

Documento de Trabajo

Working Paper

**Soluciones al actual *impasse* constitucional en la
Unión Europea:
la opción del *Tratado reducido***

José Martín y Pérez de Nanclares

16/06/2007
(Traducido del español)

Soluciones al actual *impasse* constitucional en la Unión Europea: la opción del *Tratado reducido*

José Martín y Pérez de Nanclares

I. ASPECTOS GENERALES: LA BÚSQUEDA DE UNA SALIDA DEL ACTUAL LABERINTO CONSTITUCIONAL

Transcurridos casi dos años desde los referendos en Francia (29 de mayo de 2005) y en los Países Bajos (1 de junio de 2005), la Unión Europea (UE) continúa inmersa en un estado de confusión. Podríamos seguir elucubrando acerca de si existe o no una auténtica crisis¹. Sin embargo, por desgracia, ya no hay tiempo para la reflexión y ha llegado la hora de enfrentarse cara a cara al tema de la constitución. En los próximos meses tendremos que intentar encontrar una salida del *laberinto constitucional* en el que estamos actualmente inmersos (véase Araceli Mangas: *El rescate del Tratado Constitucional: qué y cómo se puede salvar*, ARI 17/2007).

En este sentido, la Declaración de Berlín del 25 de marzo de 2007, que señaló el 50 aniversario de los Tratados de Roma, fue realmente la primera ocasión que tuvimos para tomar la temperatura al *paciente europeo*. Y, sin embargo, en esta importante Declaración no se hizo referencia específica al Tratado Constitucional (TC). Lo único que contiene es una declaración en el último párrafo en la que señala que 50 años después de la firma del Tratado de Roma, estamos “unidos en el empeño de dotar a la UE de fundamentos comunes renovados de aquí a las elecciones al Parlamento Europeo de 2009”. Dicho esto, a pesar de que no menciona expresamente al TC, está claro que el esfuerzo de aportar a la Unión unos “fundamentos comunes renovados” se refiere a la necesidad de encontrar una solución al actual *impasse* constitucional, dejando abierta la cuestión de *la manera* en que se conseguirá este propósito. De hecho, las posturas que han tomado los diferentes Estados miembros siguen siendo profundamente diferentes, y la posibilidad de que las negociaciones sobre el nuevo Tratado tengan como base el Tratado de Niza y no el TC, no es nada desdeñable. Sin embargo, lo que sí establece la Declaración es el *cuándo* –la solución escogida deberá estar en marcha antes de las elecciones al Parlamento Europeo en junio de 2009–. Está claro que este compromiso repercutirá en la agenda y, probablemente, también en el grado de ambición presente en el contenido del nuevo Tratado.

II. POSIBILIDADES Y OPCIONES DE CONTENIDO DEL NUEVO TRATADO: UN INTENTO DE CONSEGUIR LA CUADRATURA DEL CÍRCULO

1. Posibilidades para el Nuevo Tratado: Breve Conferencia Intergubernamental con un claro mandato y su ratificación antes de junio de 2009

Si, como parecería más que razonable, el objetivo reside en resolver el problema para la fecha en que los ciudadanos europeos acudan a las urnas a escoger los nuevos miembros del Parlamento Europeo, la agenda está bastante clara. La próxima reunión del Consejo Europeo, que se celebrará los días 21 y 22 de junio, tendrá como finalidad la elaboración de un mandato claro y preciso que permita convocar una nueva Conferencia Intergubernamental. Sin duda, esto implicará la celebración de arduas negociaciones en un complicado Consejo Europeo bajo la dirección de una Presidencia que, a través del sistema de “reuniones *sherpa*” (reuniones bilaterales entre la Presidencia y los representantes de los Estados miembros), se ha reservado un claro papel de liderazgo.

¹ Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación más amplio financiado por la Fundación Rafael del Pino y dirigido por el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo CEU y el Instituto Europeo de Florencia

En cualquier caso, este Consejo Europeo tendrá que tomar una decisión final que allane el camino para la celebración de la Conferencia Intergubernamental que deberá comenzar a trabajar a finales de septiembre o, como muy tarde, a principios de octubre. Esta tarea no resultará en absoluto sencilla, ya que las divergentes posturas de los Estados miembros continúan englobando tanto los pareceres de aquellos que quieren un nuevo tratado lo más parecido posible al actual TC, como los de aquellos que desean llevar a cabo negociaciones basadas en el Tratado de Niza y cuyo objetivo reside en acabar con el TC. Además, suponemos que, con independencia del contenido definitivo escogido, también se deseará la aprobación del mismo por parte del Parlamento Europeo.

Dadas estas circunstancias, sólo habrá tiempo para una Conferencia Intergubernamental *extraordinariamente breve*. De hecho, por muy difícil que pueda parecer, la CIG tendrá que haber finalizado su trabajo en diciembre de 2007, de manera que el Consejo Europeo que clausure la Presidencia portuguesa pueda aprobar definitivamente el texto resultante. Después, se requerirán de seis a ocho semanas para que los expertos y lingüistas del Consejo puedan realizar el necesario “pulido” al texto y elaborar el borrador definitivo del acuerdo. Esto significa que, a más tardar, el nuevo Tratado tendrá que estar preparado para su firma a finales de febrero de 2008, para así disponer del tiempo suficiente para su ratificación por parte de todos los Estados miembros antes de junio de 2009. La experiencia anterior demuestra que sería sumamente difícil concluir todo el proceso de ratificación en menos de 16 o 18 meses, lo que significa que si existe verdaderamente el deseo de cumplir el plazo previsto en la Declaración de Berlín, ésta es la única agenda posible, especialmente si tenemos en cuenta que algunos Estados miembros podrían someter a referéndum el nuevo Tratado.

Por lo tanto, el problema verdaderamente espinoso residirá en determinar el contenido del mandato de la CIG y –lo que es igualmente importante– el punto de partida de las negociaciones en la CIG (tomando como base bien el TC, bien los Tratados ya existentes).

2. Posibilidades para el Nuevo Tratado: ¿las negociaciones se basarán en el Tratado de Niza o en el Tratado Constitucional?

(a) La opción de conservar la forma actual del Tratado Constitucional: una alternativa (políticamente) imposible

La primera opción posible residiría en mantener el TC en su forma actual y buscar algún mecanismo que, de manera similar al que se concibió para Dinamarca cuando rechazó el Tratado de Maastricht (2 de junio de 1992) o para Irlanda cuando votó en contra del Tratado de Niza (29 de mayo de 2005), permitiera a Francia y a los Países Bajos reconsiderar sus votos en contra. A continuación, el TC recibiría la ratificación en los Estados miembros que aún tuvieran que emitirla. Ésta constituye, sin duda, la salida más deseable del *impasse* constitucional actual. Pero, en nuestra opinión, es tan deseable como imposible de alcanzar.

No seríamos realistas si pensáramos que Francia y los Países Bajos iban a repetir sus referendos con la esperanza de obtener el “sí” a un tratado que únicamente hubiera experimentado “cambios superficiales” (como las declaraciones *ad hoc* o un protocolo específico). De hecho, el Gobierno holandés ya ha descartado esta posibilidad. Y tampoco se puede esperar que los Estados miembros que todavía tienen que ratificar el Tratado lo acepten a estas alturas sin plantear problemas.

Es cierto que, a la hora de planear el futuro de la Constitución Europea, no puede desdeñarse la postura de la mayoría constituida por dos tercios de los Estados miembros que han cumplido su compromiso de ratificar el TC en el tiempo y la forma debidos. No obstante, con independencia del modo de enfocar el problema y de los argumentos propuestos, que resultan un tanto forzados, está bastante claro que, tal y como están las cosas, para que el TC entre en vigor –o para que tenga lugar alguna modificación de los tratados constitutivos de la Unión en vigor (artículo 48 TUE)– se

requiere la ratificación de *todas* las Altas Partes Contratantes (artículo IV-447). En este sentido, Francia, los Países Bajos, el Reino Unido, Portugal, Irlanda, Dinamarca, Suecia, Polonia y la República Checa son tan Altas Partes Contratantes como los 18 Estados miembros que han ratificado el Tratado.

La opción de mantener el TC con su contenido actual debe, por lo tanto, quedar descartada desde el principio. Como mínimo, serían necesarias algunas modificaciones mínimas. De hecho, actualmente, es algo que aceptan incluso los “Amigos de la Constitución”, que celebraron una cumbre en Madrid el 26 de enero de 2007, promovida conjuntamente por España y Luxemburgo. Tras dicha cumbre, el ministro de Asuntos Exteriores español declaró que los 18 Estados miembros –en realidad se encontraban representados 22– estaban dispuestos a “introducir modificaciones a la Constitución con el fin de facilitar un acuerdo con los dos Estados miembros que la habían rechazado (Francia y los Países Bajos) y con los siete Estados restantes que habían pospuesto la toma de su decisión”. Dicho esto, también recalcó que a los Estados miembros que ya habían ratificado el Tratado les resultaba preferible abordar la superación de la actual crisis de la UE con “una propuesta audaz, que no temeraria, que hacerlo con una propuesta de mínimos que, inevitablemente, nos llevaría a un acuerdo igualmente de mínimos, que la realidad demostraría pronto insuficiente”. Es decir, que, por consiguiente, se abogó por “una propuesta audaz”. De hecho, en la actualidad, Giscard d’Estaing es el único que sigue defendiendo encarnizadamente la opción de mantener intacto el TC. Por lo tanto, no nos queda otra alternativa que aceptar que esta opción no deja posibilidad al éxito.

(b) La opción de las negociaciones con base en un “Tratado de Niza Plus”: insatisfactoria, pero bastante posible

Habiendo desechado la opción (a), otra posibilidad consistiría en simplemente olvidar el TC y retomar las negociaciones desde cero con base en el principal Tratado en vigor a día de hoy. En otras palabras, utilizar el Tratado de Niza como punto de partida. Es indudable que esta opción cuenta con adeptos entre las filas de los Estados miembros más euroescépticos. Declaraciones tales como “Yo creo que debemos retroceder y no hacer un Tratado Constitucional” (Tony Blair, 19 de abril de 2007) o “Europa no necesita una Constitución, sino la reforma de los textos existentes” (Jaroslaw Kaczynski, 18 de abril de 2007) parecen respaldar esta posible vía de escape del actual atasco constitucional. No obstante, esta opción, que se encuentra en uno de los extremos del espectro de posibilidades, resulta, según nuestra opinión, absolutamente insatisfactoria. En primer lugar, acaba de un plumazo con casi 10 años de trabajo que –no debemos olvidar– quedaron reflejados en el acuerdo definitivo de la última CIG que firmaron todos los Estados miembros en Roma, incluidos los que, pasando plenamente por alto el consagrado principio de *pacta sunt servanda*, rechazan ahora el acuerdo político que se firmó. En segundo lugar, acaba con el trabajo de la Convención que, a pesar de los defectos que algunos se alegran de encontrarle, introdujo un elemento adicional de transparencia, participación y legitimación del que carecían las conferencias intergubernamentales tradicionales. En tercer lugar, y el más importante desde el punto de vista político, se trata de algo totalmente inaceptable para dos tercios de los Estados miembros que, habiendo cumplido los compromisos que adquirieron en la última CIG, han ratificado ya el texto y, en algunos casos (por ejemplo, en España), a través de un referéndum.

En resumen, esta opción no debería admitirse como el equilibrio político entre dejar intacto el TC y pasarlo totalmente por alto. Si los 18 Estados miembros que ya han ratificado el TC admiten que éste debe enmendarse para llegar a un acuerdo definitivo aceptable para todos, los que todavía deben ratificarlo deberían admitir también que las negociaciones en la próxima CIG se basen en el texto que todos los Estados miembros aceptaron en Roma tras los *travaux préparatoires* de la Convención. De lo contrario, no se estaría buscando un acuerdo mutuo en las negociaciones, sino que más bien se estaría cediendo a los postulados de los Estados miembros que se muestran más críticos hacia el TC. Dicho esto, los acontecimientos de las últimas semanas no hacen más que

sugerir que esta opción quedará finalmente descartada. Sin embargo, nos preocupa que quizá sea ésta la opción que prevalezca finalmente.

(c) La opción de las negociaciones basadas en el Tratado Constitucional: la alternativa más apropiada, aunque difícil de llevar a término

A la vista de todo lo anterior, en nuestra opinión, la opción política más apropiada consistiría en que las negociaciones se basen en el TC. Ello implicaría la realización de ligeras enmiendas al texto, especialmente las requeridas para que el tratado definitivo fuera aceptable tanto para aquellos que ya lo hubieran ratificado con su contenido original, como para aquéllos que se han topado con problemas internos –o los han buscado– en el proceso de ratificación. Está claro que la principal dificultad reside en delimitar el alcance de dichas enmiendas. Los Estados miembros que ya han ratificado el TC seguramente pretenderán hacer las mínimas enmiendas posibles, mientras que los que todavía tienen pendiente su ratificación preferirían hacer modificaciones mucho más sustanciales.

A este respecto, no debemos olvidar que el texto definitivo del TC fue el fruto de un difícil compromiso que reflejaba unos complicados malabarismos políticos. Por lo tanto, hubo Estados miembros que finalmente –y a regañadientes– aceptaron reformas a cambio de que se introdujeran en el Tratado nuevos detalles como una especie de *compensación* por su sacrificio. Como ejemplo ilustrativo de ello, la aceptación por parte de España del nuevo sistema de doble mayoría en el Consejo se vio compensada en otras partes institucionales y materiales del Tratado que, de ser sometidas a enmienda ahora, afectarían gravemente al equilibrio alcanzado en aquellos momentos. Por consiguiente, la tentación de tomar el camino de lo que en los medios europeos se ha denominado “picoteo” (“*cherry picking*”) corre el alto riesgo de reabrir el debate sobre cuestiones institucionales clave. Esto conduciría, como mínimo, a la celebración de largas negociaciones que harían imposible cumplir la agenda requerida para que el texto definitivo entrara en vigor antes de junio de 2009. Efectivamente, sería retroceder al contexto de las negociaciones que se dejó abierto en Niza. Por esta razón, una de las posibles opciones es la de crear un *tratado reducido* que mantuviera la esencia del TC actual, recortando algunas partes del mismo. Esto básicamente implicaría salvar los elementos principales del TC.

(d) Hacia la convergencia de las diferentes opciones: un nuevo tratado de reforma con los elementos esenciales del Tratado Constitucional

De todo lo anterior podemos deducir que la solución definitiva podría residir en una simbiosis de las últimas dos opciones, de la que se derivaría un tratado reducido que contendría fundamentalmente los elementos esenciales del TC y únicamente implicaría otra reforma de los tratados constitutivos actualmente en vigor. Hasta cierto punto, se trataría de una convergencia entre lo que hemos llamado “tratado reducido” y lo que se ha denominado “tratado mejorado”. En última instancia, se trata de una opción que podría satisfacer incluso a aquellos que abogan por un retorno al Tratado de Niza, ya que, probablemente, el texto resultante diferiría bastante del recogido en el TC, al tiempo que se trataría en realidad de un nuevo tratado que modificaría los tratados constitutivos actualmente en vigor y que contendría la esencia del TC.

Además, en cuanto se convirtiera en un nuevo tratado, no habría una gran diferencia entre usar el Tratado de Niza como base de las negociaciones si se incorporaran los elementos más importantes del TC al nuevo Tratado, y usar el TC como base de las negociaciones si se despojara a éste de los elementos no esenciales del mismo. Por lo menos, no sería grande la diferencia si tenemos en cuenta la difícil situación en la que nos encontramos. Y esto es así porque, según nuestra opinión, sería más que difícil que el nuevo tratado eludiera la exigencia de la ratificación por parte de todos los Estados miembros, incluidos los 18 que ya han ratificado el TC.

III. LA OPCIÓN DEL TRATADO REDUCIDO: EN BUSCA DEL *MÍNIMO COMÚN DENOMINADOR* ACEPTABLE PARA TODOS

1. Mantener la médula del Tratado Constitucional: la difícil tarea de definir la mínima esencia indispensable

Un enfoque razonable residiría, por lo tanto, en buscar el *mínimo común denominador* aceptable para todos en una reforma del actual TC, eliminando determinados elementos muy específicos que no afectarían al equilibrio político subyacente al que nos hemos referido anteriormente. No obstante, a la hora de intentar definir exactamente cuál es este *mínimo común denominador*, el problema reside, obviamente, en especificar cuál es la mínima esencia indispensable del TC. Una vez más, existe una gran diferencia entre las enmiendas propuestas por los “Amigos de la Constitución”, que abogan por adherirse al máximo al texto del Tratado existente, y los Estados miembros más euroescépticos, que quieren llevar a cabo un “recorte” más riguroso.

No obstante, tras un estudio exhaustivo de las posturas de los diferentes Estados miembros en las últimas semanas, y a efectos de encontrar un atisbo de luz donde en realidad no sigue reinando sino la oscuridad, se pueden establecer algunos puntos de consenso iniciales en el afán de definir esta posible área de conformidad común. La llegada a cualquier consenso tendría que pasar básicamente por encontrar puntos en común entre las llamadas líneas rojas que pudieran trazar los Estados miembros que todavía tienen que ratificar el TC y la máxima aportación que estarían dispuestos a conceder los 18 que ya lo han ratificado.

2. Naturaleza jurídica del tratado tradicional en modificación de los Tratados constitutivos: abandono del carácter (formal) constitucional del nuevo Tratado

Una cuestión que debe ser resuelta antes de concretar el contenido exacto de cualquier nuevo tratado consiste en definir la naturaleza jurídica del texto definitivo. A este respecto, es posible que, dada la situación actual y las posturas sobre este punto, dicha definición implicaría un retorno a los tratados tradicionales (internacionales) utilizados para modificar los tratados constitutivos. Por lo tanto, se trataría de un tratado que modificaría los tratados constitutivos actuales que, a diferencia del TC (artículo IV-437), no derogaría ni el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) ni el Tratado de la Unión Europea (TUE), especialmente si, tal y como parece, se decide eliminar la controvertida parte III.

Una cuestión diferente es la de dirimir si, tal y como establece el TC, la Unión creada por el nuevo tratado sustituirá a la actual UE y a la CE (artículo IV-438) o si, por el contrario, se tomará la decisión de mantener a la UE y la CE en su estado actual y simplemente se introducen enmiendas específicas a los tratados constitutivos (artículo 48 TUE). A este respecto, quizás no sería tampoco excluible que se pensara en alguna posición intermedia que condujera a derogar el TUE sustituyéndolo por el nuevo Tratado y mantener el TCE (reformado) con las modificaciones institucionales y materiales que introdujera el nuevo tratado (de reforma de los actuales tratados constitutivos de la CE y EURATOM).

En cualquier caso, sí parece claro que el nuevo Tratado desecharía la idea, al menos formalmente, de la existencia de una dimensión *constitucional*. De hecho, parece haber un determinado grado de consenso acerca del malsano efecto que ha tenido el nombre del Tratado. Llamar al texto en cuestión “Constitución” (artículo I-1.1) o colgarle al Tratado la etiqueta de “constitucional” (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) ha sido quizá un error que ha provocado una reacción negativa en no pocos ciudadanos. Ha transmitido la falsa idea de surtir efectos políticos y jurídicos sobre la soberanía de los Estados miembros, idea que dista mucho de la realidad. Ha habido incluso críticos que han considerado que el verdadero objetivo del TC consistía en la creación de un futuro *super-Estado* europeo. Por lo tanto, es bastante probable que el nuevo

tratado vuelva al anterior enfoque consistente en ir “paso a paso”, y, conservando esencialmente el mismo contenido, evite utilizar cualquier terminología que sugiera la idea de una constitución.

3. Contenido mínimo (y probable) del nuevo Tratado reducido: el carácter indispensable de la Parte I del Tratado Constitucional

(a) Las líneas rojas de los Estados miembros que no han ratificado el Tratado Constitucional

En última instancia, lo que realmente importa es el contenido del futuro tratado, más que su nombre. Por consiguiente, es muy importante conocer las “líneas rojas” de aquellos Estados miembros que todavía tienen que ratificar el TC. Desde aquí, quizá podamos determinar con mayor exactitud el contenido que deberá acordarse en la negociación de la CIG. De hecho, se espera, en primer lugar, que los dos Estados miembros en los que ha triunfado el “no” en los referendos, manifiesten claramente cuáles serían las enmiendas que deberían introducirse para poder ratificar el nuevo Tratado en sus respectivos Estados. A este respecto, las propuestas de Francia y los Países Bajos abogan claramente por la opción del “Tratado reducido”.

En el caso de Francia, no se trata realmente de la posición oficial de su Gobierno, ya que ésta no se conocerá con seguridad hasta que Nicolas Sarkozy y el nuevo Gobierno francés se pronuncien oficialmente al respecto. En cualquier caso, el próximo presidente ya presentó una propuesta para el nuevo Tratado en un discurso ante la asociación Amigos de Europa el 8 de septiembre de 2006. La propuesta de Sarkozy aboga por un “minitratado” y se apoya básicamente en que Francia no convocará otro referéndum para decidir la aceptación o el rechazo del mismo texto. No obstante, Sarkozy está a favor de alcanzar un nuevo acuerdo, ya que “el Tratado de Niza es insuficiente porque no permite a la Unión funcionar con 27 Estados miembros”. El nuevo tratado, según Sarkozy, sería un minitratado que únicamente cubriría las necesidades más acuciantes de la UE y dejaría de lado todas las reformas restantes para una segunda fase que, en cualquier caso, quedaría pospuesta hasta después de 2009, aunque en realidad no se especifica una fecha para ello, y podría pensarse, con razón, que si prevalece la opinión de Sarkozy, este asunto quedaría en el aire indefinidamente. El minitratado contendría los siguientes puntos: las disposiciones relativas a la configuración de la mayoría cualificada en el Consejo a través del sistema de la doble mayoría (Estados miembros y población); la ampliación de las situaciones que requieren el voto por mayoría cualificada y el procedimiento de codecisión; la elección del presidente de la Comisión por parte del Parlamento Europeo; la presidencia estable del Consejo; la creación del cargo de ministro europeo de Asuntos Exteriores; los mecanismos de iniciativa legislativa popular (basada en una petición presentada al menos por un millón de ciudadanos) y la cooperación reforzada, y la atribución expresa de personalidad jurídica a la UE. Además, con el fin de evitar prolongar los debates en una CIG que debería ser breve, Sarkozy propone no abordar la espinosa cuestión de la reforma de la Comisión y posponer la discusión hasta el año 2014, creando una nueva Comisión en 2009 de acuerdo con la normativa actual en vigor. La propuesta de Sarkozy también engloba otros aspectos importantes. Destacan el delicado asunto de los límites geográficos de Europa (diferenciación entre Estados miembros y socios preferentes), así como la financiación de la Unión y la necesidad de modernizar las políticas de la UE sobre inmigración, medio ambiente, energía, defensa y política monetaria. No obstante, lo que resalta especialmente es su defensa de los mecanismos de geometría variable en determinadas materias, que, según propugna, pueden ser útiles “en función del asunto de que se trate”. No sería necesario un referéndum.

En cuanto al Gobierno holandés, en una carta que envió a su Parlamento con fecha de 19 de marzo de 2007, presentó su postura con cierto detalle, dejando claro qué necesitaba el país para poder ratificar el nuevo Tratado (*Carta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Asuntos Europeos a la Cámara de Representantes, relativa al estado del debate sobre un nuevo tratado europeo*), aparentemente, sin la necesidad de celebrar un referéndum. Desde el principio, la propuesta toma un enfoque constructivo, en aceptación de la necesidad de un debate sobre un nuevo tratado con base (sustantiva) en el TC actual (“es casi evidente que determinados elementos del

Tratado Constitucional seguirán adelante”). Esto se debe fundamentalmente a dos razones. En primer lugar, porque “muchos Estados miembros ya han ratificado el texto”. Y, en segundo lugar, porque algunas “partes del Tratado Constitucional serán útiles para satisfacer el deseo de los Países Bajos de reforzar la democracia y la capacidad de la UE para tomar medidas decisivas”. A continuación, define las líneas rojas de los Países Bajos. La principal consiste en eliminar el carácter constitucional del TC (*un tratado sin las características de una Constitución*). Por lo tanto, la propuesta comienza con la solicitud de que se aclare la primacía política de los Estados miembros y de que la UE no se convierta en una organización autónoma. No aportan gran detalle sobre el modo en que esto último se pondría en práctica, pero algunos opinan que ello implicaría, por ejemplo, la supresión de la disposición relativa a los símbolos de la Unión (artículo I-8), la expresa referencia a la supremacía jurídica de la legislación comunitaria (artículo I-6) –a pesar de conservar el significado atribuido a este término por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia– y, por supuesto, la eliminación de cualesquiera referencias que sugieran un carácter constitucional del TC. Obviamente, esto implica renunciar a cualquier opción de refundación de la Unión (artículo IV-438) o de derogación de los tratados anteriores (artículo IV-437). Lo que implicaría claramente sería la elaboración de un tratado que simplemente enmendara los tratados existentes. Por el contrario, la carta sugiere claramente que el nuevo tratado no debería incluir el texto íntegro de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (parte II del TC), a pesar de que sí reconoce la naturaleza jurídica de la misma. Con el fin de combinar ambas posiciones, propone incluir en el nuevo tratado una base jurídica *ad hoc* que permitiría a la UE suscribir el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, lo que constituye una disposición similar a la recogida en la parte I del TC (artículo I-9.2). El Gobierno holandés está también a favor de mantener las disposiciones del TC que regulan la participación de los Parlamentos nacionales en el control del principio de subsidiariedad, y propone reforzar dicha participación a efectos de incrementar la democracia en la UE. Asimismo, defiende la inclusión expresa en el nuevo tratado de los criterios para nuevas ampliaciones de la UE, que suponemos se refiere a los criterios de Copenhague. Por último, el Gobierno holandés identifica las áreas políticas en las que se manifiesta a favor de una mayor cooperación europea, que especialmente serían la energía, los problemas medioambientales transfronterizos (incluido el cambio climático), el asilo político y la inmigración, el terrorismo, la delincuencia internacional, la competitividad económica europea y los asuntos exteriores.

Finalmente, no podemos pasar por alto las posturas de Polonia y la República Checa. Polonia ha solicitado constantemente la inclusión de una referencia a las raíces cristianas y, de manera mucho más preocupante, una renegociación del procedimiento de la doble mayoría en el Consejo, recogido en el TC. Además, es preocupante el generalizado tono antieuropeísta de Polonia al presentar sus propuestas. La República Checa también se muestra crítica y se opone claramente al TC y, como mínimo, solicita que el nuevo Tratado se vea despojado de todos los elementos constitucionales, incluido el cargo de *ministro* de Asuntos Exteriores en sustitución del alto representante de la PESC.

(b) Las irreducibles exigencias de los Estados miembros que ya han ratificado el Tratado Constitucional

Con independencia de la importancia que puedan tener las “líneas rojas” anteriormente expuestas a efectos de alcanzar un nuevo consenso en la Conferencia Intergubernamental, no son las únicas que están sobre la mesa. Es natural que los 18 Estados miembros que ya han ratificado el texto quieran limitar también las concesiones que están dispuestos a hacer, a pesar de que se sigue teniendo la esperanza de que dichas concesiones sean significativas. Por lo tanto, el acuerdo alcanzado en la cumbre celebrada en Madrid por los “Amigos de la Constitución”, además de poner de manifiesto el deseo de renegociar determinados aspectos del TC actual, incluía ciertos elementos que probablemente constaban en el mismo con la intención de satisfacer las sensibilidades concretas de los Estados miembros más reticentes a la ratificación. Así, se propuso incluir “los criterios de adhesión para nuevos Estados miembros” (los criterios de Copenhague), con la intención quizá de

responder a algunas de las críticas internas que se habían planteado en Francia y los Países Bajos. Lo mismo podría decirse acerca del “refuerzo de la política europea de inmigración”. A su vez, la propuesta del “perfeccionamiento de los mecanismos de control del principio de subsidiariedad” podría estar dirigida a las preocupaciones británicas sobre la pérdida de soberanía y a la exigencia holandesa de una mayor participación de los Parlamentos nacionales. También se hacía referencia al “desarrollo de una política energética” que, además de dar respuesta a una preocupación general y creciente de la Unión y sus ciudadanos, era un asunto que preocupaba especialmente a Polonia. Por último, la contemplación de una “mayor coordinación de las políticas económicas nacionales” y del desarrollo de un “ámbito social europeo” podría estar encaminada a mitigar algunas de las más severas críticas presentadas sobre el TC en Francia.

Dicho esto, el acuerdo alcanzado en Madrid era demasiado impreciso y general. Su mayor contribución ha sido, sin duda, demostrar la disposición de los Estados miembros que ya habían ratificado el TC a efectuar enmiendas al mismo. En cualquier caso, no puede esperarse que dichos Estados muestren todas sus cartas antes del comienzo de las negociaciones que, necesariamente, serán complejas.

(c) El probable contenido del nuevo Tratado: una solución “de mínimos”

En nuestra opinión, el minitratado propuesto por Sarkozy puede criticarse por varias razones. En primer lugar, no conserva en absoluto la esencia del TC. Más que recortar el Tratado, Sarkozy propone su mutilación hasta lo irreconocible, y una reducción del mismo a un riguroso mínimo, absolutamente insuficiente. En segundo lugar, sólo cubre la dimensión institucional e ignora cuestiones sustantivas importantes, como todo lo relativo a las nuevas competencias en el ámbito de defensa, o lo concerniente a la Libertad, la Seguridad y la Justicia que, de acuerdo con su propuesta, serían instauradas por el Parlamento Europeo. En tercer lugar, la solución propuesta en relación con la reforma de la Comisión infringe claramente la legislación actual, que exige una nueva normativa para la Comisión que debería adoptarse en noviembre de 2009. La propuesta holandesa también es claramente una propuesta *de mínimos* y plantea dudas muy similares a la propuesta de Sarkozy. No obstante, para ser realistas, sí que ofrece al menos un punto de partida para las negociaciones.

Opinamos, por tanto, que deberá quedar claro cuáles son los elementos irreducibles del TC si es que existe un deseo real de conservar su esencia. Las cuatro partes del TC incluyen elementos que deberían mantenerse, a pesar de que la parte I es, obviamente, la que presenta las novedades más importantes. En la **parte I**, por tanto, los elementos no negociables serían los siguientes:

- La clasificación y definición de competencias, así como el sistema de control del principio de subsidiariedad recogido en el protocolo adjunto (mecanismo de alerta temprana) y la ampliación de competencias para cubrir materias como la energía, el turismo y la cooperación administrativa. También debería incluir el espacio de libertad, seguridad y justicia como un ámbito de competencia compartida de la Unión (artículo I-14.3).
- Las reformas institucionales, en particular, la presidencia estable del Consejo (artículo I-22), el cargo de ministro de Asuntos Exteriores de la Unión (artículo I-28), el fortalecimiento de la posición del Parlamento Europeo (incluida su posición en la cláusula de flexibilidad recogida en el artículo I-18 o el presupuesto) y el mayor número de situaciones (más de 40) en el que se exigirá en el Consejo la mayoría cualificada, en lugar de la unanimidad. A nuestro juicio, el nuevo sistema de votación en el Consejo basado en la doble mayoría de los Estados miembros (un 55%) y la población (un 65%) (artículo I-25) también debería conservarse.
- La cláusula de solidaridad (artículo I-43).
- La iniciativa popular de un millón de ciudadanos (artículo I-47).

Esto no significa que no estemos a favor de incluir las restantes disposiciones de la parte I. Asuntos como la personalidad jurídica de la Unión (artículo I-7), los nuevos actos legislativos (artículos I-

33-39), la regulación de los valores (artículo I-2) y los objetivos (artículo I-3) de la Unión, la primacía legal (artículo I-6), la ciudadanía (artículo I-10), la cooperación reforzada (artículo I-44), la cooperación estructurada en el ámbito de defensa (artículo I-41.6), y la política de la Unión con respecto a sus países vecinos (artículo I-57) también son cuestiones muy importantes. No obstante, todos pueden deducirse de la legislación ya en vigor o de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Más complicada es la situación de otros asuntos, como la retirada voluntaria de un Estado miembro de la Unión (artículo I-60) –su base jurídica en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, provoca alguna controversia– o el estatuto de las iglesias (artículo I-52), cuya omisión daría lugar a una seria oposición de varios Estados miembros. Por otro lado, la supresión de la disposición relativa a los símbolos (artículo I-8) o las referencias a determinados elementos que algunos Estados miembros consideran constitucionales por su naturaleza, parece el precio que habrá que pagar para alcanzar un consenso. No obstante, dicho precio no debería incluir la doble legitimidad de la Unión (artículo I-1).

En lo que respecta a la Carta de los Derechos Fundamentales recogida en la **parte II**, tanto su contenido como su naturaleza jurídicamente vinculante deberán permanecer inalterados. El modo de conseguir este objetivo podría someterse a negociación. Por lo tanto, la inclusión de cualquier disposición en el nuevo tratado que se refiriera a la Carta en conjunto, al tiempo que se dota a la Unión de competencia para acceder al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (artículo I-9.2), deberá ser innegociable. De lo contrario, se mutilaría un aspecto sustantivo esencial del TC.

La **parte III**, obviamente, suscita serios problemas. No puede suprimirse sin más, ya que algunas de las novedades introducidas en la parte I quedan desarrolladas en esta. Por ejemplo, cuestiones tan importantes como la posición jurídica del Comité de las Regiones ante el Tribunal de Justicia (artículo III-365.3), los poderes del Consejo Europeo en materia presupuestaria (artículo III-313), o el mayor número de situaciones que deberán decidirse en el Consejo a través del sistema de la mayoría cualificada. Igualmente, deberían conservarse las nuevas competencias relativas al espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (artículos III-257-277), ya que se trata de competencias consideradas como compartidas en la parte I (artículo I-14.2j), y quizá fuera necesario crear más competencias en los ámbitos de energía o medio ambiente, en relación con el cambio climático. Dicho esto, muchas otras disposiciones de la parte III pueden claramente suprimirse porque ya forman parte del acervo comunitario.

Por último, de la **parte IV** deberíamos conservar el procedimiento de revisión ordinario (artículo IV-443), el procedimiento de revisión simplificado (artículo IV-444) y el procedimiento de revisión simplificado relativo a las políticas y acciones internas de la Unión (artículo IV-445). Obviamente la virtualidad de estos dos últimos mecanismos dependería de cómo se articule finalmente el nuevo tratado. En lo que respecta a las disposiciones restantes, obviamente, deberán adaptarse para que encajen en la naturaleza del nuevo tratado, aunque probablemente no incluirán la derogación de los tratados anteriores (artículo IV-437) o la constitución de una nueva Unión, sucesora jurídica de la actual UE (artículo IV-438).

En nuestra opinión, lo expresado anteriormente constituiría “lo fundamental” del TC. Si se ignorara, no se estaría respetando la esencia del Tratado.

4. La necesidad de una nueva ratificación por parte de *todos* los Estados miembros: la imposibilidad de conservar mecanismos alternativos para una nueva ratificación

A la luz de los términos probables de las negociaciones, parece claro que cualquiera que sea el camino que se siga, el texto final de la CIG deberá recibir de nuevo la ratificación de todos los Estados miembros. Es cierto que se están planteando algunas propuestas de “ingeniería jurídica” interesantes, cuyo objetivo consiste en evitar la exigencia de que los 18 Estados miembros que ya

han ratificado el TC tengan que volver a cumplir el proceso de ratificación, y que se basan en que –resumiendo hasta cierto punto– “quien puede lo más, también puede lo menos”. Pero, en nuestra opinión, en caso de que la solución definitiva fuera más allá de la inclusión de simples protocolos o declaraciones, tal y como se hizo para resolver los problemas de ratificación de Dinamarca (Tratado de Maastricht) e Irlanda (Tratado de Niza), el nuevo tratado requerirá la realización de reformas de tal magnitud que será prácticamente imposible evitar un nuevo proceso de ratificación por parte de todos los Estados. Se trata de un nuevo proceso de negociación que llevará a la elaboración de un nuevo tratado y, como tal, deberá ratificarse de nuevo. Tanto si recibe la denominación de tratado marco, tratado constitutivo, simple tratado de reforma o cualquier otro calificativo, bajo ningún concepto incluirá el término “constitucional”.

Cuestión muy diferente es la de si aquellos Estados miembros, como España, que celebraron un referéndum interno antes de depositar el instrumento de ratificación, tendrían que atravesar el mismo proceso de nuevo o podrían utilizar mecanismos diferentes. En el caso de España, se podría hacer mediante una autorización obtenida a través de la aprobación de una Ley Orgánica, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Española.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: HACIA LA INEVITABLE CREACIÓN DE FUTUROS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD CONSTITUCIONAL

Tal y como están las cosas, “alcanzar un acuerdo por cualquier medio” con base en que “cualquier cosa es mejor que otro fracaso” parece la actitud de muchos. En la práctica esto quizá signifique que prevalecerá un auténtico acuerdo basado en un mínimo común denominador: un nuevo tratado que modificaría los tratados constitutivos actuales e incluiría las reformas institucionales más significativas del TC, además de determinadas competencias relativas a la inmigración, la energía y el cambio climático, y que conservaría el *statu quo*. Quizá sea cierto que las necesidades de una *realpolitik* no dejen actualmente sitio para nada más. Pero, al menos, el fracaso del TC debería exigir que todos llevaran a cabo una reflexión fundamental acerca de la figura de la UE en la próxima década.

En primer lugar, no deberíamos aceptar bajo ninguna circunstancia como punto de partida para este debate la comparación falsa y contraproducente que algunos intentan establecer entre la “Europa de los resultados” –supuestamente pragmática, realista y “paso a paso”– y la “Europa de la Constitución”, en la que se distorsiona injusta y deliberadamente al TC como un sueño utópico para una Europa políticamente imposible. La llamada “Europa de los resultados” continúa funcionando efectivamente con o sin el TC. Siendo así, sería recomendable que la UE tuviera una “Europa del TC”, que introdujera las enmiendas necesarias para llevar a cabo un nuevo diseño general del edificio –o del “minibús”, en palabras de Iñigo Méndez de Vigo– que, en principio, se construyó para seis Estados miembros en el período de la Guerra Fría y la Europa dividida, de manera que se puedan satisfacer las necesidades de sus 27 inquilinos actuales en el escenario de un proceso globalizador, muy distinto del de hace 50 años.

En segundo lugar, si realmente queremos que los logros obtenidos en los últimos 50 años de integración europea sigan sucediéndose en el futuro, deberán explicarse mejor ciertas cosas, como los beneficios y las ventajas que nos aporta la pertenencia a la UE en nuestras vidas cotidianas. De lo contrario, será difícil hacer renacer el sueño de Europa y transmitir a las futuras generaciones cualquier entusiasmo por el proyecto europeo.

En tercer lugar, una clara lección que puede extraerse de la situación actual es la acuciante necesidad de hacer algo con la pesada carga de un sistema de revisión de los tratados que requiere la ratificación por parte de todos los Estados miembros. Si queremos que la Unión de los 27 avance y posea auténticos mecanismos que permitan la futura *profundización* de la Unión, deberá estudiarse la implantación de procedimientos de revisión alternativos. En este caso, la llamada

pequeña reforma de la CECA (antiguo artículo 95 del Tratado de la CECA) podría constituir un punto de partida para este difícil debate. Obviamente, somos plenamente conscientes de los problemas originados por el hecho de que cualquier enmienda a la necesidad de ratificación por parte de todos los Estados miembros tendrá que ser aprobada por unanimidad, y de que algunos se opondrán a dicha posibilidad.

Por último, a la luz del último punto, creemos que, antes o después, la UE deberá considerar muy seriamente la necesidad de utilizar procedimientos de *flexibilidad constitucional* o de *cooperación constitucional reforzada*, o como los queramos llamar. En otras palabras, procedimientos que, al tiempo que conservan los logros obtenidos hasta ahora por los 27 Estados miembros, permita que los que quieran ir más allá, lo hagan. Tanto si nos gusta o no, el hecho es que en la actual Europa de los 27 coexisten posturas (casi) irreconciliables con respecto al futuro modelo de integración.

José Martín y Pérez de Nanclares

Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de La Rioja y titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario