

LA FLEXIBILIDAD EN EL TRATADO DE AMSTERDAM: ESPECIAL REFERENCIA A LA NOCIÓN DE COOPERACIÓN REFORZADA

Por JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS CONTORNOS CONCEPTUALES DE LA FLEXIBILIDAD: UN LABERINTO SEMÁNTICO.—III. PRECEDENTES DE FLEXIBILIDAD EN EL CONTEXTO COMUNITARIO.—IV. LA CUESTIÓN DE LA FLEXIBILIDAD EN LA CIG: EL IMPULSO FRANCO-ALEMÁN.—V. LA COOPERACIÓN REFORZADA EN EL TRATADO DE AMSTERDAM: 1. BASE JURÍDICA. 2. LA REGLAMENTACIÓN GENERAL (ARTS. 43 A 45 TUE, EX ARTS. K 15, K 16 Y K 17 TUE): a) *Su concepción*; b) *Los requisitos*; c) *La adopción de acuerdos y su financiación*. 3. LA REGLAMENTACIÓN ESPECÍFICA EN EL TCE (ART. 11, EX ART. 5A): a) *Ámbito de aplicación*; b) *La adopción de acuerdos*. 4. LA COOPERACIÓN REFORZADA EN EL TERCER PILAR. 5. SUPUESTOS DE FLEXIBILIDAD EXPRESAMENTE PREVISTOS EN LOS TRATADOS: a) *Las cuestiones de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (arts. 61-69 TCE, ex arts. 73I-73Q TCE)*; b) *El protocolo sobre Schengen*; c) *Otros supuestos*.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia manifiesta de la resaca provocada por el debate sobre Maastricht y, a la vez, como anticipación a los conflictos y proble-

(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja. Titular de la cátedra *Jean Monnet* de Derecho Comunitario. La realización de este trabajo se enmarca en el proyecto «La integración reforzada en el marco de la UE» (PB96-0519), concedido por la DGE del Ministerio de Educación y Cultura.

mas que se ciernen sobre el futuro inmediato de la Unión Europea (heterogeneidad de intereses sobre la ampliación, diferente grado de disponibilidad para profundizar en la integración, diversas concepciones de los actores comunitarios sobre el techo competencial comunitario) durante los debates previos a la Conferencia Intergubernamental (CIG) cobraron inusitado interés diferentes conceptos ligados a la flexibilidad. Interés que, a la vista de los modestos resultados obtenidos por el Tratado de Amsterdam en otros ámbitos que reclamaban urgente reforma, se ha elevado a su máximo exponente con la inclusión expresa, por primera vez, en los Tratado de una regulación concreta de las diferentes formas de «cooperación reforzada» en el marco de la UE y de la propia CE.

Su novedad, aunque evidente en el marco jurídico general, en realidad, no lo es tanto en cuanto a su concepción politológica ni incluso en su existencia latente en diferentes preceptos del Derecho comunitario. Sirva recordar el informe que en 1975 presentó Leo Tindemans al Consejo Europeo (1) o las palabras que un año antes pronunciara Willy Brandt en París ante el congreso del movimiento europeo (2), donde ambos constatan la imposibilidad de que todos los Estados miembros de la Comunidad Europea pudieran ir sorteando las etapas al mismo tiempo so pena de demorar *sine die* la construcción europea. Incluso su tratamiento doctrinal en la década de los ochenta, sin ser en absoluto abundante, tampoco era

(1) Es imposible presentar hoy día un programa de acción creíble si se considera como absolutamente necesario que en todos los casos sean franqueadas todas las etapas por todos los Estados al mismo tiempo. La divergencia objetiva de las situaciones económicas y financieras es tal que, si esta exigencia se planteara, el progreso sería imposible y Europa seguiría demorándose ...»; *vid.* Commission des Communautés Européennes, *Bulletin des Communautés Européennes*, Supplément 1/1976 («Rapport de M. Leo Tindemans au Conseil Européen»). La versión en castellano del citado informe puede consultarse en *Revista de Instituciones Europeas*, 2/1976, pp. 585-619, especialmente, pp. 598-599. Sobre la importancia de la integración diferenciada en el informe Tindemans, *vid.* por todos SCHARRER, H. E.: «Differenzierte Integration im Zeichen der Schlange: Utopie und Dogma in Tindemans Vorschlägen zur Wirtschafts- und Währungspolitik», en SCHNEIDER, H./WESSELS, W. (coord.), *Auf dem Weg zur Europäischen Union?, Diskussionsbeiträge zum Tindemans-Bericht*, Europa-Union Verlag, Bonn 1977, pp. 145-238; VANDAMME, J.: «Die abgestufte Integration im Tindemans-Bericht», *Integration* 1978, pp. 83-89.

(2) Un amplio extracto de dicha conferencia se encuentra en *Europa-Archiv* 2/1975, pp. 33-38, especialmente, p. 36. La conferencia completa puede consultarse en *Informationsdienst, Deutscher Rat der Europäischen Bewegung*, vol 26 (1975), núm. 2.

despreciable (3), si bien fue obviamente en las vísperas de la CIG cuando se relanzó el debate doctrinal (4), intensificado exponencialmente en vísperas de cerrarse la misma (5) y, por supuesto, una vez firmado el Tratado de Amsterdam el 2 de octubre de 1997 (6).

(3) A título de ejemplo puede consultarse como trabajos más relevantes DAHRENDORF, R.: *A Third Europe?*, European University Institute, Florencia 1979; EHLERMANN, C. D.: «How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of Two Speeds», *Michigan Law Review* 1984, pp. 1274-1293; EHLERMANN, C.-D.: *Rechtliche Überlegungen zum Konzept der Abgestuften Integration*, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, núm. 46, Saarbrücken 1985; FRANZMEYER, F.: «Erfolgsaussichten der abgestuften Integration in wichtigen Politikbereichen» en AAVV, *Integrationskonzepte auf dem Prüfstand*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1983, pp. 79-90; GRABITZ, E.: *Abgestufte Integration: Eine Alternative zum herkömmlichen Integrationskonzept*, Ed. Engel, Kehl am Rein 1984; ibídem: «Das integrationspolitische Anliegen des Abstufungs-Konzeptes und sein Verhältnis zum rechtlich-institutionellen Gefüge der Gemeinschaft» en AAVV, *op. cit. (Integrationskonzepte auf ...)*, pp. 67-78; SCHARRE, H.-E.: «Abgestufte Integration in der Praxis: Das Europäische Währungssystem» en AAVV, *op. cit. (Integrationskonzepte auf ...)*, pp. 91-106; WALLACE, H./RIDLEY, A.: *Europe: The Challenge of Diversity*, Royal Institute of International Affairs, Londres 1985; VANDAMME, J.: «Die abgestufte Integration im Tindemans-Bericht», *Integration* 1978, pp. 83-89.

(4) Como trabajos relevantes publicados en la primera mitad de la década de los noventa pueden citarse los de DEUBNER, C.: *Deutsche Europapolitik: Von Maastricht nach Kerneuropa?*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995; QUERMONNE, J. L.: «La différenciation dans l'Union Européenne», en AAVV, *La Différenciation dans l'Union Européenne*, ULB, Bruselas 1994; EHLERMANN, C. D.: *Increased Differentiation or Stronger Uniformity?*, T.M.C. Institute, La Haya 1995; FASTENRATH, U.: «Die Struktur der erweiterten Europäischen Union», *Europarecht* (suplemento especial), p. 101, especialmente p. 121; LAFFAN, B.: *Integration and co-operation in Europe*, Routledge, London, 1992, especialmente, pp. 13-15; MANIN, P./LOUIS, J. V.(dir.): *Vers une Europe différenciée*, Ed. A. Pedone, Paris; TOULEMAN, R.: «Kerneuropa-Deutsch-französische Aktionsgemeinschaft in Sicht?», *Integration* 1995, pp. 61-67.

(5) AREILZA CARVAJAL, J. M./DASTIS QUECEDO, A.: «Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1/1997, pp. 9-28; CLUB VON FLORENZ (ed.): *Europa: Der unmögliche Status quo*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996; GIERING, C.: «Vertiefung durch Differenzierung-Flexibilisierungskonzepte in der aktuellen Reformdebatte», *Integration*, 2/1997, pp. 72-83; STUBB, A.: «A Categorization of Differentiated Integration», *Journal of Common Market Studies* 1996, pp. 283-205.

(6) CONSTANTINESCO, V.: «Les clauses de coopération renforcée. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité», *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1997, pp. 751-767; EHLERMANN, C. D.: «Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam», *Revue du Marché Unique Européen* 1997, pp. 53-90; JANNING, J.: «Dynamik in der

En realidad, el modelo de integración «lineal» diseñado por la filosofía Monnet, estaba ideado y ha funcionado adecuadamente para una Comunidad compuesta por un grupo reducido de Estados relativamente homogéneos en sus estructuras económicas, jurídicas, políticas, sociales y hasta culturales. Sin embargo, ese modelo está ya agotado y al límite de sus posibilidades en una Unión Europea con quince Estados miembros y con un grado ya muy elevado de competencias propias (7). De ahí que la eterna disyuntiva profundización *versus* ampliación, en un momento en que el supuesto derecho a la adhesión de los Estados de la Europa central y del este se ha convertido en un compromiso político ineludible (8), haga

Zwangsjacke-Flexibilität in der Europäischen Union nach Amsterdam», *Integration* 1997, pp. 285-291; MARIÑO MENÉNDEZ, F.: «La integración diferenciada. La cooperación reforzada», en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *El Tratado de Amsterdam: análisis y comentarios*, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1998, pp. 603-625; MÜLLER-BRANDECK-BROCQUET, G.: «Flexible Integration - eine Chance für die europäische Umweltpolitik?», *Integration* 1997, pp. 292-304; OST, N.: «Flexibilität des Gemeinschaftsrechts - Vom Notantrieb zum Vertragsprinzip?», *Die Öffentliche Verwaltung* 1997, pp. 495-503; SCHÖNFELDER, W./SILBERGERG, R.: «Der Vertrag von Amsterdam: Entstehung und erste Bewertung», *Integration* 1997, pp. 203-210; WESSELS, W.: «Der Amsterdam Vertrag-Durch Stückwerksreformen zu einer effizienteren, erweiterten und föderalen Union», *Integration* 1997, pp. 117-135. *Vid.*, igualmente, aunque de forma más escueta BREVIGNON, L.: «Justice et affaires intérieures: une coopération renforcée, une construction communautaire à deux étages», *Les Cahiers du GERSE*, Centre européen universitaire de Nancy, núm. 2, julio 1997, pp. 100-106; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: «La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad, de seguridad y de justicia», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 1998, núm. 2, pp. 7-16, especialmente pp. 15-16.

(7) Cfr., a título de ejemplo, SIMON, D.: «Amsterdam: les limites d'une méthode», *Europe* 8-9/1997, 3.

(8) Véanse Conclusiones del Consejo Europeo de Madrid celebrado los días 15 y 16 de diciembre de 1995, publicadas en *Revista de Instituciones Europeas* 1996, pp. 225-378, especialmente, p. 304 («El Consejo Europeo ha identificado los desafíos a los que los Estados miembros de la Unión deben responder para preparar la Europa del siglo XXI. En los próximos cinco años deberemos (...) preparar y concluir las negociaciones de ampliación con los Estados asociados de Europa central, oriental y meridional, candidatos a la adhesión»). Subrayado añadido). En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente el Presidente del Parlamento Europeo al declarar ante los presidentes de los Parlamentos de los Países del Centro y Este de Europa (PECO's) «(...) Vds. tienen el derecho de entrar en la Unión y nosotros el deber de admitirles cuando se reúnan las condiciones necesarias» (Subrayado añadido), Discurso del Presidente del Parlamento Europeo pronunciado el 5 de marzo de 1997 durante la apertura de la Conferencia con los Presidentes de los Parlamentos de los PECO's.

preciso encontrar nuevas fórmulas que bajo diferentes formas de flexibilidad faciliten, al menos para aquellos Estados miembros que lo deseen, un avance en la profundización. Con ello debería poder compensarse el riesgo de dilución que supondría la existencia de una Comunidad con 25 ó 28 Estados cada vez más heterogéneos en sus estructuras internas e intereses. Se trata, en definitiva, de dar con el «elixir» que permita encontrar el siempre buscado equilibrio entre unidad y pluralidad, fuerzas centrípetas y centrífugas, homogeneidad y heterogeneidad.

Así, la CIG para la reforma de los tratados, sobre la base establecida en el previo Consejo Europeo de Madrid, dejó ya patente desde su mismo inicio (9) —si bien en las instituciones no se traslucía un especial entusiasmo— la posibilidad de «encontrar soluciones flexibles dentro del pleno respeto al marco institucional y al acervo comunitario» (10). Y precisamente esas fórmulas de flexibilidad se han plasmado expresamente tanto en un nuevo título del TUE (arts. 43 a 45, antiguos arts. K. 15 a K17), núcleo neurálgico de la regulación, como en el propio TCE (art. 11, *ex art.* 5A), amén de otras manifestaciones específicas en el título VI TUE (art. 40, *ex* K12) o en el novedoso protocolo por el que se integra el acervo Schengen bajo el paraguas de la UE. El hecho supone, como poco, una significativa innovación merecedora de un primer análisis jurídico.

Con carácter previo al estudio de estas normas de Derecho positivo parece aconsejable enmarcarlas en su contexto doctrinal perfilando, en primer término, los contornos de las —aún algo desdibujadas— configuraciones políticas y hasta terminológicas existentes en torno a la flexibilidad (II) y, trazando, brevemente a renglón seguido, sus manifestaciones previas en el proceso de integración comunitaria (III) y en las propias discusiones en el seno de la CIG (IV). Para terminar, una vez esbozado el análisis exegético de las disposiciones introducidas en el TUE y en TCE por el Tratado de Amsterdam (V) se cerrará este breve estudio preliminar

(9) En realidad, no se hace en ningún momento referencia expresa a la flexibilidad. Pero indirectamente late en el programa de la Conferencia Intergubernamental al referirse a los desafíos de la futura ampliación: «las instituciones y su funcionamiento, así como los procedimientos, deben mejorarse con el fin de preservar su capacidad de actuación, mantenimiento y desarrollando, al mismo tiempo, el acervo comunitario y respetando el equilibrio entre las instituciones»; vid. Conclusiones del Consejo Europeo de Turín de 29.3.1996, *Revista de Instituciones Europeas* 1996, pp. 683-690, especialmente p. 684.

(10) Conclusiones del Consejo Europeo de Madrid, *loc. cit.*, p. 372.

sobre la flexibilidad con unas consideraciones finales que recojan una visión crítica de lo expuesto (VI).

II. LOS CONTORNOS CONCEPTUALES DE LA FLEXIBILIDAD: UN LABERINTO SEMÁNTICO

Si algo caracteriza, de entrada, el debate sobre la flexibilidad en la UE es el evidente exceso de términos para referirse a fórmulas muy semejantes: Europa a diferentes velocidades (*Multi-Speed, plusieurs vitesses, abgestufte Integration*) con todas sus variantes (integración graduada, integración escalonada, diferenciación, velocidad variable, etc.), geometría variable (*Variable Geometry, géométrie variable*) con no menor número de imágenes visuales que lo rodean (círculos concéntricos, diferentes niveles, variante unitaria, núcleo duro, etc.) o Europa a la carta (*Pick-and-Choose, Europe à la carte, Europa ad libitum*). En definitiva, como con cierta sorna escribe el Secretario de Estado finlandés para asuntos europeos, «un caso severo de indigestión semántica» (11).

Tras todo este laberinto semántico no se esconde, en realidad, otra cosa que una patente indefinición doctrinal y política sobre cómo articular lo que el Tratado de Amsterdam terminará por denominar la «cooperación reforzada» (*coopération renforcée, Enhanced Cooperation, verstärkte Zusammenarbeit*). Al haber renunciado la CIG desde un principio —probablemente con buen tino— a adoptar fórmulas federales o confederales ya más depuradas en la doctrina, nos encontramos con una serie de conceptos que, como con acierto considera Nicolás MARISCAL, son meras «ideas modestas, estrategias, cuya nomenclatura no está aún consolidada y adolece de cierta imprecisión» que «los teóricos no se atreven a calificar de teorías, ni siquiera de preteorías de la integración» (12).

Sin ánimo exhaustivo y sin pretender descender a los abismos del examen detallado de los diferentes conceptos existentes en torno a la flexibi-

(11) Véase STUBB, A. C. G.: *The Semantic Indigestion of Differentiated Integration: The Political Rhetoric of the pre-1996 IDG Debate*, Colegio de Europa, Bruselas 1995. Un resumen de esta memoria de máster con idéntica referencia terminológica se encuentra en STUBB, A. C. G., *loc. cit.* («A Categorization of ...»), en particular p. 284.

(12) MARISCAL, N.: «Ampliación y profundización ante la CIG 1996», *Cuadernos Europeos de Deusto* 1996, pp. 87-101, especialmente p. 93 *in fine*.

lidad, sí puede resultar clarificador ofrecer un esbozo preliminar del estado de la cuestión en el momento de redacción del Tratado de Amsterdam (13). Ello se haría en torno a lo que podría considerarse conceptos o «ideas» básicas, a saber, Europa a diferentes velocidades, Europa a la carta, núcleo duro, círculos concéntricos y geometría variable.

El concepto de *Europa a diferentes velocidades* (14), asentado sobre la base ya citada del Informe Tindemans, se articula sobre la idea de que no todos los Estados pueden ir franqueando las distintas etapas de la construcción europea al mismo ritmo. Así, partiendo de un programa de acción establecido por las instituciones y aceptado por todos los Estados, aquellos que estén en condiciones de progresar más rápidamente podrán hacerlo siempre que se establezcan mecanismos para que aquellos países que se han quedado fuera puedan alcanzar el convoy de cabeza en un plazo de tiempo determinado. A este respecto resulta relevante subrayar el carácter transitorio de esta «estrategia». Los Estados, admitiendo un destino común, pueden adoptar el ritmo que más se adecúe a sus posibilidades e intereses. Es una simple cuestión de calendario.

Por el contrario, la *Europa a la carta*, niega ese destino común y su actitud hacia el acervo comunitario se manifiesta gráficamente —como recoge, entre otros, el documento *Bases para una Reflexión* (15)— en la máxima «Pick and Choose», donde el Estado coge, exclusivamente, aquello que le interesa. Esta «estrategia», atribuida conceptualmente a DAHRENDORF (16) y apadrinada en su momento por John Major (17), ya fue

(13) Un interesante análisis de las diferentes acepciones existentes se encuentra en el complejo pero clarificador esquema elaborado por GIERING, C.: «Vertiefung durch Differenzierung-Flexibilisierungskonzepte in der aktuellen Reformdebatte», *Integration* 1997, pp. 72-83, especialmente, p. 76. En nuestra doctrina, MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *loc. cit.* («La integración...»), p. 607.

(14) Vid. CHALTIEL, F.: «Pour une clarification du débat sur l'Union à plusieurs vitesses», *Revue du Marché Commun et l'Union Européenne* 1995, pp. 5-10; MACLAY, M.: *Multi-Speed Europe?: The Community Beyond Maastricht*, Royal Institute of International Affairs, Londres 1992.

(15) Véase «La Conferencia Intergubernamental de 1996. Bases para una reflexión», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, B-106, septiembre, 1995, pp. 41-73, especialmente p. 49.

(16) Cfr. LAFFAN, B.: *Integration and co-operation in Europe*, Ed. Routledge, Londres 1992, especialmente p. 13.

(17) Cfr. DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A.: «La V ampliación de la Unión Europea y sus condicionamientos institucionales», *GJ de la CE y de la competencia*, 1996, D-25, pp. 179-244, en particular p. 192.

criticada, sin embargo, por Tindemans (18) y ha sido rechazada de plano por el Parlamento Europeo (19) porque acarrea el riesgo evidente de desmantelar el acervo comunitario (20).

El concepto de *núcleo duro*, por su lado, ha sido articulado en el conocido documento presentado por el partido demócrata-cristiano alemán al Parlamento (*Bundestag*) en septiembre de 1994 (21) —también conocido como documento Lamers-Schäuble—, cuya función básica sería integrar un núcleo fuerte de Estados, convencidos en su intención de avanzar en el proceso de integración europea, que intenten compensar las fuerzas centrífugas existentes en una Unión de Estados cada vez más amplia y heterogénea, incorporando nuevas políticas y patrocinando todo tipo de iniciativas comunes. Este núcleo duro, concebido como un grupo abierto del que formarían parte ineludible Francia, Alemania y los países del Benelux, incluiría, a su vez, un núcleo del núcleo (*Kern des festen Kerns*) formado por Francia y Alemania (22). Quizá convenga recordar, a este respecto, que tales fueron los recelos que despertó el documento que el propio Helmut Kohl tuvo que aclarar públicamente las intenciones de Alemania en el sentido de advertir del hecho de que su país «no quiere excluir a nadie de este proceso, ni relegar a nadie a la segunda fila» (23).

En este mismo orden de ideas y estrechamente emparentado con la idea de núcleo duro, surgió el de *círculos*, concéntricos (24) o no (25), en torno

(18) TINDEMANS, L.: *loc. cit.*, p. 599: «No se trata aquí de una Europa a la carta: el acuerdo de todos sobre el objetivo final a conseguir en común liga a cada uno; sólo la ejecución es la que se escalona en el tiempo».

(19) Véase v. gr. Resolución de 28.09.1994 sobre *L'Europe à plusieurs vitesses*, (DOCE, C 305 de 31.10.1994, pp. 52-53, punto 6) en los siguientes términos «rechaza una Europa «a la carta» en la que cada gobierno de un Estado miembro tendría derecho a disociarse de toda política comunitaria».

(20) Véase GIERING, C.: *loc. cit.* («Vertiefung durch...») p. 76 («Erhalt des acquis communautaire?»).

(21) CDU/CSU Fraktion des Deutschen Bundestages: «Überlegungen zur europäischen Politik. Vorschläge für eine Reform der Europäischen Union», *CDU-Dokumentation*, 1/1995.

(22) *Ibidem*, p. 7, apdos. 2, 3 y 4.

(23) Referencia tomada de DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A.: *op. cit.* («La V ampliación...»), p. 195.

(24) GIERING, G.: *loc. cit.* («Vertiefung ...»), p. 76, quien al referirse a la *Diff. Kerne/Schnittmenge* —término que a nuestro entender bien podría traducirse por círculos concéntricos—, y a *Integrationstheoretische Zielvorgabe*, describe cómo en la inserción de esos círculos se encontraría la Unión Política. El resto de círculos estarían formados por *funktionale Regime*.

(25) Véase DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A.: *loc. cit.* («La V ampliación...»), p. 196.

a un núcleo central irrenunciable para todos los Estados e integrado por las actuaciones básicas de la Comunidad (mercado común y políticas comunes) y a partir del que se irradiarían círculos diversos en los que, de forma voluntaria, podrían participar diferentes Estados (26). Edouard Balladur, en la réplica francesa a la posición alemana anteriormente citada, consideraba, de forma más flexible a la recién reflejada, que «Europa está formada por tres círculos: uno de derecho común que es la Unión Europea con el mercado único, sus políticas comunes y la PESC; un círculo más amplio de países no miembros que, a la espera de su adhesión, se vincularán a la Unión mediante acuerdos de cooperación; y, finalmente, una serie de círculos restringidos que permitirán una cooperación más profunda entre un limitado número de países en ciertos ámbitos específicos» (27).

Como variante, también de referente espacial, a los dos últimos conceptos surge el de *geometría variable* (28), conforme al cual «todos los Estados miembros participan juntos en una serie de políticas o acciones. Para otras políticas y acciones algunos Estados miembros son autorizados a avanzar o profundizar más, mientras que otros son autorizados a no participar parcial o totalmente» (29). A diferencia de la Europa a la carta y la Europa a diferentes velocidades, a juicio de STUBB (30), «multi-speed and à la carte are at the two extremes of the spectrum of differentiated integration» (...) «In its ambiguity, variable geometry exemplifies the middle ground between multi-speed and à la carte. The difference between variable geometry and multi-speeds is the degree of common objectives involved». Esta idea de geometría variable, concebida a caballo entre la Europa a varias velocidades y la Europa a la carta, ha sido presentada, por algunos, como «la mejor solución para romper el círculo vicioso entre profundización y ampliación de la Unión» (31) y po-

(26) Cfr. TUGENHAT, Ch.: *El sentido de Europa*, Ed. Alianza, Madrid 1987, especialmente p. 219.

(27) DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A.: *loc. cit.* («La V ampliación...»), p. 196; cfr. igualmente MARISCAL, N.: *loc. cit.* («Ampliación y ...»), pp. 95 y 96.

(28) Cfr. MAILLET, P./VELO, D. (dir.): *L'Europe à géométrie variable*, Ed. Harmattan, París 1994.

(29) LIPSUS, J.: «La Conferencia Intergubernamental de 1996», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, B-106, septiembre, 1995, pp. 5-24, especialmente, pp. 10-11.

(30) STUBB, A.: *loc. cit.* («A Categorization of ...»), pp. 288-289.

(31) Véase el documento «La Conferencia Intergubernamental de 1996. Bases para una reflexión», *loc. cit.*, p. 50.

dría haber encontrado ya acomodado, v.gr. en el proyecto de Constitución europea (32).

Sea como fuere, este «laberinto semántico», con pasarelas incluidas entre los propios conceptos, poco aporta más allá de cubrir el necesario esbozo preliminar del estado de la cuestión —más bien pobre— en el momento de elaboración del Tratado de Amsterdam.

III. PRECEDENTES DE FLEXIBILIDAD EN EL CONTEXTO COMUNITARIO

El contexto comunitario, a lo largo de su historia, ha conocido de muy diversas manifestaciones de las estrategias de flexibilidad recién descritas tanto fuera como dentro de su marco institucional de la CE y de la UE. Fuera de éste es sobradamente conocida la cláusula, existente desde 1957, por la que se permite la pervivencia y perfeccionamiento —en la actual terminología post-Amsterdam se hablaría de una cooperación reforzada— «de las uniones regionales entre Bélgica y Luxemburgo, así como entre Bélgica, Luxemburgo y y los Países Bajos» (art. 233 TCE futuro art. 306 TCE). Otras cooperaciones externas son las existentes en el originario Sistema Monetario Europeo, los proyectos de investigación Airbus, Ariane, JET, ESA o Eureka, así como el propio acuerdo de Schengen o las diferentes formas de cooperación intergubernamental en los ámbitos de seguridad y defensa (UEO, Eurocorps, Eurofor, Euromafor, etc.) (33).

(32) El texto del proyecto de Constitución de la Unión Europea se encuentra, entre otras, en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, B-106, septiembre, 1995, pp. 31-39, especialmente, pp. 32 y 46. El apartado noveno de su preámbulo prevé expresamente lo siguiente: «Aceptando la idea de que algunos Estados miembros puedan avanzar más rápidamente y llegar más lejos que otros en la vía de la integración, a condición de que este proceso más avanzado permanezca abierto a cada uno de los Estados miembros que deseen unirse a él y de que los objetivos que persiga sean compatibles con la Unión Europea». Por otro lado, a tenor del artículo 46, «los Estados miembros que así lo deseen podrán adoptar entre ellos disposiciones que les permitan avanzar más y con mayor rapidez que los demás en la vía de la integración europea, a condición de que este proceso más avanzado permanezca abierto a cada uno de los Estados miembros que deseen unirse a él y de que las disposiciones que adopten sean compatibles con los objetivos de la Unión y los principios de su Constitución. (...)».

(33) En este sentido vid. EHLERMANN, C. D.: *loc. cit.* («Différenciation, flexibilité...»), pp. 58-59.

Pero es que también en el mismo ámbito de la CE y de la UE han existido diversas manifestaciones de las estrategias exigidas por la flexibilidad. Además de los innumerables periodos transitorios fijados en los tratados constitutivos y en las diferentes actas de adhesión, así como de un sinnúmero de protocolos, el Derecho originario conoce casos palmarios. Las excepciones previstas por el TUE para Dinamarca y el Reino Unido en materia de Unión Económica y Monetaria o las recogidas para el Reino Unido —hasra el Tratado de Amsterdam— respecto al protocolo social, conocido igualmente como protocolo «a catorce» son manifestaciones emparentadas con el concepto de Europa a la carta, si bien con el tiempo podrían transformarse en Europa a diferentes velocidades. También podría acaso serlo el protocolo que regula las excepciones en la aplicación del artículo 7A TCE (futuro art. 14 TCE) al Reino Unido e Irlanda o la jurídicamente más compleja negativa unilateral de Suecia a participar en la tercera fase de la UEM (34). El TUE prevé, igualmente, manifestaciones de la Europa a diferentes velocidades en la regulación transitoria para los Estados que «aún» no formen parte del Euro tras su instauración, así como otras manifestaciones de flexibilidad más cercanas a la posición por la que opta el Tratado de Amsterdam, v.gr. la posibilidad de una «cooperación más estrecha entre dos o varios Estados miembros a nivel bilateral, en el marco de la UEO o de la Alianza Atlántica» (art. J.4-5, futuro art. 14.5 TUE).

Por otro lado, particularmente desde la entrada en vigor del AUE y del TUE, los tratados constitutivos recogen igualmente previsiones de fórmulas flexibles al autorizar en determinados supuestos tanto una aplicación diferenciada de determinados actos de Derecho derivado que elaboran las instituciones comunitarias, basada eso sí en causas objetivas, como al legitimar bajo estrictas condiciones restrictivas posiciones unilaterales nacionales (35). Dentro de los supuestos de aplicación diferenciada del Derecho derivado unas se fundan en causas económicas y otras constituyen verdaderas cláusulas de salvaguardia de determinados bienes merecedores

(34) Cfr. al respecto ALCOCEBA GALLEG0, M. A.: «Entre la irreversibilidad jurídica y la reversibilidad política: la negativa de Suecia a entrar en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2/1997, pp. 623-638.

(35) *Vid.* sobre esta cuestión por todos OST, N.: *Flexibilität des Gemeinschaftsrechts - Von Notantrieb zum Vertragsprinzip?*», *Die Öffentliche Verwaltung* 1997, pp. 495-503, especialmente pp. 497-501; STUBB, A. C. G.: *loc. cit.* («A Categorization...»), p. 286.

de especial protección. Entre los primeros, el artículo 7C TCE (futuro art. 15 TCE) autoriza a la Comisión a adoptar excepciones en relación con el mercado único para aquellas economías «que presenten un desarrollo diferente». En la misma línea el artículo 130B-1 TCE (futuro art. 159.1 TCE) encomienda de forma general a la Comunidad tener presente el objetivo de conseguir un acercamiento de las diferencias económicas y sociales a través del reforzamiento de la cohesión económica y social «al formular y desarrollar la política y acciones de la Comunidad y al desarrollar el mercado interior». En el plano de las políticas comunitarias concretas, el artículo 130S-5 TCE (futuro art. 175.5 TCE) recoge una excepción al principio de financiación de la política de medio ambiente a cargo de los Estados (principio «quien contamina paga») al permitir que cuando unas medidas adoptadas al amparo de esta política comunitaria «impliquen costes que se consideren desproporcionados para las autoridades públicas de un Estado miembro» el Consejo adopte medidas excepcionales. Entre los segundos, las cláusulas de salvaguardia, los tratados permiten también a los Estados adoptar en determinados supuestos excepcionales medidas provisionales. El artículo 100A-5 TCE (futuro art. 95.5 TCE) les autoriza a «adoptar, por uno o varios de los motivos no económicos indicados en el artículo 36 (futuro art. 30 TCE), medidas provisionales frente a las medidas armonizadoras dictadas». El artículo 130R-2 TCE (futuro art. 174.2 TCE), por su parte, autoriza a los Estados a adoptar idénticas medidas provisionales por motivos medioambientales no económicos. Elemento común a todas estas excepciones es su carácter temporal por lo que, en modo alguno, encaja en los conceptos de Europa a la carta ni de geometría variable.

Pero junto a estas medidas, precedentes aún remotos del concepto de cooperación reforzada que introducirá el Tratado de Amsterdam, los tratados constitutivos recogen también la posibilidad de que determinados Estados mantengan o adopten medidas de mayor protección, *v. gr.* en materia de protección de los trabajadores (art. 118A-3, futuro art. 138.3 TCE), protección de los consumidores (art. 129A-3, futuro art. 153.3 TCE) o medio ambiente (art. 130T, futuro art. 176 TCE) (36). Todos estos ejemplos podrían ser manifestación latente de una Europa a diferentes velocidades.

Por último, conviene señalar que bajo lo que podría considerarse el paraguas de la geometría variable, el AUE permitió que al ejecutarse el programa marco plurianual en materia de investigación y desarrollo pu-

(36) Cfr., a este respecto, el art. 100A-4 TCE (futuro art. 95.4 TCE).

diesen «aprobarse programas complementarios en los que solamente participen aquellos Estados miembros que aseguren financiación» (art. 130K y 130 O TCE, futuros arts. 168 y 172 TCE).

IV. LA CUESTIÓN DE LA FLEXIBILIDAD EN LA CIG: EL IMPULSO FRANCO-ALEMÁN

Tras el agitado proceso previo a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht quedó patente que en las futuras reformas resultaría más que conveniente idear fórmulas que, sin modificar (todavía) el rígido mecanismo de reforma de los tratados previsto en el artículo N TUE (futuro art. 48 TUE), permitieran de una u otra manera evitar las rigideces derivadas de la necesidad de adoptar todos los acuerdos por unanimidad. Para ello, como proponía la carta conjunta de H. Kohl y J. Chirac de 6 de diciembre de 1995, habría de articularse en el tratado una cláusula que abriera a los Estados que lo desearan la posibilidad de desarrollar en determinados ámbitos una cooperación reforzada, siempre que, en todo caso, respetase el marco institucional único de la Unión.

No obstante, las discusiones sobre esta materia en la CIG se iniciaron prácticamente en el vacío. El informe del grupo de reflexión trataba efectivamente la cuestión, pero en el fondo se limitaba a establecer sus límites y excluir toda posibilidad de una Europa a la carta (37). El propio Consejo Europeo de Turín, al abrir la CIG, tampoco se refería expresa y claramente a la cuestión de la flexibilidad (38). En la práctica y ante el delator silencio existente en los documentos presentados inicialmente por la Comisión y el Parlamento Europeo, reinaba la mayor de las incertidumbres sobre su articulación concreta, en particular sobre su ámbito de aplicación —únicamente los dos pilares extracomunitarios o también el TCE—, la financiación, el papel del PE y la Comisión en el procedimiento

(37) Informe del grupo de reflexión, publicado por *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia 1995*, B-106, pp. 63-92, en particular pp. 70-71. Menos concreto aún resultaba el documento anterior, *La Conferencia Intergubernamental de 1996: Bases para una reflexión*, que se limitaba a diferenciar como cuestión previa las divergencias existentes entre los diversos conceptos que se agrupan en torno a la flexibilidad, *cit.* pp. 49-50; cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *loc. cit.* («La integración...»), pp. 610-612.

(38) *Vid.* nota 9.

y el papel del TJCE en su control o el número mínimo de Estados que deberían participar.

A este respecto y visto el cariz adoptado por las negociaciones en el seno de la CIG, resulta incuestionable que la posición franco-alemana —y entre ellas más particularmente la alemana (39)— resultó decisiva.

Como recuerda Araceli Mangas al explicar las causas del fracaso de la CIG, la dificultad para alcanzar acuerdos entre los Quince «llevó a Francia y a Alemania a entender que la profundización iba a ser casi imposible o plenamente imposible tras nuevas adhesiones, por lo que a partir de septiembre de 1996 jugaron la carta de la flexibilidad o integración reforzada» (40).

Concretamente el documento Lamers-Schäuble tuvo la virtud, aunque fuera de forma «poco diplomática» y en un tono casi provocador, de poner la cuestión sobre la mesa forzando al grupo Westendorp a tenerlo muy presente (41). La misiva conjunta de Kohl y Chirac dio carta de naturaleza a la necesidad de introducir una cláusula de flexibilidad, precisamente un día después de presentarse el referido informe del grupo de reflexión, y sirvió de aviso para los navegantes que, bajo la túnica de una «Europa a la carta», flirteaban con las posiciones que apadrinaba John Major (42).

(39) Cfr. en este sentido EHLERMANN, C. D.: *loc. cit.* («Différenciation, flexibilité...»), pp. 62-65.

(40) MANGAS MARTÍN, A.: «Los retos de la UE ante la Conferencia Intergubernamental de 1996», en LINDE PANIAGUA, E. (dir.): *Los retos de la UE ante el siglo XXI*, UNED-Banco del Comercio, Madrid 1997, pp. 15-31, especialmente p. 19.

(41) Desde un primer momento se barajó por un relevante sector doctrinal la posibilidad de que el documento Lamers-Schäuble, además de suponer un rechazo frontal al modelo británico, encubriera como objetivo básico una invitación a Francia para seguir abanderando el proyecto europeo con mecanismos que permitieran conciliar la heterogeneidad de Estados e intereses con la profundización en la integración; cfr. TOULEMON, R.: «Kerneuropa: Deutsch-französische Aktionsgemeinschaft in Sicht?», *Integration* 1995, pp. 61-67.

(42) En el fondo podría interpretarse la propia carta como una amenaza encubierta de encabezar por algunos Estados avances en la integración al margen de los tratados, ofreciendo como mal menor que lo evitara una oferta de incluir en los mismos una cláusula de flexibilidad; cfr. en este sentido JANNING, J.: *loc. cit.* («Dynamik in der Zwangsjacke...»), p. 286. En realidad, la propuesta de J. Major se estrelló contra un férreo muro crítico; además de la Comisión y la carta referida, *vid.*, por ejemplo, la autorizada posición de DELORS, J.: «Europa muss sich reformieren», *Internationale Politik* 9/1995, p. 12, especialmente p. 16. También el Primer Ministro belga, Jean Luc Dehaene, había diseccionado con toda claridad la propuesta inglesa, *v. gr.* en su discurso en el Instituto Francés de Relaciones Internacionales de 24 de octubre de 1994.

Asimismo la carta de los ministros de AAEE francés y alemán de 17 de octubre de 1996 da ya respuesta concreta a los principales interrogantes jurídico-políticos planteados, incluido el de hacer también operativa la cláusula en el pilar comunitario. La influencia fue, a nuestro juicio, tal que condicionó y sirvió de molde a las propuestas de la presidencia irlandesa, básicamente el denominado proyecto Dublín II, el cual ya dedicaba una sección a la flexibilidad —aún sin articulado— y reconocía que aun siendo «una de las cuestiones más importantes que se están estudiando en la Conferencia», no obstante «algunas delegaciones están aún a favor del *statu quo*» (43). Incluso logró que tanto la Comisión como el Parlamento Europeo evolucionaran desde su velado silencio inicial, delator de una discreta posición crítica, hacia posturas más resignadas. Así, finalmente, el documento presentado por la presidencia holandesa en mayo de 1997 —verdadero proyecto de texto del tratado y base para la negociación final— recoge ya una articulación concreta de la cooperación reforzada que, como se empeñó desde el principio la delegación alemana, además de su inclusión como cláusula general en un concreto título del TUE, también lo hacía de forma específica en el propio TCE.

V. LA COOPERACIÓN REFORZADA EN EL TRATADO DE AMSTERDAM

1. BASE JURÍDICA

El Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y actualmente en pleno proceso de ratificación (44), introdujo en el TUE, a través de la reforma operada por su artículo 1, un nuevo título que como regulación general horizontal establece unas «disposiciones sobre una cooperación reforzada» (arts. 43 a 45, *ex arts.* K15 a K17), las cuales se completan con normas específicas para el pilar comunitario (art. 11, *ex art.* 5A TCE), para los asuntos de interior y justicia (art. 40, *ex art.* K-12 TUE) y

(43) *Presente y futuro de la Unión Europea: líneas generales de un proyecto de revisión de los tratados*, 5.12.1996, CONF 2500/96, pp. 133-137, especialmente pp. 133-134.

(44) Unos primeros acercamientos doctrinales en español a los aspectos básicos del Tratado de Amsterdam los encontramos en OREJA AGUIRRE, M. (dir.), *op. cit.* (*El Tratado de Amsterdam...*), así como en el suplemento doctrinal del *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, núm. 2.

para el propio protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la CE y de la UE (45).

Prima facie llama la atención que respecto a la PESC, a diferencia de lo que se recogía en el propio documento final presentado por la presidencia neerlandesa, el tratado haya dejado caer en el último momento su regulación y se limite a prever una disposición especial de flexibilidad (art. 14.4, *ex art.* J.7.4 TUE) que en modo alguno podrá ser considerada, a pesar de su propia formulación («una cooperación reforzada entre dos o varios Estados miembros en el plano bilateral, en el marco de la UEO y de la Alianza Atlántica») como una manifestación específica de la normativa general sobre cooperación reforzada del título VI bis TUE.

2. LA REGLAMENTACIÓN GENERAL (ARTS. 43 A 45 TUE, EX ARTS. K15, K16 Y K17 TUE)

a) *Su concepción*

La cooperación reforzada, concebida obviamente como una facultad de los Estados y no como una obligación, supone que, bajo determinadas condiciones, los «Estados miembros que se propongan establecer entre sí una cooperación reforzada *podrán* hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos establecidos en el TUE y en el TCE» (art. 43.1, *ex art.* K 15-1 TUE). Remarcable, a este respecto, es la concepción de una cooperación reforzada cuya articulación se hace *dentro* del marco de los tratados, encauzando, por tanto, una práctica ya existente con anterioridad fuera de ellos. Esto, en principio, no tendría porqué implicar que los Estados no puedan en ningún caso continuar actuando fuera del marco de los tratados en los supuestos que no encajen en la reglamentación prevista, siempre que se respeten las obligaciones derivadas del principio de lealtad comunitaria, absteniéndose, por tanto, de «todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines» de los tratados (art. 10 TCE, *ex art.* 5 TCE). Ahora bien, no nos parece que puedan utilizarse mecanismos de cooperación estatal más estrecha *fuera* del marco de los tratados, esto es, fuera de la regulación *ad hoc* sobre cooperación reforzada cuando nos encontremos en el ámbito de las competencias co-

(45) Protocolo núm. 2 anejo al TUE y al TCE.

munitarias (46). A nuestro juicio, el propio principio de lealtad comunitaria lo impediría.

b) *Los requisitos*

Las condiciones exigidas para la operatividad de la cooperación reforzada se concretan en las siguientes: a) «que pretenda impulsar los objetivos de la Unión, así como proteger y servir sus intereses», esto es, no podrá servir para impulsar un retroceso en el proceso de integración con lo que se sale al paso del peligro destructor que algunos autores achacaban a esta nueva forma de integración; b) «respete los principios contenidos en los tratados y el marco insitucional único de la Unión», condición que resulta redundante considerando que se incluye en la propia definición anteriormente descrita (47); c) su carácter excepcional, puesto que habrá de utilizarse «sólo como último recurso cuando no se hayan podido alcanzar los objetivos de dichos tratados por medio de los procedimientos pertinentes establecidos en los mismos», cuya inclusión resulta tan indiscutible como difícil su concreción particular; d) «implique al menos a una mayoría de Estados miembros», esto es, al menos ocho en el momento actual, lo que contribuye a que los avances en una integración más profunda en el seno del marco institucional sean respaldados por una amplia mayoría de Estados, si bien podría invitar a la par a procesos de cooperación más reducidos —piénsese por ejemplo en la propuesta Lamers-Schäuble de núcleo duro con Alemania, Francia y el Benelux— al margen de lo previsto en los tratados (48); e) «no afecte al acervo comunitario ni a las medidas adoptadas sobre la base de las demás disposiciones de dichos tratados», lo que parece tan obvio como delicado; f) «no afecte a las competencias, derechos, obligaciones e intereses de los Estados miembros que no participan en ellas», que, como manifestación última del principio de lealtad, es el reverso del correlativo deber de que «los Estados miembros que no participen en dicha cooperación no [impidan] su aplicación por parte de

(46) En este mismo sentido CONSTANTINESCO, V.: *loc. cit.* («Les clauses de coopération renforcée...»), p. 755.

(47) Nótese, no obstante, que el artículo 43.1 TUE (*ex art. K15.1 TUE*) prevé que «los Estados miembros que deseen establecer entre sí una cooperación reforzada podrán hacer uso de las instituciones». Subrayado añadido.

(48) Respecto a nuestra posición crítica sobre esta posibilidad, *vid. supra*.

los Estados miembros que participen en ella» (art. 43.2, *ex art.* K15-2 TUE); g) «esté abierta a todos los Estados miembros y les permita participar en ella en cualquier momento, siempre que acaten la decisión de base y las decisiones tomadas en este contexto», condición que compatibiliza el combate de círculos cerrados de Estados y el mantenimiento del futuro acervo resultante de la cooperación reforzada.

Por último, como requisito añadido se habrán de cumplir siempre que se utilice el mecanismo de la cooperación reforzada con los criterios adicionales específicos previstos en el artículo 11 TCE (*ex art.* 5A TCE) y en el artículo 40 (*ex art.* K12 TUE), según los casos, y esté autorizada por el Consejo con arreglo a los procedimientos en ellos establecidos. A este respecto, parece que, en principio, la actuación sobre la base de la cooperación reforzada se materializará asimismo en alguno de los instrumentos jurídicos del artículo 249 TCE (*ex art.* 189 TCE).

c) *La adopción de acuerdos y su financiación*

La regulación general u horizontal de la cooperación reforzada de los artículos 43 a 45 TUE se remite a las normas específicas del TCE (art. 11, *ex art.* 5A) y del art. 40 TUE (*ex art.* K 12 TUE) a la hora de determinar el procedimiento de toma de decisiones. El artículo 44 TUE (*ex art.* K 16 TUE), en una línea muy semejante a la prevista en el marco de la UEM, se limita a abrir las deliberaciones a todos los miembros del Consejo, incluidos los que no participen en la cooperación reforzada en cuestión, si bien obviamente limita a quienes participen en ella la adopción de acuerdos. De este modo la unanimidad quedará constituida únicamente por los miembros del Consejo concernidos por la cooperación y la mayoría cualificada entre ellos se definirá, por su parte, teniendo en cuenta lo previsto con carácter general en el artículo 205.2 TCE (*ex art.* 148.2 TCE). Quiere ello decir que, como apunta EHLERMANN, la Comisión, el PE y el TJCE adoptarán, llegado el caso, sus decisiones con su composición normal (49).

(49) EHLERMANN, C. D.: *loc. cit.* («Différenciation, Flexibilité...»), p. 69. Sin embargo, no compartimos plenamente la crítica que vierte este autor al considerar adecuada la composición usual en la Comisión y el TJCE, pero no así en el caso del PE. Difícilmente podría, a nuestro juicio, haberse previsto algo diferente. El Consejo está compuesto por representantes de los gobiernos estatales y encarna un evidente elemento intergubernamental, por lo que resulta sencillo diferenciar entre Estados. El PE, empero, no está compuesto en sentido estricto por representantes

Con independencia de los acuerdos que se adopten el Consejo y la Comisión informarán regularmente al Parlamento Europeo del desarrollo de la cooperación reforzada (art. 45, *ex art.* K17 TUE).

Respecto a la financiación de gastos no administrativos resultantes de la aplicación de los acuerdos adoptados al amparo de las normas de cooperación reforzada, salvo que el Consejo decida otra cosa por unanimidad, correrán a cargo de los Estados miembros participantes (art. 44.2 TUE, *ex art.* K16-2 TUE).

3. LA REGLAMENTACIÓN ESPECÍFICA EN EL TCE

(ART. 11.1, *EX ART.* 5A)

a) *Ámbito de aplicación*

De entrada, llama la atención que el legislador permita con carácter general la cooperación reforzada en el pilar comunitario (art. 11.1, *ex art.* 5A-1 TCE), cuando parece, en principio, más propia de los otros dos pilares. Por su propia configuración conceptual el pilar comunitario parece reclamar ser cubierto por el método de integración clásico a través de una serie de intervenciones de las instituciones comunitarias a partir de las atribuciones competenciales previstas en los tratados. Difícilmente puede aceptarse que, exigiéndose que la acción de cooperación reforzada permanezca «dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad», esto es competencias exclusivas —expresamente excluidas—, compartidas o complementarias, pueda desplegar la cooperación reforzada sus efectos.

Más aún llama la atención que la concreción de ámbitos del TCE sobre los que puede operar la cooperación reforzada no se realice mediante la técnica del catálogo, sino a través de una delimitación negativa. De esta forma se determina, por un lado, los ámbitos que no podrán ser nunca objeto de cooperación reforzada. Entre ellos se incluye, en primer lugar,

de los Estados, sino que representa a los ciudadanos, a los pueblos y, como tales, al «todo europeo». Por otro lado, sus atribuciones en el procedimiento de toma de decisiones (*vid. infra*) son tan escasas que haber recogido una modificación al estilo de la prevista para el Consejo hubiera podido llevar consigo un efecto aún más diluyente de su función.

las competencias exclusivas de la Comunidad (50), lo que resulta más que obvio considerando que en ellas existe una obligación comunitaria de actuar, con plenitud de medios y con exclusión de toda intervención de los Estados (51), máxime cuando el propio tratado prevé hasta la posibilidad de un recurso por omisión (art. 232, *ex art.* 175 TCE) para los supuestos en que la Comunidad no intervenga cuando esté llamada a hacerlo. En segundo lugar, tampoco podrán ser objeto de cooperación reforzada la ciudadanía de la Unión y las políticas, acciones o programas comunitarios, lo que cohonesta con el requisito de respeto al acervo comunitario. Y, por otro lado, establece como límites excesivamente vagos el que no suponga una discriminación entre nacionales de los Estados miembros ni constituya una restricción del comercio entre los Estados miembros o falseamiento de la competencia: ello resulta obvio si se desea preservar el mercado único como baluarte principal de la integración comunitaria.

b) *La adopción de acuerdos*

El procedimiento se inicia, como es propio en el Tratado de la CE, con la propuesta de la Comisión: los Estados que se propongan establecer una cooperación reforzada podrán dirigir una solicitud a la Comisión que *podrá* presentar una propuesta al Consejo; caso de no hacerlo habrá de informar a los Estados miembros concernidos acerca de los motivos de la negativa. Resulta cuestionable que, dada la redacción del precepto («podrá presentar una propuesta» e «informará acerca de los motivos») pueda resultar operativo un recurso de nulidad interpuesto por los Estados que no lograron hacer prosperar su solicitud. Más bien, parece que nos encontramos ante un criterio de oportunidad política con un amplio margen de discrecionalidad de la Comisión cuyos elementos reglados son extraordinariamente etéreos y permiten perfectamente atribuirle una «función-llave» (52).

(50) Para una delimitación concreta de las competencias exclusivas comunitarias, puede consultarse MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Ed. McGraw & Hill, Madrid 1997, en particular pp. 163-207.

(51) Para una caracterización de esas competencias exclusivas, *ibidem*, pp. 153-158; en la jurisprudencia, TJCE sentencia de 5.5.1981, as. 804/79 *Comisión/Reino Unido (Pesquerías)*, Rec. 1981, pp. 1045 y ss, especialmente p. 1073, ftos. 17-23.

(52) Así la califica EHLERMANN, C. D.: *loc. cit.* («Différenciation, flexibilité...»), p. 72.

El Consejo, por su parte, es la institución competente para conceder la autorización a los Estados miembros que quieran establecer entre sí una cooperación reforzada. La decisión la adoptará por mayoría cualificada salvo que un Estado miembro declare que, por motivos importantes y explícitos de política nacional, tiene la intención de oponerse. En este caso el Consejo «puede» (53) pedir que el asunto sea adoptado por él mismo en composición de Jefes de Estado o Gobierno, en cuyo caso se decidirá por unanimidad (54). Es decir, a la postre cada Estado tiene en la práctica un derecho de veto ante la creación de cooperaciones reforzadas que recuerda en sus contornos al Compromiso de Luxemburgo (55) y, llegado el caso, podría entorpecer la puesta en marcha de un mecanismo diseñado precisamente para favorecer la flexibilidad.

Por otro lado, la participación del Parlamento Europeo, como tercer pivote en el procedimiento de toma de acuerdos comunitarios, ha quedado totalmente relegado a un muy segundo plano. Lejos de haberse acogido las propuestas encaminadas a exigir su dictamen conforme, se limita a la mera consulta, lo cual casa mal con la tendencia acogida por los tratados desde el Acta Única Europea de ir dotando a esta institución de las competencias legislativas propias de cualquier Parlamento que desee merecer tal calificativo.

Por último, señalar que se prevé igualmente un mecanismo de incorporación futura de nuevos Estados a cooperaciones reforzadas ya existentes en el que el papel de la Comisión es elevado a decisorio (art. 11.3 TCE, *ex art.* 5A-3 TCE).

(53) En esta línea cabe plantearse qué ocurriría si el Consejo, a pesar de la manifestación de un Estado de oponerse a una cooperación reforzada, no remite el asunto —la letra del Tratado dice «El Consejo (...) podrá (...)»— al Consejo en su composición de Jefes de Estado o Gobierno y decide por mayoría cualificada. Podría llegar a plantearse la posibilidad de que ese Estado, con fundamento en el artículo 230 (*ex art.* 173 TCE), demandase al Consejo mediante el recurso de nulidad por violación del Tratado.

(54) Adviértase que no se trata del Consejo Europeo, como se ha afirmado por algunos, sino del Consejo como institución compuesta, en este caso, por los propios Jefes de Estado y de Gobierno.

(55) WESSELS, W.: «Der Amsterdamer Vertrag - Durch Stückwerksreformen zu einer effizienteren, erweiterten und föderalen Union?», *Integration* 1997, pp. 117-135, especialmente p. 129.

4. LA COOPERACIÓN REFORZADA EN EL TERCER PILAR

El artículo 40 TUE (*ex art. K12 TUE*) prevé expresamente la posibilidad de utilizar el mecanismo de la cooperación reforzada en el seno del tercer pilar, esto es, en los asuntos de cooperación policial y judicial en materia penal siempre que cumpla lo previsto en los artículos 43 a 45 TUE (*ex arts. K15 a K17 TUE*), respete tanto las competencias de la CE como los objetivos del tercer pilar y su fin sea permitir a la Unión una evolución más rápida hacia un espacio de libertad, de seguridad y de justicia.

El procedimiento de puesta en marcha de la cooperación reforzada en este pilar es muy semejante al previsto en el artículo 11 TCE (*ex art. 5A TCE*) para el primer pilar, si bien varía algo la participación de la Comisión y del Parlamento Europeo. Mientras en la regulación de carácter general el Consejo decide «a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento» (art. 11.2, *ex art. 5 A.2 TCE*), en este pilar el Consejo decide «previa invitación a la Comisión a que presente su dictamen; la solicitud se remitirá también al Parlamento». Es decir, la Comisión en el pilar comunitario mantiene en la práctica su monopolio de propuesta legislativa mientras que en el pilar extracomunitario tan sólo puede emitir un dictamen y el Parlamento, por su parte, se limita igualmente a emitir un dictamen no vinculante. La posibilidad de veto se mantiene sin variaciones (56).

5. SUPUESTOS DE FLEXIBILIDAD EXPRESAMENTE PREVISTOS EN LOS TRATADOS

- a) *Las cuestiones de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*
(*arts. 61 a 69 TCE, ex arts. 73I-73Q TCE*)

El Tratado de Amsterdam ha previsto —y es otro de sus activos— una comunitarización parcial del actual tercer pilar al incluir en el TCE un nuevo título consagrado a las cuestiones de visados, asilo, inmigración y otras políticas encaminadas a establecer progresivamente un espacio de li-

(56) Para profundizar sobre esta cuestión, véase CONSTANTINESCO, V.: *loc. cit.* («Les clauses de coopération renforcée...»), pp. 763-764; EHLERMANN, C. D.: *loc. cit.* («Différenciation, flexibilité...»), pp. 83-85.

bertad, de seguridad y de justicia (arts. 61 a 69 TCE, *ex* arts. 73I a 73Q TCE). Los objetivos concretos son básicamente adoptar las medidas necesarias para asegurar la plena libertad de circulación de las personas, entre las que habría que incluir particularmente las relativas a controles en las fronteras externas, reglas sobre visados (modelo uniforme, condiciones y procedimiento de expedición), listados de terceros países cuyos nacionales tengan la obligación de disponer de visado para cruzar una frontera exterior, normas para la concesión de la condición de asilado, medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas, la cooperación administrativa y la cooperación judicial en materia civil, etc. Las decisiones se adoptarán, durante un periodo de cinco años a partir de la entrada en vigor del tratado, por unanimidad a propuesta de la Comisión o invitación de un Estado miembro, previa consulta al Parlamento Europeo y, superado dicho periodo, el Consejo adoptará por unanimidad una decisión con vistas a que todo o parte de lo previsto se decida conforme al procedimiento de codecisión.

Sin embargo —y es lo relevante a los efectos que nos ocupan—, el Tratado de Amsterdam incorpora dos protocolos, uno para el Reino Unido e Irlanda y otro para Dinamarca, que excluyen a estos tres Estados del ámbito de aplicación de estas disposiciones y prevén un mecanismo de incorporación que queda muy cercanamente emparentado con el de cooperación reforzada general de los artículos 43 a 45 TUE. En su virtud estos Estados no participarán en la adopción por el Consejo de las medidas previstas en el referido título IV TCE (*ex* título III *bis* TCE), de forma que la unanimidad o, llegado el caso tras el periodo de cinco años, la mayoría cualificada se computarán sin su participación. No obstante, se prevén mecanismos de incorporación de estos Estados a las medidas adoptadas al amparo del citado título. Así, para el Reino Unido e Irlanda se considera que «podrán en cualquier momento, tras la adopción de una medida por parte del Consejo en virtud del título IV del Tratado constitutivo de la CE, notificar al Consejo y a la Comisión su propósito y deseo de aceptar dicha medida (...), [en cuyo caso] se aplicará *mutatis mutandis* el procedimiento previsto en el apartado 3 del artículo 5A TCE [futuro art. 11 TCE]» (art. 4 del protocolo para el Reino Unido e Irlanda). Respecto a Dinamarca, «dentro de un periodo de seis meses a partir de que el Consejo haya decidido sobre una propuesta o iniciativa de desarrollar el acervo Schengen según lo dispuesto en el título IV TCE (*ex* título III *bis* TCE) del Tratado constitutivo de la CE, Dinamarca decidirá si incorpora esta

decisión a su legislación nacional» (art. 5.1 del protocolo para Dinamarca). Se trata, pues, de una incorporación al Derecho nacional que, en realidad, frente a los restantes Estados miembros crea una obligación de Derecho Internacional (57).

Con todo, la vía de una plena incorporación al régimen general queda expedita. Irlanda y Dinamarca podrían en cualquier momento adoptar la decisión de no seguir acogiéndose a los protocolos señalados (art. 8 del protocolo para el Reino Unido e Irlanda y art. 7 del protocolo para Dinamarca). En el caso de Dinamarca, ésta sería en realidad la única vía de incorporación al título IV TCE (*ex* título III bis TCE), lo que a la vista del precedente británico en el Protocolo Social puede cobrar interés futuro.

b) *El protocolo sobre Schengen*

El Tratado de Amsterdam incluye, igualmente, un protocolo anejo al TUE y al TCE por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la Unión Europea mediante el que los signatarios de los acuerdos de Schengen —hasta ahora fuera del marco de la CE y de la UE— «quedan autorizados a establecer entre sí una cooperación reforzada en el ámbito de aplicación de dichos acuerdos», que «se llevará a cabo en el marco institucional y jurídico de la UE y respetando las disposiciones pertinentes del TUE y del TCE» (art. 1 del protocolo) (58).

c) *Otros supuestos*

El Tratado de Amsterdam recoge, por último, una serie de disposiciones particulares que, en muy diferente grado, también quedan emparentadas con los mecanismos de flexibilidad.

Es bien conocido, en primer lugar, que el segundo pilar no recoge disposiciones específicas en materia de cooperación reforzada, pese a que sí

(57) A juicio de Ehlermann, esta situación probablemente sea consecuencia de la complejidad del sistema constitucional danés, *vid.* EHLERMANN, C. D.: *loc. cit.* («*Différenciation, Flexibilité...*»), p. 78. A nuestro entender, más bien podría tratarse de un mero señuelo interno para subrayar ante su crítico electorado nacional el «hecho diferencial danés».

(58) Para profundizar sobre esta cuestión puede consultarse CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: *loc. cit.* («La cooperación policial y...»), pp. 7-16; MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *loc. cit.* («Integración diferenciada...»), pp. 623-624.

aparecían en todos los documentos preparatorios. Máxime cuando en el plano político en algunas cancillerías parece escucharse al unísono la pertinencia de la técnica de la cooperación reforzada en el marco de la política de defensa y muy particularmente en lo concerniente a la política armamentística. Con todo, su artículo 23.1 (*ex* J13.1 TUE) prevé un mecanismo de abstención positiva que flexibiliza la regla general de adoptar por unanimidad los acuerdos en materia de Política Exterior y de Seguridad Común. En estos supuestos de abstención el Estado correspondiente, siempre que el número de Estados que se abstengan no represente más de un tercio de los votos ponderados del artículo 205.2 TCE (*ex* art. 148.2 TCE), «podrá acompañar su abstención de una declaración formal» y «no estará obligado a aplicar a la decisión», debiendo, eso sí, admitir «que sea vinculante para la Unión».

Otras disposiciones de interés que también introducen flexibilidad en el Tratado, amén de las previstas para las regiones periféricas (art. 299.2 TCE, *ex* art. 227.2 TCE), podrían ser aquellas que permiten la posibilidad de que determinados Estados acepten la competencia del TJCE para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación y validez de las medidas adoptadas en el seno del tercer pilar (art. 35.2 TUE, *ex* art. K7.2 TUE) o la misma posibilidad de adoptar convenios en asuntos de cooperación policial y judicial en materia penal que entrarán en vigor para los Estados que lo deseen siempre que hayan sido adoptados, al menos, por la mitad de ellos (art. 34.2 d TUE, *ex* art. K6.2 d TUE).

Incluso la nueva redacción adoptada por el artículo 95 apdos. 3 a 9 TCE (*ex* art. 130A 3 a 9 TCE) o los artículos 175.5 (*ex* 130S.5) y 176 (*ex* 130T) en materia de medio ambiente terminarán por flexibilizar la integración comunitaria.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La cuestión de la cooperación reforzada y sus mecanismos de flexibilidad circundantes está llamada a convertirse, por mor de la baja intensidad de las otras reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam, en un tema estrella. Mas esa falta de rivalidad con otras modificaciones o su consideración como concepto en boga no debe ocultar el indudable destello que emite por sí misma. La heterogeneidad de intereses estatales ante la inminente ampliación y las abismales diferencias existentes entre los

Estados miembros en su disponibilidad para profundizar en la integración convierte el *statu quo* en imposible (59) y hace aflorar los mecanismos de flexibilidad en el tratado como consecuencia inevitable de lo que, en otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico, se ha dado en denominar «la fuerza jurídica de lo fáctico». Permite, en suma, seguir avanzando en la integración bajo el modelo del «paso a paso». Es más, a juicio de quien con mayor convicción y energía defendió en el plano político la inclusión de esta cláusula en el Tratado, Helmut Kohl, la cooperación reforzada no sólo es un «principio de acción que asegura la posibilidad de continuar el proceso de integración en una Europa ampliada con 20 o más miembros», sino que logra que «comportamientos como los vividos en alguna ocasión, en los que el freno individual conlleva una paralización del todo, puedan darse en el futuro tan sólo en ocasiones muy excepcionales» (60). En palabras de Araceli Mangas, «evitar la 'toma de rehenes' por parte de algunos Estados miembros cuya adhesión en los setenta o en los noventa ha sido un verdadero caballo de Troya para frenar, cuando no diluir, la integración europea en un vasto mercado» (61).

Con todo, una valoración jurídica de las normas que regulan la cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam obliga a plantear una serie de riesgos y de deficiencias. En primer lugar, se echa de menos una obligación de los Estados acogidos, en cada caso, a la cooperación reforzada a prestar ayuda y asistencia para facilitar su futura incorporación a aquellos Estados que no lo hagan en una primera fase (62), lo que en la práctica podría favorecer en determinados ámbitos el establecimiento de una diferenciación creciente e insalvable entre Estados miembros de primera y segunda categoría. Como escriben AREILZA y DASTIS, un pequeño círculo «estaría controlando una buena parte de la integración europea» y crea-

(59) Cfr. la sugerente obra, CLUB VON FLORENZ (ed.), *Europa: der unmögliche Status quo*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996.

(60) *Bulletin des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung*, núm. 55, Bonn, 1 de julio de 1997, p. 633.

(61) MANGAS MARTÍN, A.: *loc. cit.* («Los retos de la UE...»), p. 28.

(62) Se trata de una obligación inherente al propio principio que el mismo TINDEMANS consideraba ya irrenunciable al considerar que los Estados que a la vista de motivos objetivamente valedores no deseen progresar junto a los que se acojan a tal decisión no por ello dejarán «de recibir de los otros Estados la ayuda y asistencia que sea posible darles, con el fin de que estén en condiciones de reunirse con los otros», TINDEMANS, L., *loc. cit.*, p. 599. La explicación, a juicio de algún autor, podría encontrarse en la perspectiva futura que marca la adhesión de nuevos Estados miembros, EHLERMANN, C. D.: *loc. cit.* («Différenciation, flexibilité...»), p. 73.

rían «un acervo particular que se irá desarrollando y que se aplicará a todos aquellos que se unan con posterioridad, los cuales tendrán que aceptar unas normas en cuya elaboración no habrán participado» (63). Podría incluso incitar a establecer con los Estados candidatos de la Europa Central y del Este unas Actas de adhesión con «ofertas y descuentos» en la lista de obligaciones a asumir.

En segundo lugar, el procedimiento, con independencia del papel central que se atribuye a la Comisión, queda excesivamente escorado hacia el elemento intergubernamental encarnado por los Estados y arrincona exageradamente al Parlamento Europeo. Además su articulación —a juicio de WESSELS el procedimiento es poco eficiente y complejo (64)— resulta cualquier cosa menos sencillo y transparente para el ciudadano. Aunque ciertamente, como apunta CONSTANTINESCO, sea reflejo lógico de las precauciones adoptadas al regular un mecanismo novísimo cargado de riesgos (65).

En tercer lugar, nos hubiera parecido terminológicamente más adecuado referirse, en realidad, a mecanismos de «integración reforzada» y no de «cooperación reforzada», especialmente al referirse al pilar comunitario. Ciertamente que, como recuerda J. V. LOUIS, «le mot même d'intégration est tabou pour certains États membres» (66).

En cuarto lugar, la utilización del mecanismo de la cooperación reforzada en el TCE, además de constituir una mayor novedad, importancia y potencialidad que en los otros pilares, trasluce la posibilidad de una verdadera «integración reforzada» entre aquellos Estados con mayor vocación integradora desprendiéndose del lastre que a veces suponen determinadas posiciones obstruccionistas. Mas, amén de los problemas jurídicos y presupuestarios latentes, de la consagración expresa en los tratados de la noción de interés nacional y de esconder un posible efecto dinamizador del acervo comunitario que diluya el proceso de integración, resulta in-

(63) AREILZA CARVAJAL, J. M./DASTIS QUECEDO, A.: *loc. cit.* («Flexibilidad y cooperaciones reforzadas...»), p. 21.

(64) WESSELS, W.: *loc. cit.* («Der Amsterdamer Vertrag...»), p. 129. Otros autores llegan a hablar de «indignación jurídica ante la complejidad del entramado articulado por el Tratado de Amsterdam en esta materia», CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: *loc. cit.* («La cooperación policial y...»), p. 16.

(65) CONSTANTINESCO, V.: *loc. cit.* («Les clauses de coopération renforcée...»), p. 754.

(66) LOUIS, J. V.: «Le traité d'Amsterdam, une occasion perdue?», *Revue du Marché Unique Européen* 1997, p. 5, especialmente p. 7.

cierto su ámbito de aplicación. Ciertamente podría resultar factible su operatividad en políticas como la de medio ambiente (67), pero sería preocupante que cupiese en otras basadas en la solidaridad interregional. Igualmente incierto resulta saber si la «integración reforzada» en determinados ámbitos podría crear con el tiempo y por efecto de la jurisprudencia AETR una competencia exclusiva de la comunidad —para los Estados participantes— en el foro externo para la firma de acuerdos internacionales con Estados terceros (68).

Por último, conviene subrayar que pese a resultar, a nuestro juicio, evidente la justiciabilidad de este mecanismo por el TJCE (art. 40.4 TUE, *ex art. K.12.4 TUE*), en la práctica son tan amplios algunos de los márgenes de apreciación atribuidos que, en el fondo, podría acercarse la cuestión de su control jurisdiccional a la discusión doctrinal mantenida respecto al principio de subsidiariedad tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht.

En definitiva, aun reconociendo lo prematuro de la valoración, la cooperación o, mejor, la integración reforzada no será, ciertamente, el elixir milagroso que vaya a lograr el siempre buscado equilibrio entre unidad y pluralidad. Si con ocasión de la regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht considerábamos que el tiempo diría si iba a ser el caballo de Troya que entrara en la fortaleza comunitaria o la primera piedra de un sólido edificio federal, a propósito de la cooperación reforzada bien podemos atribuirle igualmente la posibilidad de que se convierta en fermento de una integración cada vez más estrecha o en cuña de su dilución.

Con todo habrá que valorar muy seriamente si acaso el modelo utilizado con éxito por la Comunidad durante décadas no esté ya totalmente agotado y lo que realmente reclame sea una auténtica reforma en profundidad. En tal caso, a propósito de la valoración de la cooperación reforzada podría resultar del todo punto exagerado hablar de una «révolution copernicienne dans l'histoire de l'intégration européenne» (69) y, pasado el tiempo, bien podría venir a colación el conocido «parto de los montes» del que ya escribiera Horacio: *parturiunt montes, nascetur ridiculus mus* (Arte Poética, XI).

(67) Vid. MÜLLER-BRANDECK-BOCKET: «Flexible Integration: Eine Chance für die europäische Umweltpolitik?», *Integration* 1997, pp. 292-304.

(68) En sentido positivo se pronuncia EHLERMANN, C. D.: *loc. cit.* («Différenciation, Flexibilité...»), p. 74.

(69) Así lo califica F. DEHOUSSE, citado en CONSTANTINESCO, V.: *loc. cit.* («Les clauses de coopération renforcée...»), p. 752.