es más fácil. Sirvió para preparar el camino al Tratado Constitucional y aunque no se eliminó el déficit democrático de la UE al menos se tiende a disminuirlo porque las autoridades comunitarias, al proclamar la carta y luego introducirla en la Parte II del precitado Tratado, limitaban sus poderes reconociendo que están vinculadas a la misma<sup>27</sup>.

## VII) EL TRATADO CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El constitucionalismo significa básicamente un sistema de garantías frente a las posibles arbitrariedades del poder público, con lo que se pretende el sometimiento del gobernante a la ley. La redacción de las primeras constituciones clásicas conlleva el concepto de ley suprema que obliga por igual a gobernantes y gobernados y origina un fenómeno sin precedentes con importantes consecuencias jurídicas y políticas<sup>28</sup>.

La consideración de la Constitución como ley suprema de un ordenamiento jurídico significa que se encuentra por encima de las leyes ordinarias que deben obedecer sus postulados para no adolecer de vicios de inconstitucionalidad. Políticamente hablando al estar el gobernante también obligado a respetar lo establecido en la Constitución, ésta se convierte en la máxima expresión de la autoridad del Estado y en obligado centro de referencia, lo cual significa la coronación histórica del principio democrático de la soberanía popular, del derecho, de la ley o de la Constitución. De este modo las legitimidades políticas toman una dimensión jurídica, determinando que gran número de los problemas que la democracia presen-

27 Cfr. PACE, A.: "¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?. Notas preliminares"; en "Teoría y Realidad Constitucional", nº 6. UNED. Madrid, 2000

28 Cfr. SCHMITT, K.: "Teoría de la Constitución". Alianza Universidad. Madrid, 1992. También en su obra "La defensa de la Constitución". Ed. Tecnos. Madrid, 1983.

ta deban ser planteados y resueltos en términos constitucionales. Pues bien, para evitar que los principios del moderno constitucionalismo democrático se incumplan en la práctica (Constituciones nominales o semánticas) es imprescindible que en los textos constitucionales se establezcan medios o instrumentos de garantía. Los principales medios de protección de la Constitución como norma suprema son actualmente la *justicia constitucional* y el *procedimiento de reforma*. Si la primera garantiza el carácter de súper-ley, en sentido material, de la Constitución, la segunda lo hace en sentido formal. De ambos procedimientos se obtiene el concepto de Constitución como "norma normarum" o "lex superior"<sup>29</sup>.

Las modernas Constituciones, donde se conforman estados sociales y democráticos de derecho, encomiendan su defensa y garantía a órganos especializados que, en cuanto continuadores de la función del poder constituyente soberano, tienen encomendada la tarea de ser los supremos intérpretes de las Constituciones. En el caso español ese órgano es el Tribunal Constitucional regulado en el Título IX de la CE y en su Ley Orgánica de 1979. Dicho órgano constitucional, a través de las competencias que le han sido atribuidas, defiende los principios en que se basa el moderno constitucionalismo<sup>30</sup>.

También el procedimiento de reforma (Título X de la CE) más agravado y difícil en el supuesto de modificar la Constitución que el que se requiere

29 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Civitas. Madrid, 1981. KELSEN, A.: "Esencia y valor de la democracia". Guadarrama. Barcelona, 1977. RUBIO LLORENTE, F.: "El constitucionalismo de los Estados integrados en Europa"; en RUBIO y DARANAS: "Constituciones de los Estados de la Unión Europea". Barcelona, 1997.

30 Cfr. PÉREZ TREMPES, P.: "Constitución Española y Comunidad Europea". Madrid, 1994. Del mismo autor, "Justicia comunitaria, justicia constitucional y Tribunales ordinarios frente al Derecho Comunitario"; en REDC nº 13. Madrid, 1985. Y "La Constitución Española antes y después de Niza". Cuadernos de Derecho Público, nº 13. 2001.



para modificar las leyes ordinarias, políticamente hablando, permite diferenciar el poder legislativo ordinario (poder constituido y limitado) del poder constituyente soberano y del poder de reforma (poder constituyente constituido) en relación al principio democrático de la soberanía popular. Y el órgano que decide si las interpretaciones constitucionales y sus formas son correctas es el supremo guardián de la Constitución. La justicia constitucional es la coronación del edificio constitucional en la actualidad<sup>31</sup>.

Si trasladamos este esquema al ámbito de la UE apreciamos que el Derecho Constitucional no ha perdido su carácter basilar para la política del Estado en sus distintas manifestaciones: internas, internacionales y comunitarias. Y, en este sentido prácticamente todos los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros niegan a la Comunidad la capacidad de dictar resoluciones o adoptar actos que atenten contra las bases de sus ordenamientos constitucionales. *Hasta el momento presente la UE es fruto del desarrollo reciente de los órdenes constitucionales de los Estados cuya identidad no se ha puesto en duda.* Y, debemos tener en cuenta que el sistema comunitario no se ha concebido como el sistema tradicional de una Constitución normativa, pero tampoco lo ha sido como una organización internacional tradicional. El carácter "sui generis" de la organización supranacional hace difícil su definición. Aunque ha sido el Tribunal de Luxemburgo el órgano que comenzó a dar la denominación de "Constitución" a los Tratados Constitutivos puede resultar muy peligroso extrapolar dicho concepto porque *en el espacio europeo el término no se puede utilizar como lo entendemos en el espacio del Estado-Nación, principalmente porque la UE no es un Estado y porque el sistema*

31 Cfr. PÉREZ ROYO, J.: "Curso de Derecho Constitucional". Ed. Pons. Madrid, 2007. JIMÉNEZ CAMPO, J.: "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución". Revista de Derecho Político nº 7. Madrid, 1980. DE VEGA GARCÍA, P.: "La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente". Ed. Tecnos. Madrid, 1985.

*de la Comunidad no es todavía autónomo de los sistemas constitucionales de los Estados miembros.* Son los principios constitucionales de estos los que marcan el nacimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Todo este contexto jurídico nos lleva al campo de los controles que es el tema principal del postulado de la supremacía constitucional. En el marco de la UE, los Tratados constitutivos (derecho originario) ejercen la función de ley fundamental de la Comunidad y recogen de forma particular los mecanismos tradicionales de control constitucional: respeto a la ley en el ejercicio del poder que está dividido en varias instituciones y existencia de controles suficientes para garantizar el respeto mutuo. También el que los derechos de los individuos frente a los órganos del poder público estén garantizados y protegidos<sup>32</sup>.

Ahora bien, los mecanismos de control existentes no pueden, por sus peculiaridades, ser equiparados a los existentes en el marco del constitucionalismo democrático; los mismos se han convertido en "mecanismos autónomos" de control gracias a la actuación del Tribunal de Luxemburgo, pues no encontramos en ellos ningún paralelismo con la definición del orden comunitario establecido normativamente. Es decir, si entendemos que el derecho comunitario es autónomo cuando es constitucional, echamos en falta un instrumento jurídico que materialice esta afirmación. Hasta el momento presente la vertebración del control sobre la normativa comunitaria se articula en torno a los mecanismos existentes en los Estados miembros y al Tribunal de Justicia de la Comunidad que se configura como el único y máximo intérprete del Derecho Comunitario<sup>33</sup>.

32 Cfr. ALONSO GARCÍA, R.: "El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea". Cuadernos de Derecho Público, nº 13. 2001. Y CARRERAS SERRA, F.: "Análisis del proyecto de Constitución Europea". RFDUC, nº 18. Madrid, 1994.

33 Cfr. HÄBERLE, P.: "Retos actuales del Estado Constitucional". IVAP. Oñate, 1996. HABERMAS, J.: "¿Por qué Europa necesita una Constitución?". New Left Review, nº 11. 2001.

Se echa en falta un mecanismo que asegure que el Tribunal de Luxemburgo en sus actuaciones no vulnera ningún principio fundamental. Se dejaron a un lado las propuestas surgidas en la primera fase de la Convención a favor de crear un Tribunal Constitucional que fuese competente para dilucidar las controversias en torno al principio de subsidiariedad y al reparto de competencias. De este modo el art. I-29 del Tratado "Constitucional" seguía otorgando al Tribunal de Justicia su función tradicional como garante del respeto del derecho en la interpretación y aplicación de la "Constitución". Este precepto obedece a la realidad de que el derecho de la UE es el producto del diálogo entre los actores de una amplia comunidad jurídica europea en la cual la opinión de alguno de esos actores puede ser opuesta a la del Tribunal de Justicia. Cabe preguntarse ¿debe estar este ordenamiento jurídico sujeto a una organización jerárquica que garantice al Tribunal de Luxemburgo o a los Tribunales nacionales el papel de autoridad última a la hora de resolver los conflictos jurídicos en el seno de la Comunidad jurídica europea? Aquí radica el problema de la soberanía jurídica en la Europa unida. Aparentemente el derecho comunitario asumía la autoridad última frente al derecho estatal (art. I-6 del Tratado Constitucional). Este fenómeno se asociaba a la necesidad de encajar el derecho europeo con la estructura jerárquica clásica de los ordenamientos jurídicos que, por otro lado es atacada por la forma en que se lleva a cabo la integración europea. Pero, en realidad, tanto el derecho nacional como el derecho europeo asumen en su lógica interna el papel de derecho superior. Según el Tribunal de Justicia de la Unión, el derecho comunitario primario será el "derecho superior" de la Unión, criterio de la validez de resoluciones y normas secundarias, así como de todas las normas y resoluciones nacionales incluidas en su ámbito. El Tribunal Supremo de este ordenamiento es el Tribunal de Luxemburgo. En cambio, los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, los ordenamientos jurídicos y las Constituciones que defienden sostienen que el Derecho Comunitario debe su primacía a la recepción operada por una

norma nacional superior, la Constitución, y donde radica el poder último de adjudicación jurídica es en los Tribunales Constitucionales nacionales<sup>34</sup>.

Por todo ello, la cuestión de "quién decide quién decide" tiene respuestas distintas desde la óptica europea o nacional y cuando se contempla desde fuera de ambos ámbitos obliga a entender que se trata de un ordenamiento jurídico que no se fundamenta en estructuras jerárquicas y en una idea de la soberanía como única e indivisible. Se trataría de la idea rompedora y desafiante de las soberanías en competencia que ha tenido sus defensores entre la doctrina y apoyo jurisprudencial suficiente en diversas sentencias de los Tribunales Constitucionales<sup>35</sup>.

Por lo que se refiere al tema de la Reforma Constitucional, en cuanto técnica que garantiza el carácter de súper-ley en sentido formal de la "norma normarum" hemos de resaltar que en el caso de la Unión Europea dicho procedimiento se conforma de acuerdo a los cánones de la Convención sobre el Derecho de los Tratados o Convención de Viena de 1969, donde en su art. 1 se dice que es de aplicación a los Tratados entre Estados y donde en los arts. 39 y ss. se establecen los procedimientos de enmienda y modificación<sup>36</sup>.

Para el supuesto concreto de la UE el art. 48 del Tratado de la Unión Europea es la norma vigente, redactada con un carácter muy rígido. La iniciativa

34 Cfr. CHALMERS, D.: "Judicial Preferences and the Community Legal Order". 60 MLR, 1997. 164-180.

35 Cfr. POIARES MADURO, M.: "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea". R.E.P. nº 119. Madrid, 2003.

36 Cfr. para el significado, funciones y límites del tema de la reforma constitucional en general es ya un clásico la monografía de P. DE VEGA GARCÍA: "La reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente". Tecnos. Temas Clave. Madrid, 1985. Para el tema de la reforma de los Tratados Internacionales en general y de la reforma de los mismos en la UE debe consultarse la obra de MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: "Instituciones y Derecho de la Unión Europea". Ed. Tecnos. Madrid, 2004.

la tienen el Gobierno de cualquier Estado miembro o la Comisión que deben presentar el Tratado al Consejo. Éste, consultado el Parlamento Europeo, emitirá un dictamen para que siga el procedimiento su curso normal y a través de su Presidente convocará una Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros para que de común acuerdo aprueben las modificaciones que deben ser ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad a lo establecido en sus normas constitucionales. Una novedad relevante que introducía el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa es que ampliaba la iniciativa al Parlamento Europeo y seguía negando la misma a los ciudadanos. Se elevaba a rango normativo la existencia de la Convención y se establecía su composición, como instrumento de trabajo en la fase previa a la Conferencia Intergubernamental.

Una novedad que aportaba el Tratado Constitucional, reiteradamente solicitada por la doctrina, es un procedimiento para la retirada voluntaria de la Unión por parte de un Estado miembro. Esto se fija en el art. I-60 del Proyecto de norma en cuestión. Esa decisión debe ser comunicada al Consejo Europeo y será negociada conforme al procedimiento previsto en el artículo III-325, apartado 2°. Se concluye en nombre de la Unión por el Consejo y deberá ser aprobada por el Parlamento Europeo. El Consejo Europeo debe tomar esa decisión por mayoría cualificada de sus miembros que representen, al menos, el 72% de los Estados y el 65% de la población. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo su adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el art. I-58.

De cara a futuras reformas el Tratado Constitucional preveía otra novedad relevante: si cuatro quintas partes –no la unanimidad– de los Estados habían ratificado en el plazo de dos años el Tratado, y algún país no lograba hacerlo, el Consejo Europeo decidía qué era lo que correspondía hacer, exami-

nando previamente la cuestión (art. IV-443.4)<sup>37</sup>.

### VIII) UN NUEVO IMPULSO: EL TRATADO DE REFORMA O TRATADO DE LISBOA.

El “déficit democrático” del que se acusa reiteradamente a la Unión Europea ha terminado pasando factura a causa de la respuesta negativa al Tratado Constitucional en la consulta popular efectuada en Francia y en Holanda los días 30 de mayo y 1 de junio de 2005. Los líderes de los Estados miembros soberanos estaban acostumbrados a avanzar en la construcción europea a espaldas de la ciudadanía y las negativas rotundas de los pueblos francés y holandés dejaron a sus gobernantes sumidos en el estupor<sup>38</sup>.

La Europa “unida en la diversidad” entró en una crisis de reflexión activa para intentar superar la situación de rebelión de los ciudadanos y hallar el necesario punto de encuentro de los Estados para configurar el modelo de la Europa que se quiere y se necesita. De esta manera el texto de la inédita “Constitución Europea” quedó congelado por tiempo indefinido. El segundo semestre de 2005 la Presidencia de turno de la Unión Europea le correspondió a Inglaterra y terminó con un éxito relativo al aprobar unas perspectivas financieras para el periodo 2007-2013, consensuadas por los veinticinco Estados miembros, pero que fueron consideradas insuficientes por el Parlamento Europeo.

La situación de “impasse” se prolongó a lo largo del año 2006, cuyo primer semestre detentó Austria la presidencia de turno. En ese año la institución más activa en pro de avanzar en la concreción

37 Cfr. al respecto MANGAS MARTÍN, A.: *“La Constitución Europea”*. Iustel, Biblioteca Jurídica Básica. Madrid, 2005.

38 Cfr. en este sentido el artículo de opinión publicado en el Diario EL PAÍS, con fecha 18 de octubre de 2007 y firmado por Jacques DELORS y Etienne DAVIGNON: *“Europa debe empezar de nuevo”*. Los autores del texto fueron, respectivamente, Presidente y Vicepresidente de la Comisión Europea.

del Tratado Constitucional fue el Parlamento Europeo, que aprobó una resolución señalando que el periodo de reflexión sería positivo si el proceso iba acompañado de una serie de medidas que inspirasen confianza a la opinión pública. En ese debate debían participar los Parlamentos nacionales. Se aceptó la idea de que el texto del Tratado Constitucional no tenía posibilidades de prosperar y que debía ser modificado; se apostaba por redactar algunos protocolos y anexos para encontrar las soluciones correspondientes a los problemas planteados (durante el proceso de ratificación del Tratado Constitucional) en Francia y Alemania. Se aconsejaba que el periodo de reflexión culminase en el primer semestre de 2007, coincidiendo con la presidencia alemana, para que pudiese entrar en vigor el Tratado Constitucional en el año 2009<sup>39</sup>.

En el mes de marzo de 2007, bajo presidencia alemana, se firmó la Declaración de Berlín para celebrar los cincuenta años de los Tratados de Roma. En ella se rinde tributo a los avances en la integración y a ciertos logros alcanzados a lo largo de esos años; debía constituir un elemento de reflexión para conocer el grado de satisfacción existente sobre el nivel de integración conseguido hasta el momento presente y sobre cómo los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea ven el futuro de la integración europea.

Es cierto que ésta ha ido avanzando gracias a la superación de periodos de crisis agudas y de euroescepticismo, pero el problema en marzo de 2007 no sólo era desbloquear el Tratado Constitucional sino analizar si el modelo por etapas pensado por los padres fundadores de las Comunidades Europeas es capaz de asegurar que los avances en la integración económica nos van a conducir algún día a la unión política federal<sup>40</sup>. Pero, en la Declaración

39 Una reflexión ampliamente desarrollada sobre este tema puede verse en la ADDENDA que incluimos en nuestro trabajo *“Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo”*. Editorial DyKinson S.A. Madrid, 2006. Págs. 220 y ss.

40 Un extenso estudio sobre los contenidos de la Declara-

de Berlín los vetos de algunos países sobre cuestiones clave como la moneda única (euro) o Schengen impidieron hacer referencia a los éxitos integradores porque no todos los Estados miembros estaban en ellos. De este modo quedaba aparcado también cualquier proyecto de unión política federal porque se insiste en el texto aprobado en el respeto de la identidad de los Estados miembros y de la diversidad de sus tradiciones. Se hicieron votos para preservar la experiencia de la unidad en la diversidad para las generaciones futuras, y para poder seguir adaptando la estructura política de Europa a la evolución de los tiempos. Además, se renovaron los fundamentos comunes hasta las elecciones al Parlamento Europeo en 2009<sup>41</sup>.

Así las cosas, la Declaración de Berlín fue la prueba evidente de la reticencia expresada por algunos de los 27 actuales miembros de la Unión Europea a continuar cediendo soberanía a las instituciones europeas en la línea neofuncionalista hasta ahora seguida. Ante el fracaso evidente del Tratado Constitucional de 2004 sólo quedaba salvar del mismo los contenidos que se consideraban más útiles para adaptar el funcionamiento de esta organización supranacional a los retos del siglo XXI. De este modo la Presidencia alemana comenzó una serie de contactos con los representantes de los veintisiete Estados miembros que dieron como fruto, de cara al Consejo Europeo de junio de 2007, un proyecto de Mandato para la Conferencia Intergubernamental que debía redactar un nuevo Tratado antes del mes de diciembre de 2007<sup>42</sup>.

ción de Berlín y su significado y alcance a los cincuenta años de la firma del Tratado de Roma puede consultarse en GRANELL TRIAS, F.: *“La Declaración de Berlín a los cincuenta años de los Tratados de Roma”*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 26. Madrid, 2007. Págs. 47 y ss.

41 Cfr. al respecto MANGAS MARTÍN, A.: *“Reflotar Europa tras hundir la nave constitucional”*, en su artículo de opinión publicado en el Diario EL MUNDO, con fecha 25 de junio de 2007.

42 Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D.; SARTORIUS, N.; CARNERO, C.: *“Los europeos nos movemos”*. Artículo de opinión publicado en el Diario EL PAÍS, con fecha de 23 de julio de 2007. los autores

El Mandato ponía fin a la denominación de Constitución porque el Tratado Constitucional aparentaba lo que no era, ya que *su contenido material era muy parecido al de los Tratados vigentes y el procedimiento de reforma en un sentido político y jurídico seguía efectuándose de acuerdo a lo establecido en los procedimientos de Derecho Internacional*. El protagonismo le corresponde a los Estados soberanos y a través de éstos a su ciudadanía.

En el citado Mandato desaparecía la retórica constitucionalista, el nombre de Ministro de Asuntos Exteriores, la referencia a los símbolos (como himno, bandera y lema...). El nuevo Tratado sería redactado al modo tradicional, por la correspondiente Conferencia Intergubernamental y de espaldas a la ciudadanía; debería ser más breve y simple que el fallido de 2004 y recogería los avances en materia de eficacia y democracia conseguidos hasta el momento presente. El nonato Tratado Constitucional había sido aceptado por 18 Estados miembros y éstos exigían acoger los aspectos sustantivos que habían motivado su respuesta positiva<sup>43</sup>.

El éxito del futuro Tratado de Reforma dependía del equilibrio que debería conseguirse entre ceder a las pretensiones de los Estados del no y a las exigencias de los Estados del sí. Era necesario rescatar la sustancia y los equilibrios logrados en el Tratado de 2004. La Presidencia alemana, antes de dar paso a la Presidencia portuguesa, logró un consenso de mínimos de cara a la redacción del nuevo Tratado: la personalidad única de la Unión Europea que se fusionaba con la Comunidad Europea y la eliminación de la estructura de pilares que permitirá de forma integrada la gestión de las fronteras. Se aceptaba la arquitectura institucional, la delimitación de competencias, la retirada de un Estado miembro, el sistema de revisión de las com-

analizan el Mandato recibido por la correspondiente Conferencia Intergubernamental que bajo Presidencia Portuguesa debía redactar el Tratado de Reforma.

43 Véase a los efectos la opinión de MANGAS MARTÍN, A.: "Reflotar Europa tras hundir..."; op. cit.

petencias, una Presidencia del Consejo Europeo fuerte, el rescate de un buen número de materias en las que se redujo la unanimidad, el sistema de la doble mayoría para la toma de decisiones en el Consejo, el mecanismo de alerta temprana y la fuerza vinculante de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

La Conferencia Intergubernamental correspondiente comenzó los trabajos a finales del mes de julio de 2007 para redactar el Tratado de Reforma con base en el pacto sobre su contenido alcanzado en Bruselas por los veintisiete en el mes de junio. Las únicas objeciones procedieron de la delegación polaca acerca del "mecanismo de Ionnantina" y de esta delegación y la inglesa sobre la obligatoriedad de aplicar la Carta de Derechos Fundamentales. Portugal dio forma al mandato del Consejo Europeo con un borrador extenso en el que se incluían artículos, enmiendas, protocolos y declaraciones. La intención modificadora de forma clara se fija en la reforma profunda y estructural de los Tratados de la Unión Europea<sup>44</sup>.

La Conferencia Intergubernamental de Jefes de Estado o de Gobierno, reunida en Lisboa el 18 de octubre de 2007, aprobó definitivamente el Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Su ratificación se llevó a cabo en Lisboa el día 13 de diciembre de 2007. Fueron duras las negociaciones con Polonia e Italia y hubo que aceptar parcialmente las condiciones que estos países exigían para firmar el texto. Italia consiguió un eurodiputado más y Polonia obtuvo garantías adicionales para el ejercicio de su capacidad de bloqueo. Con ello se puso fin a seis años de parálisis y disputas

44 Cfr. el artículo de opinión de SERBETO, Enrique: "Los líderes europeos cierran en falso la crisis institucional con un Tratado de mínimos", publicado en el Diario ABC, con fecha de 20 de octubre de 2007.

institucionales en el seno de la Unión Europea y todos los Estados miembros han prometido la ratificación inmediata del mismo, conforme a sus normas internas, lo antes posible a fin de su entrada en vigor el 1 de enero del año 2009. Se establecen ratificaciones por la fácil vía parlamentaria para evitar el peligro de los referenda y sus fracasos como sucedió en 2005 en Francia y Alemania. Sólo Irlanda está preceptivamente obligada a convocar a sus ciudadanos a las urnas. La revisión, más técnica que política, añade una mayor complejidad al sistema de la Unión y con la vuelta a la forma tradicional de los Tratados busca, sin duda, una ratificación sin sobresaltos<sup>45</sup>.

En la poda sufrida por el Tratado Constitucional desaparece del articulado toda referencia a los símbolos de la Unión (bandera, himno, moneda y divisa) pero, los símbolos no desaparecen porque siguen siendo los mismos que adoptara el Consejo Europeo de Milán de 1985 aunque no se declaren. La eliminación de los mismos del texto constitucional ha provocado reacciones inversas a la intención perseguida pues el Parlamento Europeo va a reformar su Reglamento para dar mayor protagonismo a la bandera y al himno en su funcionamiento. Y, en España la Ley de Banderas recoge la obligatoriedad de que la bandera de la Unión ondee junto a la nacional y las autonómicas. Ha desaparecido la denominación de ley, ley-marco con claras connotaciones estatales y se ha vuelto al tradicional sistema de fuentes cuyos instrumentos jurídicos son: reglamentos, directivos y decisiones. También se ha despreciado la oportunidad de un Tratado único que sustituye a los demás y se ha vuelto al clásico modelo de Tratados superpuestos. Incluso se ha conseguido que la Unión Europea tenga personalidad jurídica única. Uno de los puntos fuertes rescatados del Tratado Constitucional es el de la Presidencia estable de la Unión. El Presidente

45 Al respecto es conveniente conocer la opinión del Ministro de Asuntos Exteriores español M.A. MORATINOS, expresada en la entrevista publicada en el Diario EL PAÍS, con fecha 23 de julio de 2007: "El Tratado de la UE es un avance".

será elegido por un periodo de dos años y medio y podrá ser renovado por una sola vez. Como ha sucedido hasta el presente, cada seis meses y de forma rotatoria un Estado miembro ostentará la Presidencia para los Consejos sectoriales. En política exterior no habrá "un ministro de Asuntos Exteriores de la UE". Ante la oposición británica a dicha denominación se acordó que hubiera un "Alto Representante de la UE para Asuntos Exteriores y la Política de Seguridad". Tendrá a sus órdenes el servicio de acción exterior y será, a la vez, Vicepresidente de la Comisión.

Tras la Reforma de los Tratados se establece un nuevo sistema para el cálculo de la mayoría calificada en la toma de decisiones: el sistema de doble mayoría implica que una votación prospera si votan a favor el 55% de países que representen al menos el 65% de la población. Sin embargo, para satisfacer las exigencias de Polonia su entrada en funcionamiento se aplazará, como mínimo, hasta noviembre de 2014. Desaparece el veto en 40 ámbitos de acción como asilo, inmigración y cooperación policial y judicial que se decidirán por mayoría calificada. Y se crea un nuevo mecanismo automático de colaboración reforzada en la cooperación policial y judicial en materia penal<sup>46</sup>.

La Comisión Europea ve reducido su tamaño. Hasta ahora los veintisiete tienen reconocido un representante en esta institución que representa los intereses comunitarios. A partir de 2014 los componentes de la Comisión no superarán en número a los dos tercios de los Estados miembros. El Parlamento Europeo con 750 europarlamentarios —más el Presidente que no computa para cumplir con las exigencias italianas— aumenta el poder de co-decisión o colegislación plena junto con el Consejo

46 Sobre los comentarios al contenido del Tratado de Reforma es útil el resumen que efectúa ALDECOA LUZARRAGA, F.: "Regreso al futuro: el Tratado de Reforma", publicado en el Diario EL PAÍS, con fecha de 19 de octubre de 2007. También, con la misma fecha, el artículo de AYLLÓN, LUÍS: "Así funcionará la Unión a partir de 2009", publicado en el Diario ABC.



de Ministros. Los Parlamentos nacionales siguen manteniendo tras la reforma el mayor papel adquirido en el Tratado Constitucional y se reconoce también la iniciativa legislativa popular por la que un millón de ciudadanos puede pedir a la Comisión que proponga una medida legislativa.

El tema de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno se había recogido en el articulado del Tratado Constitucional. Este principio, creado por el Tribunal de Luxemburgo se aplica en la práctica de forma pacífica pero al elevarlo a rango normativo "constitucional" dio lugar a muchos problemas jurídicos. En España, incluso, se planteó un recurso, previo a la firma del Tratado, al Tribunal Constitucional. Desaparece ahora del Tratado de Reforma en el marco de su articulado pero se salva con una Declaración. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE ocupaba la Parte II del Tratado Constitucional<sup>47</sup>. Ahora no figura en el nuevo documento pero sí se incluye una referencia a su carácter vinculante en el reformado Artículo 6, que le reconoce el mismo valor jurídico que los Tratados. También está prevista la Adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo contenido, así como las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros forman parte del derecho de la Unión como principios generales. El Reino Unido de la Gran Bretaña y Polonia lograron aclaraciones y restricciones a la hora de aplicar la Carta en sus respectivos territorios.

Se sigue manteniendo la fórmula que recogiera el Tratado Constitucional para la posible retirada de la Unión de un Estado miembro, que lo hará de acuerdo a sus normas constitucionales y al pro-

47 Un trabajo actualizado sobre el papel de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, el valor actual de la Carta y el significado y alcance de la Agencia de los Derechos Fundamentales, que comenzó sus actividades el 1 de marzo de 2007, debe consultarse en el trabajo de PI LLORENS, M.: "La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿Avance u oportunidad perdida?". Revista de Derecho Comunitario, nº 27. Madrid, 2007. Págs. 575 y ss.

cedimiento fijado en el artículo 35 del Tratado de Reforma.

Se modificó el procedimiento para la Adhesión de un Estado a la UE en el artículo 34 y se redactó un artículo 33 que sustituyó al artículo 48 del Tratado de la UE en lo referente a la reforma de los Tratados. Se ha previsto un procedimiento de revisión ordinario y otro simplificado. Se vuelve al sistema clásico que implica en el procedimiento de iniciativa al Parlamento Europeo, a la Comisión o a los Gobiernos de los Estados miembros. El Consejo Europeo recibe dichos Proyectos de reforma del Consejo que también los notifica a los parlamentos Nacionales. La decisión favorable a la propuesta de revisión la toma el Consejo Europeo por mayoría simple. Una vez tomada entra en juego la Convención compuesta por representantes de los Parlamentos Nacionales, de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión. Este órgano novedoso que trae su causa en la redacción de la Carta de Derechos y en el Tratado Constitucional, examinará los proyectos y por consenso *redactará una recomendación dirigida a una Conferencia Intergubernamental* que será el órgano legitimado para aprobar de común acuerdo las modificaciones que deban introducirse en los Tratados<sup>48</sup>.

En el procedimiento simplificado se mantiene el derecho de iniciativa como en el caso anterior pero no entran en juego ni la CIG ni la Convención. El Consejo Europeo podrá adoptar la decisión que afecte a la totalidad o parte de la tercera parte del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad una vez consultados el Parlamento Europeo, la Comisión, el Banco Central Europeo. La entra-

48 Acerca del procedimiento de reforma de los Tratados en la Unión Europea de acuerdo al procedimiento fijado en el Derecho Internacional y de la novedad del método de la Convención en la redacción de la Carta y del Tratado Constitucional, puede verse FIGUERUELO BURRIEZA, Á.: "Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo"; op. cit. Págs. 129 y ss.

da en vigor de las reformas se efectuará cuando haya sido aprobada por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

#### CODA

Ante el fracaso de la "Constitución Europea" y el consenso logrado para el Tratado de Reforma o Tratado de Lisboa, los más optimistas opinan que la nueva norma comunitaria significa un avance y los relativamente pesimistas manifiestan que se cierra en falso la crisis institucional con un Tratado de mínimos.

Los ciudadanos europeos no tenemos todavía una Constitución y hay que seguir trabajando mucho para conseguir ese objetivo. El valor jurídico vinculante de la Carta de Derechos es un logro a tener en cuenta y la configuración de los poderes de la Unión (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) con carácter independiente y con amplias competencias les permiten hacerse visibles en la escena internacional. Aunque el avance es notable la unidad política queda aún muy lejos. Pero hay que resaltar una vez más que las reformas se han hecho de espaldas a los ciudadanos<sup>49</sup>. Los Estados, señores de los Tratados, a través de sus representantes actúan de una forma propia del despotismo ilustrado. No tienen interés por el pueblo y en consecuencia, el pueblo se desinteresa. Los ciudadanos siempre han salido perdiendo en el proceso europeo, permanentemente abierto, pues aparecen no como sujetos titulares sino como simples beneficiarios; por ello queda suprimida la legitimidad de los ciudadanos. En cambio destacan los Parlamentos nacionales utilizados para actuar a favor de los Estados.

En Lisboa se ha firmado una norma internacional que no deja de ser una versión "Light" de la fallida

49 Véanse las opiniones al respecto de BARDAJÍ, R.L.: "La Europa antidemocrática". Diario ABC, 19 de octubre de 2007. También MISSE, Andreu: "Habitantes frente a ciudadanos en la Unión Europea". Diario EL PAÍS, 14 de octubre de 2007.

Constitución Europea y que prolonga el Tratado de Niza. Se trata de otro arcano más susceptible de comprensión únicamente por expertos e iniciados. Cuando entre en vigor, si lo ratifican todos los Estados miembros —conforme a sus normas internas— Europa podrá funcionar mejor. Pero, en pro de la eficacia y de la eficiencia en la Unión Europea, España gana posiciones en el Parlamento Europeo donde pasará a tener 54 escaños pero los pierde en el Consejo y en la Comisión respecto a la situación que ahora tenemos y que fue pactada en el Tratado de Niza. Se ha buscado y parece que se ha logrado el interés de los países firmantes y no se ha tenido en cuenta "el interés europeo". En la práctica pocas cosas cambian de las ahora existentes; se ha tratado una vez más de ejercer el tan conocido tartufismo europeo.

Al desaparecer el término Constitución del texto, ningún país (salvo Irlanda por mandato constitucional) piensa en consultar a sus ciudadanos sobre los contenidos de la nueva norma. Pensamos que al menos Luxemburgo y España que lo hicieron previamente debían repetir la consulta popular; el miedo al fracaso les hace obviar la opinión ciudadana<sup>50</sup>.

En conclusión: no hay un pueblo europeo, se tienen en cuenta los habitantes frente a los ciudadanos a la hora del reparto del poder, y por ello estamos muy lejos de que se pueda hablar de un poder constituyente soberano en la Unión Europea, que apruebe una Constitución y establezca su procedimiento de reforma. La Europa política deberá seguir construyéndose haciendo camino al andar.

50 Cfr. El artículo de opinión de Santiago PETSCHEN: "Los ciudadanos europeos y el 'establishment' político". Publicado en el Diario El País, con fecha 31 de julio de 2007.